



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

CARLA CONSTÂNCIA FREITAS DE CARVALHO

PENAS ALTERNATIVAS: SOLUÇÃO PARA O CAOS NO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO

SOUSA - PB
2008

CARLA CONSTÂNCIA FREITAS DE CARVALHO

PENAS ALTERNATIVAS: SOLUÇÃO PARA O CAOS NO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO

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 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2008

Carla Constância Freitas de Carvalho

**PENAS ALTERNATIVAS: SOLUÇÃO PARA O CAOS NO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Aprovada em: 18/11/2008

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Prof^ª. Esp. Petruccia Marques Sarmento - UFCG
Professora Avaliadora

Prof^ª. Doutoranda Carla Pedrosa - UFCG
Professora Avaliadora

Dedico este trabalho aos meus pais, pela
força e apoio, pelos carinhos e bons
exemplos que me permitiram um
crescimento pessoal, de caráter humano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Senhor Deus todo Poderoso, que me deu a vida e uma família como apanágio de amor e paz.

Ao meu pai José Carlos e à minha mãe Maria das Graças, pela vida, criação e amor que me deram, e que apesar da distância, deram-me apoio e assistência necessária para a condução de mais uma tarefa.

A Danilo e Juliana, mais que irmãos, amigos que Deus colocou em minha vida para a vivência de um amor fraterno.

Aos meus tios, tias e primos que me auxiliaram nesta etapa e torceram pela concretização deste sonho.

A minha orientadora Professora Monnizia Pereira Nóbrega, que não mediu esforços para dar assistência necessária à conclusão deste trabalho.

As minhas amigas Talitona, Talytinha, Dinorah, Tarsila, Alinne, Diógenes, Camila pela presença constante em minha vida acadêmica, e que nesses cinco anos representaram minha família.

A minha amiga Maíra Coelho que esteve sempre ao meu lado com sua mão amiga, e mesmo distante me deu o seu apoio em toda minha trajetória universitária.

Enfim, a todos que contribuíram, direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho.

*"Quando o vosso ousado braço legislação
construir, fazei um templo novo, porém
que não esmague o povo, mas que lhe
sirva de pedestal." Castro Alves*

RESUMO

A preocupação com a aplicação do Direito Penal e ao mesmo tempo uma apreciação tendente a orientar um aspecto mais humano e menos repressivo desse ramo do Direito, norteou uma visão evolutiva tendente a amenizar os efeitos da aplicação da pena. Diante da lastimável situação que se encontra o sistema penitenciário brasileiro e da debilidade da segurança pública, torna-se imprescindível soluções que visem às políticas de controle criminal. E é com esse objetivo que se fundamenta a presente pesquisa, delinear novas propostas de solução para a problemática do crime, numa fuga à gravosa repressão penal, através de meios que assegurem a reinserção social e que se evite a restrição da liberdade para condutas menos lesivas. É com vistas a essas perspectivas que se proporá à aplicação de penas alternativas em alguns tipos penais, não visando solucionar todas as dificuldades da criminalidade do país, mas com intuito de uma reforma gradativa no sistema penal, mas sempre vislumbrando a dignidade humana e a busca da justiça social. Para tanto, recorre-se à pesquisa bibliográfica, ao método exegético-jurídico e ao histórico-evolutivo, sistematizando o estudo em três capítulos. No primeiro abordar-se-á a pena privativa de liberdade, sua aplicação e ineficiência, enfatizando a incapacidade dessa modalidade punitiva no mister da prevenção dos delitos e da harmonia social. O segundo capítulo tratará dos princípios norteadores da política criminal moderna, legitimadores de um Direito Penal de tendências minimalistas, isto é, que reprima apenas condutas mais graves e que lesione os bens imprescindíveis para a sociedade. No terceiro capítulo, por sua vez, será tratado o foco principal do trabalho, o da aplicação das penas alternativas, as quais se apresentam como uma opção eficaz à resolução da problemática criminal, porém sem esquecer a necessária reforma do Código Penal pátrio. Conduzindo-se assim, a constatação da falta de políticas públicas capazes de promover a eficácia normativa e a dignidade humana.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Pena Privativa de Liberdade. Penas Alternativas. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The concern with the application of the Criminal law and at the same time a tending appreciation to guide a more human and less repressive aspect of this branch of the Right, guided a tending evaluative vision to brighten up the effect of the application of the penalty. A head of the lastimic situation that if finds the Brazilian penitentiary system and of the atony of the public security, one becomes essential solutions that they aim at to the politics of criminal control. E is with this objective that if bases the present research, to delineate new proposals of solution for the problematic one of the crime, in an escape to the grave criminal repression, through ways that assure the social reinserção and that if prevents the restriction of the freedom for less harmful behaviors. It is with sights to these perspectives that will be considered to the application of alternative penalties in some criminal types, not aiming at to solve all the difficulties of crime of the country, but with intention of one it remodels gradual in the criminal system, but always glimpsing the dignity human being and the search of social justice. For in such a way, the bibliographical research is appealed to it, to the legal of exegesis method and the description-evolution, systemize the study in three chapters. In the first one it will be approached privative penalty of freedom, its application and inefficiency, emphasizing the incapacity of this punitive modality in the necessity of the prevention of the delicts and the social harmony. As the chapter will deal with the principles norteados of the modern criminal politics, legislators of a Criminal law of minimalists trends, that is, that it restrains only more serious behaviors and that lesion the essential goods for the society. In the third chapter, in turn, the main focus will be dealt with the work, of the application of the alternative penalties, which are presented as an efficient option to the problematic resolution of the criminal one, however without forgetting the necessary reform it native Criminal Code. Conducting it self thus, the constact of the lack of public politics capable to promote the effectiveness and the dignity normative human being.

Word-key: Penitentiary system. Privative penalty of Freedom. Alternative penalties. Dignity of the Person Human being.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88- Constituição Federal de 1988

CP- Código Penal

LEP- Lei de Execução Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA APLICABILIDADE.....	13
1.1 A origem das penas.....	14
1.2 A pena privativa de liberdade como instrumento de controle social.....	18
1.3 A aplicabilidade das penas privativas de liberdade.....	24
CAPÍTULO 2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA NOVA POLÍTICA CRIMINAL.....	28
2.1 Princípio da legalidade.....	29
2.2 Princípio da insignificância	34
2.3 Princípio da adequação social.....	40
2.4 Princípio da humanidade.....	42
CAPÍTULO 3 AS PENAS ALTERNATIVAS: UMA OPÇÃO SANCIONATÓRIA PARA EVITAR A IMPOSIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	46
3.1 As penas alternativas: penas restritivas de direito e pena de multa	47
3.2 Tratamento constitucional das penas	52
3.3 Penas alternativas: um paradigma para a problemática criminal.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A apreensão dos novos rumos do Direito Penal vem oferecer uma visão evolutiva e ao mesmo tempo uma crítica paralela tendente a nortear uma perspectiva mais humanista e menos repressiva desse ramo do Direito.

O crime é próprio à natureza humana, sempre existiu, desde os primórdios da humanidade. Daí a necessidade histórica do homem civilizado em preocupar-se com a harmonia social, motivo que fez o Direito presente em todas as civilizações, embora mais ou menos evoluído.

Não obstante a delinqüência estar presente em toda a biografia humana, nunca foi tratado com o empenho que deveria, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, que apesar da constatação da falência do sistema carcerário e do fracasso das penas privativas de liberdade, pouco se tem avançado no campo das penas alternativas, até mesmo a busca de uma terceira solução para os problemas ligados aos delitos e a recuperação do delinqüente tem sido evitada pelos poderes constituídos.

O sistema carcerário brasileiro é uma desordem generalizada, não se obedece à lei, e o descaso com os princípios mínimos de dignidade da pessoa humana são latentes.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade da análise mais aprofundada sobre a temática posta: a crise da pena privativa de liberdade que conduz a falência do sistema prisional, levando os aplicadores do direito à busca de medidas alternativas como solução para tal crise.

Portanto, os objetivos da pesquisa são: o estudo da pena privativa de liberdade como mecanismo de controle social; o exame dos princípios informadores

da nova política criminal; e comprovar que as penas alternativas apresentam-se como uma das soluções à crise do sistema penitenciário brasileiro.

Para tanto, adequa-se a utilização dos métodos histórico-evolutivo, com a análise da historicidade dos institutos analisados; o bibliográfico, com vistas à leitura, fichamento e emprego do referencial teórico posto; e o exegético-jurídico, apropriado ao conhecimento dos preceitos legais pertinentes ao assunto.

Dessa forma, apresenta-se o problema e a hipótese, aqui previamente levantados, quais sejam: São as penas alternativas um mecanismo de solução a crise do sistema carcerário brasileiro? Sim, pois a aplicação efetiva das penas alternativas amenizaria o caos que se encontra o sistema prisional, haja vista ser um meio de prevenir a reincidência criminal, devido seu caráter pedagógico, pois enseja que o delinqüente cumpra sua pena em liberdade, mantendo-o no convívio social, facilitando grandiosamente a sua reintegração à sociedade.

Para uma melhor abordagem do tema, o trabalho monográfico foi sistematizado em três capítulos. No primeiro abordar-se-á a pena privativa de liberdade, sua aplicação e ineficiência, enfatizando a incapacidade dessa modalidade punitiva no mister da prevenção dos delitos e da harmonia social. O segundo capítulo tratará dos princípios norteadores da política criminal moderna, legitimadores de um Direito Penal de tendências minimalistas, isto é, que reprima apenas condutas mais graves e que lesione os bens imprescindíveis para a sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo versar-se-á acerca da aplicação das penas alternativas o que se defende ser uma opção eficaz, não com o intuito de resolver a problemática criminal, mas como um caminho a ser percorrido para uma necessária

reforma do Código Penal pátrio, tendo como principal diploma legal orientador a Carta Magna, no que se refere ao tratamento constitucional conferido às penas.

Outrossim, a investigação científica procedida trará, a confirmação da crise que assola o sistema carcerário brasileiro, constatando que o primeiro passo para uma reforma gradual do sistema penal será a aplicação de propostas restaurativas com penas alternativas eficazes como as que visam restringir direitos, de forma que se promova a dignidade do homem e a justiça social.

CAPITULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA APLICABILIDADE

As penas passaram por vários processos evolutivos, no entanto, no século XVIII é que foram inseridas as maiores transformações. Neste século, inspirados pelos ideais iluministas, as penas perderam o aspecto desumano e cruel para dar espaço a sanções que exerçam uma finalidade punitiva, ressocializadora e que não atinjam a dignidade da pessoa humana.

O poder punitivo saiu das mãos dos particulares para pertencer ao Estado. Dessa forma, saiu da fase da vingança privada, de fazer justiça com as próprias mãos, para a fase da justiça pública, sob a tutela do Estado, único detentor do *jus puniendi*.

Hodiernamente a pena aplicada por excelência é a pena privativa de liberdade, assim quando se viola uma norma surge para o Estado o dever de punir o transgressor.

A prisão é uma exigência amarga, haja vista privar o indivíduo de sua liberdade, mas é imprescindível diante da necessidade de uma comunidade de seres humanos que são dotados de imperfeições. Muitos doutrinadores concebem a pena privativa de liberdade como um mal necessário para sanar as impunidades praticadas, como bem preleciona Greco (2008, p.528).

A história da prisão não é de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. Dessa forma, as penas aflitivas e corporais foram perdendo espaço para a pena privativa de liberdade. E atualmente doutrinadores, como Greco (2008, p.487), propõem em aperfeiçoá-la quando necessário e substituí-las pelas penas alternativas quando for possível e recomendável, mas sempre em observância ao

princípio da dignidade da pessoa humana que deve sempre orientar toda a atividade legislativa.

Diante do exposto nota-se que, qualquer indivíduo que tem seu direito violado deve se valer necessariamente do Estado que, através do Poder Judiciário comporá o litígio, aplicando uma pena para punir o infrator.

1.1 A origem das penas

É muito remota a origem da pena, doutrinadores, como Greco (2008, p.487), relatam que esta surgiu com o advento da humanidade. A primeira sanção aplicada ocorreu ainda no paraíso, quando Eva induzida pela serpente comeu o fruto proibido e fez com que Adão também o comesse, razão pela qual além de ser aplicadas outras penalidades, foram expulsos do Jardim do Éden, como leciona o mencionado autor. Existem muitos conflitos sobre o surgimento exato da pena, por este motivo é muito difícil situá-la de forma precisa quanto a sua origem.

Assim, o homem moderno utiliza a pena privativa de liberdade como forma de punir os delitos cometidos, contudo, nem sempre foi assim. Na realidade, esta pena marcou uma verdadeira evolução humanista na forma de punição. A privação de liberdade já representou algum freio do comportamento humano, sendo vista com respeito ou, pelo menos, conseguindo, em uma determinada época da história, fazer surtir os efeitos da política criminal.

Desde os tempos mais remotos da história da Humanidade até a Antiguidade, a pena de morte foi aplicada por excelência. Acreditava-se que além de servir para castigar o infrator, servia também para intimidar aqueles que ainda não haviam enveredado pelo caminho do crime, desestimulando-os.

Nas antigas civilizações, como na Grécia Antiga e no Império Romano, foi que surgiu a idéia de cárcere, que era a prisão que se colocava os escravos, os delinqüentes e os vencidos nas guerras. A idéia de maior predominância era o castigo, a pena capital, desterro, açoites, mutilações, aplicava-se com freqüência a pena de morte, e a repressão não alcançava só o patrimônio, mas também os descendentes do infrator.

No período medieval, as penas eram verdadeiras atrocidades contra os que cometiam crimes, além de pena de morte na fogueira, por soterramento ou afogamento, o confisco e a mutilação eram freqüentes. As sanções visavam intimidação, mas dependiam da condição social e política do réu, como bem preleciona Greco (2008, p.487).

Nessa época predominava a vingança privada, na qual cada indivíduo era detentor do direito de punir, aplicando um castigo contra aqueles que praticaram um mal contra si ou contra a sua família. Nesse período não existia um Estado organizado que detivesse o *jus puniendi*, por isso, cada qual se defendia da forma que lhe conviesse. Por este motivo às penas eram desproporcionais, e não estavam ligados a um parâmetro de justiça, como bem explana Sanches (2008, p.19).

Nesse momento histórico, o Estado não se envolvia na discussão dos litígios. Assim, na fase da vingança privada cabia a vítima ou ao grupo social no qual verificou a transgressão, buscar a satisfação de um direito violado, com a aplicação de uma determinada sanção.

A História conheceu inúmeras outras penas, cuja principal característica era a barbárie e a crueldade com que eram aplicadas, sempre infligindo um grande sofrimento ao condenado, o fim visado era castigar e intimidar.

Somente com o Iluminismo, com a Revolução Francesa e com o surgimento de um Estado liberal, é que as penas sofreram uma positiva transformação, sendo inseridas normas jurídicas dando prevalência à dignidade do homem.

Com o fim do Absolutismo, e com os ideais proclamados a partir do Iluminismo o indivíduo passou a ser o centro da atenção, ganhou uma importância antes desconhecida, sendo detentor de direitos e liberdades frente ao Estado. Assim, foi a partir da proliferação das idéias de democracia, liberdade, igualdade e dignidade humana que as penas corporais passaram a perder espaço para as penas privativas de liberdade, conforme preleciona Roberto Bitencourt (2004, p.3)

A partir desses acontecimentos históricos e com a divulgação das idéias de Montesquieu, o Estado chamou para si a responsabilidade de punir quem cometesse infrações e perturbasse a ordem social, passou assim, a ter o monopólio exclusivo da administração da justiça.

Também nesse momento histórico, e em virtude das mudanças verificadas, o crime deixou de atingir apenas a vítima (sujeito passivo material), para alcançar também o Estado (sujeito passivo formal e constante).

Portanto, a partir da metade do século XVIII os reformadores, imbuídos dos ideais iluministas e humanistas, lutaram para a humanização e a racionalização da aplicação da pena privativa de liberdade.

Porém, o que se nota hodiernamente é um sistema penitenciário falido que em vez de ressocializar o condenado, torna-o especialista em cometer crimes cada vez mais cruéis e reprováveis. Tudo isso mostra a absoluta incompetência do Estado para implantar uma política penitenciária a contento.

Quando o delinqüente readquire a liberdade, depara-se com os obstáculos impostos por uma sociedade preconceituosa e excludente que não consegue

enxergá-lo como um indivíduo normal, aplicando-lhe outras sanções igualmente severas, quais sejam: a falta de oportunidade no mercado de trabalho, o desemprego e a falta de cidadania básica. Diante do exposto, a única alternativa é voltar a cometer os mesmos crimes, a fim de que possa sobreviver.

Foi nesse ínterim que se passou a estudar métodos alternativos para ser aplicados a penas de curta duração, os quais seriam destinados aos condenados primários, com bom comportamento. Assim amenizaria a crise da pena privativa de liberdade.

Os legisladores logo buscaram medidas alternativas para solucionar a crise da pena privativa de liberdade, a partir desses acontecimentos advieram às penas alternativas como meios de amenizar a aplicabilidade da pena privativa de liberdade.

O criminalista Oliveira (2001, p. 7), preleciona que:

O grande lamento é que neste final de século a prisão continua a se apresentar como um espetáculo deprimente: orfana filhos de pais vivo; enviúva a esposa de marido combatido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o Estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade.

A tendência, então, é buscar outras alternativas para sancionar os criminosos, que não isolá-los socialmente. Isto porque a pena de prisão determina a perda dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade e representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, que hoje são expressamente proibidos.

As medidas alternativas, resultantes da crise na prisão, sobretudo nas hipóteses de pena de curta duração, permitem que o condenado cumpra a sua pena

junto à família e ao emprego, eliminando a contaminação carcerária, diminuindo a superpopulação prisional e suprimindo a contradição entre segurança e reeducação.

De acordo com Roberto Bitencourt (2004, p. 5):

A história da pena de prisão nada mais é do que a história da miséria humana, pois ambas crescem de forma desproporcional. À medida que aumenta a desigualdade sócio-econômica, a fome, a pobreza, o desemprego, cresce a criminalidade, a reincidência, surgem organizações criminosas que formam verdadeiros poderes paralelos ao do Estado.

O que ficou comprovado ao longo da história é que somente com a punição do encarceramento, não há recuperação do infrator. A pena de prisão não deve servir apenas como um mero instrumento de proteção às camadas sociais, através do castigo imposto pelo Estado que priva o infrator de sua liberdade. O mais grave, é que as etapas seguintes, como a reeducação e a ressocialização também não acontecem, pois o Estado trata com enorme descaso a vida humana que está sob sua tutela, quando ao contrário deveria viabilizar caminhos alternativos para que esses objetivos sejam alcançados. Porém, a realidade encontrada nos dias de hoje dentro do sistema carcerário está muito distante da finalidade teórica da pena.

1.2 Aplicabilidade das penas privativas de liberdade

Consiste a pena privativa de liberdade em restringir, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo, conforme se decorre dos ensinamentos de Greco (2008, p.497).

O Código Penal prevê duas penas privativas de liberdade: de reclusão e de detenção, bem como disciplina o regime de cumprimento da pena a ser fixado na sentença condenatória, o qual poderá ser fechado, aberto ou semi-aberto. Por sua vez, a Lei de Contravenções Penais prevê como pena privativa de liberdade a prisão simples.

Assim, o delinqüente ao ser condenado a pena de reclusão, que é a forma mais gravosa por ter a possibilidade de privar totalmente a liberdade do condenado, a cumprirá em regime fechado, aberto ou semi-aberto. Por sua vez, a pena de detenção será cumprida em regime aberto ou semi-aberto, sendo o condenado submetido a regime fechado em caso de regressão, como prevê o artigo 33 do Código Penal. Já a terceira espécie de pena privativa de liberdade, denominada de prisão simples, é prevista apenas para os chamados crimes de menor potencial ofensivo, ou ainda de contravenções penais, como está prevista na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41), nessa espécie de pena não é admitido o regime fechado, nem mesmo em caso de regressão, por se tratar de crimes de menor lesividade.

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo sido determinado ao condenado o cumprimento da pena em regime fechado será ele encaminhado a estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, na penitenciária, ficando sujeito a isolamento no período noturno e trabalho no período diurno, sendo que este trabalho será em comum dentro do estabelecimento, de acordo com as suas aptidões, desde que compatível com a execução de pena. Vale salientar que, o condenado a esse regime não pode freqüentar cursos de instrução ou profissionalizantes, admitindo-se o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas, devendo-se, porém, tomar todas as precauções para se evitar a fuga. O

artigo 37, da Lei de Execução Penal dispõe que a prestação de trabalho externo será autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina, além do cumprimento de um sexto da pena.

Por sua vez, o condenado ao regime semi-aberto será encaminhado para colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, ficando sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, podendo ainda realizar trabalho externo, inclusive na iniciativa privada, admitindo-se também a saída temporária para que o preso visite a família e freqüente a cursos de instrução ou profissionalizantes, sem precisar de vigilância direta. Assim, preleciona Capez (2001, p.347), que:

As saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, para fazer-lhe adquirir um sentimento profundo de sua própria responsabilidade. Sua maior justificativa está em preparar adequadamente o retorno à liberdade e reduzir o caráter de confinamento absoluto da pena privativa de liberdade, caracterizando uma etapa da formação progressiva de execução.

O regime aberto será aplicado com base na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado durante a execução de sua pena. Portanto, fará jus a cumprir pena no regime aberto o condenado que tiver bom comportamento dentro da prisão, não cometendo nenhuma falta grave, além da necessidade de estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente quando for posto em liberdade. Denota-se que este ficará recolhido, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, durante o período noturno e nos dias de folga. Esse regime por ser embasado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, permite que este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhe, freqüente curso ou pratique outra atividade autorizada, como explana Greco (2008,

p.510). No entanto, se, frustrar os fins da execução penal ou praticar fato definido como crime doloso, haverá regressão do regime.

A regressão é a transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos, como ensina Capez (2001, p.353). Portanto, só se efetiva a regressão diante das hipóteses previstas na Lei de Execução Penal, dispostas no artigo 118, como a prática de falta grave, a prática de fato definido como crime doloso e frustrar os fins da execução, no caso de estar em regime aberto. A regressão tem por escopo punir aqueles condenados que não fizeram jus à confiança dada pelo magistrado, já que ao sair cometem condutas que contrariam o benefício auferido.

A pena privativa de liberdade é cumprida em regime progressivo. É um programa gradual de cumprimento da privação da liberdade, por fase ou etapas. Dessa forma, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena, em regra, no regime anterior e seu mérito for favorável, mediante seu bom comportamento carcerário, terá direito a progredir para um regime menos rigoroso. Preleciona Greco (2008, p. 512) que:

A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social.

Portanto, quando condenado a regime fechado, o indivíduo na fase inicial de cumprimento da pena sofre um controle interno mais intenso, pois sua liberdade é mais restringida. A última etapa é o regime aberto, o qual como ensina Greco (2008, p.510), é uma ponte de reinserção do condenado na sociedade, em que o preso fica em liberdade, exigindo do mesmo, autodisciplina e senso de responsabilidade, e

vale enfatizar que somente tem direito a progredir para o regime aberto aquele que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo, além de apresentar mérito e aceitar as condições impostas pelo juiz, como explana Capez (2001, p.351).

A pena privativa de liberdade está prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, ou seja, a cada conduta descrita no Código Penal existe uma pena prefixada para aquele comportamento, servindo para sua individualização, assim permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele tutelado.

Para que a pena seja aplicada o magistrado deverá adotar o sistema trifásico, baseado no que preceitua o artigo 68, do Código Penal, ou seja, indicará a pena-base observando estritamente os critérios previstos no artigo 59, do mesmo diploma legal, consistindo assim no exame das circunstâncias judiciais. Na fase seguinte serão observadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 a 67, do mesmo diploma legal, estabelecendo a quantidade de cada aumento ou redução, com a observância de que, nesta fase, a pena não pode ultrapassar os limites legais, assim, deve estar em consonância com o previsto no tipo incriminador. A última fase a ser observada vem a ser as causas de aumento e diminuição da pena previstas na parte geral e especial do Código Penal, como dispõe Greco (2008, p.558). Ao término de tais operações, chega-se a pena definitiva, cabendo ao julgador, ainda, estabelecer o regime inicial de seu cumprimento.

Além da observância das fases expostas, necessário que o magistrado faça uma avaliação coerente da conduta praticada e do grau de culpabilidade do indivíduo infrator, de forma a se ponderar a ação ou omissão do transgressor para aplicar uma sanção com equilíbrio e justiça, como bem ensina Capez (2001, p.277).

Como bem se sabe, o Estado Brasileiro adota o modelo de Estado Democrático de Direito, uma vez que preza pela proteção da liberdade e pela igualdade de todos os indivíduos. Assim, no Estado Democrático de Direito não se almeja uma igualdade genérica, mas o que se procura é tratamento diferenciado, na qual se deva adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada indivíduo. Dessa forma, ao cometer algum delito o agente receberá a sanção do Poder Público, o qual poderá acarretar a limitação de sua liberdade.

Portanto, uma das principais idéias do Estado Democrático de Direito é invadir o mínimo possível a esfera de liberdade do indivíduo, pois se trata de um direito fundamental que será atingido. Assim, antes de considerar alguém como culpado, deve existir respeito há uma série de garantias do indivíduo, e uma delas é a existência de um prévio processo judicial, concedendo ao acusado direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador.

Neste diapasão, afirma Bitencourt (2000, p.68) que:

A pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento de desígnios de outro, nem ser contado como instrumento das coisas como objeto de direito real.

Pois o maior valor protegido pelo Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana. Portanto, a primeira observação a ser feita, é que somente haverá incumbência da pena ao indivíduo que praticou a conduta delituosa, se o mesmo tiver capacidade de livre arbítrio e de auto-entendimento no momento da prática delitiva, assim, aquele capaz de entender o caráter ilícito do fato.

1.3 Pena Privativa de Liberdade como instrumento de controle social

As penas privativas de liberdade configuram a forma que o Estado, então detentor do *jus puniendi*, pune àqueles que violam regras ao cometerem crimes tipificados na lei, como ensina Sanches (2008, p.19). A pena em análise é a mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico-penal, haja vista não ser admitidas às penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e nem qualquer outra de natureza cruel, como exposto no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal.

Dessa forma, permanece a pena de prisão à frente de todas as demais sanções criminais. A sociedade, através do Estado, utiliza a pena privativa de liberdade para contra-atacar a lesão ocasionada pelo infrator.

O sistema penal, por meio da pena privativa de liberdade, procura alcançar a prevenção geral de condutas antijurídicas. Portanto, quando o delinqüente pratica um crime, o Estado impõe uma sanção penal que visa intimidar aqueles que ainda não adentraram na prática delituosa. Dessa forma, o Direito Penal exerce um controle social quando tipificam as figuras delituosas consideradas mais nocivas à vida do agrupamento e impõe a segregação do criminoso do seio dessa sociedade. Dessa forma, ao tipificar determinadas figuras criminosas passa a utilizar todo o aparelhamento judiciário e coercitivo do Estado a serviço do controle social.

Com isso, denota-se que a pena privativa de liberdade tem dupla função: punir e prevenir. Consiste a primeira em aplicar uma penalidade pelo descumprimento das condutas impostas pelo Código Penal. E por sua vez, a segunda advém com a aplicação da punição, assim previnem que as demais pessoas que ainda não adentraram no caminho do crime, ingressem.

Afirma Beccaria (2004, p.46) que:

O fim pois não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Conseqüentemente, devem ser escolhidos aquelas penas e aquele método de impô-las, que, respeitada a proporção causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu.

O Estado, para garantir a ordem e a paz social, precisa, por vezes, impor uma pena ao infrator da lei, trata-se de uma conseqüência natural e uma forma de assegurar o seu cumprimento. No entanto, a pena privativa de liberdade será aplicada como última *ratio* na solução das lides.

Vê-se que pena é uma sanção que deverá ser imposta pelo Estado a todos, *erga omnes*, com a finalidade de manter pacífico o convívio social entre as pessoas, as quais confiaram àquele uma parcela de sua liberdade. Desta forma, a penalidade deve ser a mais rápida e próxima do delito, e assim será a mais justa e útil possível, constituindo conseqüentemente um meio eficaz para a prevenção de delitos.

Porém, é de se destacar que a pena de prisão só deverá ser utilizada como último recurso para a punição do condenado, é o que preconiza o Direito Penal Mínimo, o qual será melhor relatado no capítulo seguinte. Entretanto, pela falta de estrutura do Estado, tem a pena de prisão servido para retirar o indivíduo infrator do âmbito social e garantir segurança aos demais. Contudo, a pena privativa de liberdade não é apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo à margem do convívio social, em virtude da sua culpabilidade e periculosidade, deve ser também uma forma de dar-lhe condições para que se recupere e volte à vida em comunidade.

No entanto, a realidade fática é bem distinta, os apenados são lançados à prisão sem qualquer critério de classificação, sendo abandonados pelo Estado e mantidos na ociosidade e no ódio pela sociedade que contribuiu para o seu isolamento.

Neste contexto, afirma Greco (2008, p. 488) que:

O sistema de penas, infelizmente, não caminha numa escala ascendente, na qual os exemplos do passado deviam servir tão-somente para que não fossem mais repetidos. A sociedade, amedrontada com a elevação do índice de criminalidade, induzida pelos políticos oportunistas, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis, tais como a castração, nos casos de crimes de estupro, por exemplo, ou mesmo a pena de morte.

É preciso a transformação do sistema para que a reforma do condenado seja propiciada por instrumentos como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando em liberdade, e evitando assim que o cárcere seja mais penoso do que deve ser.

Na precisa lição de Raúl Cervini (*apud* Greco, 2008, p. 493):

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação de liberdade retribuísse a sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos anti-sociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais, os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento ineficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

Mesmo diante de tantos obstáculos, a prisão ainda é, lastimavelmente, a única solução para os delinquentes mais perigosos, uma vez que, trazendo riscos a convivência em sociedade, devem mesmo ficar segregados. O que não se pode perder de vista é a proporcionalidade da pena à gravidade do crime e a culpabilidade do agente.

A aplicação das penas privativas de liberdade demonstra um flagrante desatendimento aos Direitos Humanos. A sociedade, quanto às autoridades competentes, precisam sair da indefinição, e buscar diretrizes de atuações concretas no combate a este tipo de absurdo. Os Direitos Humanos, antes de meros enunciados formais, têm de ser encarados como as verdadeiras e vigorosas premissas de um novo milênio.

A utilização da pena privativa de liberdade como meio de controle social parte da supremacia que o Estado possui para tipificar condutas ilícitas, assim como de impor penas severas de privação da liberdade como meio de impedir que os indivíduos não pratiquem os crimes tipificados no Código Penal. No entanto, diante do sistema carcerário falido não existe um controle social efetivo, ante a impotência das normas, já que estas se tornaram pouco eficazes diante da crise que assola a pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO 2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA NOVA POLÍTICA CRIMINAL

O Direito Penal só deve preocupar-se com a tutela dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, somente intervindo nas relações sociais como último meio de composição das lides. Trata-se de perfeita orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e da própria concepção material de Estado Democrático de Direito, na qual se reconhece a liberdade como regra e direito fundamental, e a prisão verdadeira exceção diante de intoleráveis formas de agressão.

O artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil orienta que, quando a lei for omissa, o juiz pode decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Nas precisas lições de Miguel Reale (2002, p.38), isto significa que:

O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da futura lei. Para essas lacunas há possibilidade do recurso aos princípios gerais de direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher e suprir lacunas da legislação.

Tem-se o princípio como o mandamento nuclear de um sistema, é a verdade básica imutável de uma ciência, funcionando como pilares fundamentais da construção de todo o ordenamento jurídico. São os princípios verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade, conforme preleciona o autor acima mencionado (2002, p.33).

Dessa forma, a violação de princípios é a forma mais gravosa de cometer uma ilegalidade, pois agride todo um sistema, subvertendo seus valores fundamentais. Haja vista constituírem fatores que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico.

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade vem esculpido no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como está previsto no artigo 1º, do Código Penal, que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Conforme disciplina Capez (2001, p.35), o princípio da legalidade é o gênero que compreende duas espécies, o da reserva legal e o da anterioridade da lei penal. Isto posto, o supra citado artigo 1º, do Código Penal, denominado princípio da legalidade, abarca os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal. O primeiro reserva para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena. Por sua vez, o princípio da anterioridade exige que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal.

O princípio em estudo teve sua origem no ano de 1215, com a Magna Carta que foi imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra. Seu artigo 39, descrito por Greco (2008, p. 95), previa que:

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 alguma maneira; e não poderemos, 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.

O homem, cada vez mais consciente de seus direitos, buscou um princípio que controlasse a punição penal por parte do Estado, evitando assim, arbitrariedades e abusos do poder punitivo.

A busca de tal princípio constituiu-se com muitas lutas, foi um processo histórico lento e difícil, pois era necessário para a existência de tal princípio, uma abertura política, que sempre foi negada nos regimes totalitários ou nos monocráticos.

Somente com os ideais do Iluminismo: igualdade e liberdade, o Direito Penal recebeu um caráter menos cruel, impondo ao Estado, limites às suas intervenções na liberdade de seus cidadãos, como explana Greco (2008, p.487).

Após a difusão do ideário de igualdade é que finalmente nasceu o princípio tão procurado, que foi intitulado como princípio da legalidade. Dessa forma, este princípio advém para suprir às expectativas, limitando o poder punitivo estatal, onde ninguém é privado de suas vontades senão em virtude da lei, conforme disciplina Roberto Bitencourt (2004, p. 5).

Portanto, foi com o Iluminismo e com a Revolução Francesa que o princípio em tela atingiu sua finalidade: combater as inseguranças da sociedade. Bem como, contribuiu para a Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por Aristóteles, que amenizou o poder absoluto dos governantes.

O princípio da legalidade, desde o Iluminismo do século XVIII, exerce suma importância para o Direito Penal, e se insere numa lógica em que o poder estatal é restringido, tendo como principal papel garantir direitos mínimos para os indivíduos, aos quais pode ser imputada a prática de crime somente se lei prévia estabeleceu

determinada conduta como tal, nem lhes pode ser imposta pena também previamente definida, ou seja, deve ser analisado cada caso concreto em respeito ao princípio da individualização das penas.

No que se refere ao ordenamento jurídico pátrio, observa-se que a premissa em análise fora inserida em todos os Dispositivos Legais, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma do Código Penal de 1940, ocorrida em 1984. Com isso, percebe-se que trata de uma aspiração básica de todo o ser humano de ser protegido contra qualquer arbitrariedade e tirania dos detentores do poder, pois é apenas por intermédio da lei que se pune alguém pela prática de um delito, assim como, garante a segurança jurídica de que ninguém vai ser privado de sua liberdade sem que possua um tipo incriminador.

Preleciona Paulo Bonavides (*apud* Greco, 2008 p.93) que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutos* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

A estrutura do Estado Democrático de Direito tem sua origem na Lei Maior, norma esta fundamental para regulamentar as relações sociais e embasar também as disposições de ordem penal. Portanto, Estado de Direito e princípio da legalidade estão interligados, posto que, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito exige a subordinação de todos perante a lei, pois como bem elucida Damásio (2000, p.65):

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite.

Assim, o conteúdo do Direito Penal, suas regras punitivas, sanções e bens jurídicos sujeitos a sua proteção devem estar em consonância com a Carta Magna, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio sob enfoque visa combater o poder arbitrário do Estado, pois como dispõe a própria Constituição Federal no seu artigo 5º, XXXIX, "ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude da lei", dessa forma só por meios das espécies normativas devidamente elaboradas em consonância com as regras de processo legislativo constitucional é que se pode criar obrigações para o indivíduo. Portanto, a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Assim, por intermédio da lei existe a segurança do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando um tipo incriminador. Preleciona Moraes (2008, 36) que:

O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem de vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles: a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão-eis a lei.

Em consonância com o princípio da legalidade está o princípio da intervenção mínima que adveio com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,

a qual, em seu artigo 8º, determina que a lei deve prever somente penas estritamente necessárias, conforme preleciona Greco (2008, p.95).

O Direito Penal é o mais evidente instrumento normativo de controle social, por atingir a liberdade de ir e vir dos cidadãos com a aplicação das penas privativas de liberdade. Diante dessa perspectiva, os tipos penais incriminadores só devem intervir quando for o último recurso para proteção dos bens jurídicos, assim como, os demais ramos do ordenamento jurídico se revelarem insuficientes para a solução do conflito. Observa-se portanto que os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, respectivamente, dão origem ao princípio da intervenção mínima, legitimando o Direito Penal a atuar apenas nos casos de lesões graves a bens jurídicos importantes para a sociedade, conforme explicita Capez (2001, p.20).

O princípio da intervenção mínima postula que somente bens jurídicos de maior relevância para a sociedade podem ser objeto de tutela do Direito Penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado. Com isso, o legislador deve estar atento as modificações da sociedade, pois com a evolução dos bens jurídicos que eram tidos como imprescindíveis para a esfera penal deixam de ter importância, e outros bens passam a gozar de maior atenção no âmbito penal.

O Garantismo do século XX, movimento impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promoveu uma evolução nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que conectado ao princípio da intervenção mínima deram origem o chamado Minimalismo Penal, que traz como proposta central limitar o poder incriminador do Estado, na qual a pena privativa de liberdade somente deve ser lançada para evitar um mal maior à sociedade.

O sistema garantista objetiva minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico. Desse modo, o Direito Penal Mínimo

estabelece vias alternativas que resolvam o conflito sem aplicação da prisão, resguardando-se para as condutas com significado penal e atuando apenas nos casos de graves lesões a um bem jurídico fundamental para as relações sociais, como bem preleciona Greco (2008, p. 10).

2.2. Princípio da Insignificância

Também conhecido como princípio da bagatela, o princípio da insignificância, foi introduzido no sistema penal pela primeira vez em 1964 por Claus Roxin, criminalista alemão e estudioso da política criminal.

O princípio em estudo, ou, de acordo com os doutrinadores alemães, a criminalidade de bagatela – *Bagatelledelikte*- surge de forma significativa na Europa, devido às crises sociais decorrentes da primeira e segunda guerra mundial. O grande número de desemprego e a falta de alimentos, dentre outros fatores que advieram com as guerras, provocaram um surto de pequenos furtos, subtrações de pouca relevância, que receberam a denominação criminalidade de bagatela.

De outra parte, os juristas romanos acreditavam que o princípio teve sua procedência histórica no Direito Romano, e buscavam a fundamentação no brocardo *minimus non curat praetor*, que significa, o pretor não cuidava dos pequenos delitos.

O princípio da insignificância teve sua evolução vinculada ao princípio da legalidade; todavia, somente obtendo uma maior importância dentro do universo jurídico a partir do século XVIII.

Este princípio, conforme os ensinamentos de Greco (2008, p.65), consiste em que o Direito Penal não deve preocupar-se com condutas incapazes de lesar qualquer bem jurídico, excluindo do juízo de tipicidade condutas que se amoldam a

determinado tipo penal sob o ponto de vista formal, mas não apresentam nenhuma relevância material no caso concreto. Com isso, afasta-se liminarmente a tipicidade penal, já que o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Nesse diapasão, conceitua-se crime como todo fato típico, antijurídico e culpável, é sabido que ante a ausência de algum desses elementos, descaracteriza-se o conceito de crime. Isto posto, se o fim do tipo penal é a tutela dos bens jurídicos mais importantes, quando da lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder ao seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o seu comportamento iníquo realizado.

Vê-se com isso, que os crimes de bagatela, num primeiro momento, se amoldam à figura típica, mas posteriormente, tem sua tipicidade desconsiderada pelas suas mínimas ofensas.

O objetivo do referido princípio, de acordo com Capez (2001, p.16), seria então, restringir o teor literal do tipo penal, ajustando-o aos comportamentos socialmente aceitos, a despeito de suas ínfimas lesões aos bens jurídicos, tornando-se um instrumento de interpretação restritiva da norma penal, evitando-se a interpretação puramente gramatical, que será sempre acompanhada de alguma injustiça.

A insignificância abrange situações de ofensa mínima a bens juridicamente protegidos, tendentes a não justificar a incidência do Direito Penal. Todavia, a regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, revela a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal. Assim sendo, pode-se retirar do âmbito penal ações cujo conteúdo se revela pequeno para a atuação da Justiça Penal, evitando-se assim a saturação de seus órgãos, com a retirada de um sem número de processos que podem ser resolvidos por outros meios.

Todo ordenamento jurídico brota dos anseios sociais e, seria uma injustiça punir condutas aceitas e admitidas pela sociedade. Portanto, os comportamentos admitidos pela sociedade não podem ser punidos na órbita penal.

Sem embargo, não se pode permitir que a liberdade garantida constitucionalmente a todos seja cerceada em detrimento de uma ofensa insignificante a um bem jurídico de menor relevância. Para tanto, é necessário que se observe, para a aplicação da insignificância, a idéia conglobada da norma ponderando-se resultado, conduta e grau de culpabilidade.

A bagatela tem aplicação em qualquer tipo de crime, seja formal, material, de dano, perigo, doloso ou culposos. Vale ressaltar que, para compreender melhor o princípio da insignificância, sua finalidade jurídico-penal, deve-se relacioná-lo a outros princípios, tais como: lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.

Para o princípio da lesividade apenas admite-se a aplicação da pena à conduta que lese direitos ou interesses de terceiros juridicamente protegidos, não se punindo a conduta puramente interna ou individual, que se caracterizem por ser escandalosas, imorais, esdrúxulas ou pecaminosas, assim, não possuem a lesividade necessária para legitimar a intervenção penal.

Enquadra-se o princípio da lesividade como um sub-princípio da insignificância. De fato, este tem uma relação importante com o princípio da lesividade, já que o Direito Penal só pode ser utilizado se afetar bens jurídicos relevantes, ou seja, a conduta deve causar uma lesividade tal que legitime a intervenção penal.

Afirma Zafaroni (2004, p. 226) que o princípio da lesividade, é o princípio por meio do qual "nenhum direito pode legitimar punitiva quando não medeie, pelo

menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”.

Esse princípio traduz a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Portanto, aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre as pessoas que, naturalmente, são diferentes.

Assim, ninguém pode ser punido por aquilo que se pensa ou mesmo por sentimentos pessoais, por isso, o pensamento enquanto permanecer encastelado na consciência, não representa nada para o Direito Penal. Somente quando exteriorizado por meio de uma conduta comissiva ou omissiva e atinge terceiros é que passa a ter relevância para a órbita penal.

Pois conforme afirma Prado (2004, p. 147):

Não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.

Por sua vez o princípio da fragmentariedade, ou o caráter fragmentário do Direito Penal, segundo Greco (2008, p.61), significa que uma parcela limitada de bens está sob a tutela do Direito Penal, mas que, sem dúvida, são bens importantes, imprescindíveis e necessários ao convívio social. Denota-se que apenas as condutas mais graves merecem o rigor da tutela penal. Sendo decorrente portanto, dos princípios da legalidade, lesividade, adequação social e intervenção mínima.

Sob a ótica do citado princípio, é o sistema penal punitivo fragmentado, ou seja, apresenta-se na forma de fragmentos dispersos, que são tipos incriminadores, assim, ou a conduta se enquadra no tipo, ou não possui relevância penal. Devendo o referido sistema ocupar-se somente daqueles casos em que há uma ameaça grave aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, logo, nunca disciplinando bagatelas irrelevantes.

Assim, é característica marcante do Direito, em um Estado Democrático, a sua fragmentariedade, ou seja, o ordenamento jurídico não deve se ocupar de todas as coisas e atos que advém da conduta humana, o que, além de impraticável, resultaria em restringir de forma brutal a liberdade e, por conseguinte, a dignidade humana.

Informado pelo princípio da subsidiariedade, o caráter subsidiário permite que o remédio penal só atue quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tiverem perdido a eficácia e não forem capazes de conservar a segurança, a paz e a ordem social.

Desta forma, a subsidiariedade do Direito Penal, que presume a sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como uma solução sancionadora extrema, que deve ser aplicada apenas quando nenhuma outra se mostrar suficiente para resolver o conflito.

Ainda no que se refere ao princípio da insignificância, percebe-se que o mesmo tem como fundamento à idéia de proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime.

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, exige-se que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou

posto em perigo e o bem de que pode alguém ser privado, conforme ensina Capez (2001, p.22).

O princípio em destaque surgiu com o Iluminismo e ao tempo da Revolução Francesa. Já em 1764 a obra intitulada *Dos Delitos e das Penas* de autoria do Marques Cesare Beccaria delineava, expressamente, que o princípio da proporcionalidade deveria ser observado pelo legislador, bem como pelo julgador, como explana Greco (2008, p.77).

Tal idéia era entendida como uma proibição de excesso, dado o desejo de uma atuação plausível da justiça, respondendo ao fenômeno criminal com uma reação na mesma medida, nem além, nem aquém do mal praticado. Portanto, este princípio rechaça o estabelecimento de cominações legais e a imposição de penas idênticas para crimes de lesividades distintas, devendo ser aplicada à pena na proporcionalidade do mal praticado. Decorre assim, do princípio da dignidade da pessoa humana preceito constitucional que deve ser respeitado, o qual garante a todos os cidadãos tratamento eqüitativo, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um.

Bem como, tem o princípio da proporcionalidade papel indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado Brasileiro, qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante letra do artigo 3^o, inciso III, da Magna Carta. É portanto a proporcionalidade, idéia ínsita à concepção de Estado Democrático de Direito conforme expõe o mencionado Diploma Constitucional em seu artigo 1^o, *caput*.

2.3 Princípio da Adequação Social

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, de acordo com Greco (2008, p.57), significa que apesar de uma conduta se amoldar ao modelo legal não será considerada típica se for aceita e reconhecida pela sociedade.

A vida em sociedade impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, pois as condutas admitidas socialmente e consideradas normais, não podem sofrer uma valoração negativa, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade.

O crime deve ser analisado formalmente por três paradigmas: o fato típico, antijurídico ou ilícito e culpável. O fato típico é todo comportamento humano, positivo ou negativo que, em regra, provoca um resultado juridicamente relevante, haja vista esta disposta na lei como infração penal. O mesmo possui quatro elementos, sendo eles a conduta, o nexa causal o resultado e a tipicidade. Define-se crime, desta forma, como um fato jurídico que produz conseqüências no mundo do direito, estando inserido na espécie dos atos ilícitos, como define Capez (2001, p.101).

A tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na norma penal incriminadora, como ensina Capez (2001, p.158). Ela seria a conjugação do fato com a conduta e o resultado, desde que ilícito, ou seja, contrário às normas jurídicas. Portanto, o tipo penal não pode alcançar condutas lícitas, que se realizam dentro de uma esfera da normalidade social.

Diante do exposto, pressupõe que o tipo penal é uma seleção de comportamentos, assim, cabe ao ramo penal escolher aquelas condutas que sejam

contrárias e nocivas ao interesse social, para serem tipificadas e erigidas à categoria de infrações penais, como leciona Capez (2001, p.19).

Dessa forma, o princípio da adequação social veio aprimorar o sistema da tipicidade, levando-se em consideração as bases e os parâmetros sociais estabelecidos. Observa-se assim que a adequação social é princípio geral em que afasta do ordenamento jurídico comportamento que são aceitos socialmente, considerando essas condutas atípicas através da interpretação da lei penal. Sendo muito útil em sistemas jurídicos com pouco desenvolvimento, quando as normas jurídicas não acompanham as transformações sociais, assim, serve de norte ao justo aplicador do direito, que está adstrito as modificações que ocorre na sociedade.

A menor intervenção do Direito Penal antes de significar uma completa negação do Direito Penal, representa uma atuação sensata do Estado voltada a proteger penalmente os bens mais relevantes da sociedade. Por isso, o princípio da menor intervenção não descarta a criminalização, desde que ela se estabeleça dentro da filosofia de uma real necessidade e quando outros meios da política criminal mostrarem-se ineficazes.

Dessa forma, diante de um Estado Democrático de Direito que é constituída por uma sociedade pluralística, os bens de maior relevo são medidos pela sua importância social, assim determinados valores de interesse social podem ser erigidos à categoria de bens jurídicos penais, para que os proteja de danos. Ao contrário, quando determinado interesse ou valor não tiver alcance social, não se poderá instituir um bem jurídico sujeito à proteção penal.

Nesse contexto, afirma Greco (2008, p.57) que:

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se à convivência

social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre ela

Vale enfatizar que o princípio da adequação social não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores, mesmo que sejam constantes a prática de algumas infrações penais e cujas condutas já não são mais consideradas perniciosas pela sociedade, pois, conforme determina o artigo 2º, *caput* da Lei de Introdução ao Código Civil, uma lei somente pode ser revogada por outra. É o que ocorre por exemplo com a contravenção do jogo do bicho, que apesar de não ser mais considerada pela sociedade como conduta típica, os Tribunais pátrios tem rejeitado a tese de que a conduta daqueles que cometem tal contravenção é uma conduta atípica, pois apesar de uma conduta socialmente adequada não foi expressamente revogada por uma lei.

Dessa forma, o princípio em análise serve de parâmetro para o legislador. Assim, deve este observar os bens jurídicos mais importantes da sociedade para que coloque sob a tutela do Direito Penal e, retire do âmbito penal aquelas condutas que não são mais consideradas típicas, haja vista a sociedade aceitá-las como condutas normais e lícitas.

2.4 Princípio da Humanidade

O Direito Penal passou por constantes evoluções ao longo da história. De modo que, as penas, ao longo do tempo, foram perdendo o caráter de punição e rigor extremado, passando a exercer um papel de corrigir e ressocializar o apenado. A possibilidade de punir saiu da fase da vingança privada e concedeu ao Estado

esse poder, fato que inclusive possui uma enorme importância, pois, sabe-se que a pessoa lesada não é capaz de aplicar a penalidade naquele que lhe ofendeu.

Assim, o princípio da humanidade exige, na atual circunstância, uma visão mais social sobre a pena, dessa forma, a sanção deve visar somente conduzir o apenado a uma possibilidade de correção de sua conduta, por entender que a pena já não é dotada de um caráter de castigo e aflição.

O princípio da humanidade ou da humanização das penas é um daqueles postulados tipicamente iluministas que surgem em oposição aos abusos e arbitrariedades tão próprios da Idade Média. Assim, foi a partir do século XVIII, também conhecido como século das Luzes, que foram iniciadas as transformações na qualidade das penas. Prelecioni Greco (2008, p.83) que:

No final do século XVIII e início do século XIX, começa a haver uma modificação da postura adotada, os suplícios foram sendo gradualmente abolidos. O espetáculo de horror, as cenas chocantes do patíbulo estavam sendo deixadas de lado. Começava portanto, a transição das penas aflitivas, corporais, para a pena privativa de liberdade. Mesmo tratando-se de penas privativas de liberdade, o princípio da dignidade humana, que deve orientar toda a atividade legislativa do Estado, não poderá deixar de ser observado.

A República Federativa do Brasil, estruturada como Estado Democrático de Direito, tem como princípio fundamental à dignidade humana, isto é, a consideração de que o ser humano, independente de quaisquer especificações de credo, raça ou condição social, deve ser tratado como um fim em si mesmo, merecedor do respeito e consideração de seus semelhantes e principalmente do Estado, devendo estar livre de quaisquer arbitrariedades que restrinjam de modo desnecessário sua liberdade, como prevê o artigo 4º, da Constituição Federal.

Recepcionando assim o exposto no artigo 8º, da Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão, descrito por Alexandre de Moraes (2000, p.5), que disciplina que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Sendo assim, o Direito Penal deve se alinhar à ideologia presente no Texto Constitucional, que visa justamente a promoção do fim buscado pelo Direito: a justiça. Portanto, faz-se necessário observar um rigor humanitário, de modo a não violar os princípios que regem o Direito Penal, tendo sempre como destinatário o ser humano.

Por isso, quando desrespeitado o princípio da humanidade, o Direito perde o seu papel de base do Estado Democrático de Direito, uma vez que deveria resguardar os direitos fundamentais do ser humano.

Assim, nenhuma pena de privação à liberdade deve atentar contra a dignidade do condenado, por isso há a vedação constitucional da prática de tortura e de tratamento desumano e degradante a qualquer pessoa (CF/88, art.5º,III), assim como, a pena de morte, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, as penas de banimento e cruéis, são proibidos pela Carta Magna em artigo 5º, XLVII, que tem o escopo de velar pela integridade física e moral dos apenados, constituindo respeito à dignidade humana, a qual, segundo preleciona Capez (2001, p.9), é princípio genérico e reitor do Direito Penal e dela:

Partem outros princípios específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo à categoria de Direito Penal Democrático.

Além da Constituição da República, a humanidade das penas vem prevista na Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), a qual, em seu art. 3º, *caput* e parágrafo único, determina que: "Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política". Portanto esse princípio nada mais faz do que garantir ao preso, detento ou qualquer pessoa custodiada pelo Estado que seja tratado como ser humano, e não como animal ou objeto de repúdio e crueldade.

Como se vê, decorre de um Estado Democrático de Direito a proteção a dignidade da pessoa humana, a individualização na aplicação da pena e o respeito aos direitos básicos do ser humano, através da utilização das regras de Direito Penal, o qual deve aplicar a pena buscando o bem-estar de todos os indivíduos da sociedade, inclusive do condenado, até porque uma das finalidades da pena é a sua ressocialização.

O princípio de humanidade trata como inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente, ou seja, que atentem contra a integridade física e moral do condenado como: morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica e outro.

Entende-se, portanto, que este princípio tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger a todas as pessoas. Assim, cabe ao juiz assegurar a todos o pleno gozo dos direitos fundamentais, que são inerentes a todos os indivíduos, bem como não viola-los quando da aplicação das sanções penais.

CAPÍTULO 3 PENAS ALTERNATIVAS: UMA OPÇÃO SANCIONATÓRIA PARA EVITAR A IMPOSIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As penas alternativas são um instrumento eficaz de ressocialização de que dispõe o atual Direito Penal, pois, resgata, com sua aplicação, o verdadeiro fim da pena: o seu caráter pedagógico.

As penas alternativas não possuem um caráter intimidativo, no entanto, traz uma valoração de caráter pedagógico, buscando realmente restaurar o delinqüente, mantendo-o no convívio social e educando-o mais eficazmente, à medida que se busca realmente adequar a pena à gravidade do delito e as condições pessoais do infrator, apontando-o para sua conscientização e solidariedade.

A violência, como fenômeno social, demanda soluções do Estado, que deve inibir e coibir as ações violentas e atentatórias contra a harmônica convivência entre os homens. Contudo, nem sempre se utilizam os meios mais justos e eficazes para combater a violência.

A pena privativa de liberdade, remédio comumente utilizado, como já se delineou acima, traz em seu contexto graves e permanentes efeitos contrários ao que pretende o Direito Penal, inviabilizando seu caráter preventivo.

Assim, urge que a prisão seja imposta somente aos criminosos de alta periculosidade que praticam delitos mais graves. Fora disso, o infrator deve ser submetido a medidas menos gravosas, que sejam restritivas de direitos, tal como a limitação de fim de semana, a proibição de freqüentar determinados lugares ou a outras, como prestação de serviços à comunidade e a pena de multa, medidas que vêm cumprir de modo alternativo o fim do Direito Penal.

Ainda se pode verificar alguma resistência quanto à aplicação das penas alternativas, pois o Poder Judiciário acomoda-se no subterfúgio de não ter servidores que acompanhem a aplicação dessas penas.

É mister enfatizar que o aprisionamento por si só não é meio eficaz para recuperar o delinqüente, haja vista que as etapas da reeducação e ressocialização são comumente deixadas de lado a despeito da inoperância do Sistema Carcerário Brasileiro, o que respalda ainda mais a aplicação das penas alternativas, como forma de se tentar resgatar o fim visado pela Teoria das Penas.

3.1 Das penas alternativas: Restritivas de Direito e Pena de Multa

As penas alternativas constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade, como bem define Capez (2001, p.368).

No Código Penal as penas restritivas de direitos são elencadas no artigo 43, no qual reconhece os Direitos Humanos dos presos e a individualização das penas. Dessa forma, com o advento da Lei 9.714/98 foi ampliado o rol das penas restritivas de direitos dispostos no artigo acima citado, duas foram adicionadas e uma recebeu acréscimo. Nos termos do referido artigo, as penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.

O magistrado depois de prolatar uma sentença penal condenatória, ou seja, constatar que o fato é típico, antijurídico e culpável, verificará se é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas, enfatiza-se que não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade; bem como não podem ser suspensas nem substituídas por multa. São portanto uma alternativa à prisão.

Sendo assim, a pena restritiva de direitos não coexiste com a pena privativa de liberdade, ou se aplica uma, ou se aplica outra, jamais as duas ao mesmo tempo. Mas nada obsta que uma pena de multa seja aplicada conjuntamente com uma pena restritiva de direitos.

Vale ressaltar também, que o instituto penal em estudo, não pode substituir a pena privativa de liberdade em toda e qualquer circunstância. Para ser aplicada, é preciso observar os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, os quais são de ordem objetiva e subjetiva.

Sob a ótica objetiva só será possível a substituição quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos (CP, art. 44, I). Portanto, o requisito objetivo diz respeito à quantidade da pena, a substituição nesse caso só será viabilizado quando a pena aplicada for inferior a quatro anos, nas transgressões dolosas, pois caso seja infração culposa, a lei não faz qualquer ressalva com relação ao limite da pena.

Por sua vez, os requisitos de ordem subjetiva são os seguintes: não ser o réu reincidente em crime doloso; e que as circunstâncias judiciais tais como, culpabilidade, antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, previstas no artigo 59, do Código Penal, sejam favoráveis e indiquem que a substituição seja suficiente. Contudo, a inexistência da reincidência em crimes dolosos significa que, se qualquer uma das infrações penais que estão colocadas em confronto, a fim de aferir a reincidência, for de natureza

culposa não impedirá a substituição, assim se o crime for de natureza culposa será cabível a aplicação da pena restritiva de direitos, como preleciona Greco (2008, p. 534).

Ressalta-se que o requisito objetivo leva-se em consideração a quantidade da pena imposta pelo juiz na sentença, por sua vez, o requisito subjetivo leva-se em consideração a pessoa do réu, sua personalidade, conduta e comportamento. São condições cumulativas, ou seja, todas devem estar presentes para que se possa realizar a substituição por uma pena alternativa, como explana o autor supracitado.

Nesse sentido, preleciona Luis Flávio Gomes (*apud Greco, ibdem*) que:

Uma vez mais, deixou o legislador por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição no caso concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a suficiência da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle.

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitar a particulares, como explana o autor acima citado.

Enfatiza-se que se trata de pena substitutiva, isto é, o juiz inicialmente fará o cálculo da pena privativa de liberdade, e após examinará se estão presentes os requisitos subjetivos e objetivos para a substituição por pena restritiva de direitos.

Sendo a pena igual ou inferior a um ano, a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direito ou por multa; caso a sanção imposta seja superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma pena

restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, como bem ensina Capez (2001, p.377).

A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta pelo magistrado, desta maneira, aquele que não cumprir a pena restritiva de direitos, não justificando o descumprimento, infalivelmente, terá sua pena transformada em privativa de liberdade. Portanto, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar, será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, faz-se à detração, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão, como prevê o artigo 44, § 4º, do Código Penal.

Outra forma de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, prevista no Código Penal, ocorrerá quando sobrevier condenação por crime a pena privativa de liberdade praticada durante a execução da pena restritiva de direitos. A conversão não será obrigatória, nesse caso, poderá o juiz decidir pela subsistência da pena restritiva de direitos sempre que seu cumprimento seja compatível com a nova sanção, como ensina Capez (2001, p.379).

Antes de se converter à pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, deve-se possibilitar ao condenado ampla defesa de seus direitos, com a instauração de devido processo legal e a observância do contraditório, pois esses princípios devem ser sempre observados na execução penal.

Por sua vez, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, esse valor arrecadado terá como finalidade à construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos carcerários, dentre outros aperfeiçoamentos do Sistema Penitenciário, como bem ensina Greco (2008, p.548).

Atualmente, a pena de multa atende as necessidades atuais de descarcerização, punindo o autor da infração penal com o pagamento de importância determinada pelo juiz.

Afirma Vera Regina (*apud* Greco, 2008, p.564) que:

A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória.

Para calcular o valor da pena de multa deve-se a princípio encontrar o número de dias-multa, o valor de cada dia-multa, e finalmente multiplicar o número de dias-multa pelo valor de cada um deles, conforme disciplina Capez (2001, p.404).

Encontra-se o número de dias-multa a ser aplicado atendendo ao critério trifásico do artigo 68, do Código Penal, que será fixado observando o limite de dez e um máximo de trezentos e sessenta dias-multa. O valor de dias-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário mínimo mensal vigente a época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. Para fixação da pena de multa leva-se em conta a capacidade econômica de cada condenado, como prevê o artigo 60, *caput*, do Código Penal. Caso o juiz considere que é ineficaz a pena de multa aplicada, pode aumentar seu valor até o triplo, como ensina Greco (2008, p. 550).

Uma vez transitado em julgado a sentença condenatória, a multa deverá ser paga em dez dias. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. Caso não haja o devido pagamento, nem a solicitação de parcelamento pelo condenado, deve-se

extrair certidão circunstanciada, contendo os informes sobre a condenação e a multa, que será remetida à Fazenda Pública. A certidão valerá como título judicial, para fins de execução, como bem leciona o autor acima citado.

O artigo 51, do Código Penal, modificado pela Lei nº9.268/96, prevê que transitada em julgada a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, cuja competência será da Vara da Fazenda Pública e não mais das execuções criminais, modificação implementada pela lei supracitada. Assim, diante das modificações ocorridas no Código Penal, não existe mais a conversão da pena de multa em detenção, pois caso exista o descumprimento da pena de multa essa se torna dívida de valor, a ser executada perante a Fazenda Pública.

Como se vê, as alternativas penais representam, um dos meios mais eficazes de prevenir a reincidência criminal, devido ao seu caráter pedagógico, pois enseja que o infrator, cumprindo sua pena em liberdade, seja fiscalizado pelo Estado e pela comunidade, facilitando grandiosamente a sua reintegração à sociedade.

3.2 Tratamento constitucional das penas

As penas alternativas são medidas alternativas que adveio com os anseios da Nova Política Criminal, assim, com a Reforma Penal de 1984 se adotou medidas alternativas para as penas de prisão de curta duração, dessa forma, promulgou as chamadas penas restritivas de direitos e revitalizou a pena de multa, permanecendo a prisão como eixo principal do sistema punitivo.

As normas brasileiras, principalmente a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, é considerada como uma das mais modernas do mundo. Nesta a individualização da pena é prevista em seu artigo 5º, inciso XLVI,

como garantia fundamental, o qual prevê inclusive as penas restritivas de direitos e a pena de multa.

Percebe-se que o Direito Penal e o Direito Constitucional se integram. Portanto, aquele abrange uma perspectiva de respeitar a ordem hierárquica das normas e consolidar os valores e princípios que protegem a pessoa humana de atrocidades punitivas.

Dessa forma, o Direito Penal deve respeitar os ditames constitucionais, visto que, esta adequação à Constituição Federal é um fenômeno existente na atual circunstância do Direito, como explana Zaffaroni (2004, p. 135), para o qual:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se à legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Conforme inciso XLVI, do artigo 5º, da Carta Maior, pode-se notar a intenção do legislador no que tange a humanização das penas, principalmente em garantir a dignidade da pessoa humana.

Um outro dispositivo revelador do potencial humanitário na Constituição Federal está presente no artigo 5º, inciso III, o qual determina que, “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, logo, nenhum preso será submetido à tortura e ao tratamento desumano, pois consiste em total violação do respeito ao ser humano, assim, penalidades nesse teor são altamente inóspitas e reprováveis, mesmo sabendo que em dados momentos históricos o Brasil já vivenciou penas desta natureza.

O artigo acima citado em seu inciso XLVII veda expressamente a aplicação de penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, assim consideradas as penas de morte, de banimento, cruéis, a prática de tortura e o tratamento desumano e degradante, e sua não aplicação é colocada entre as garantias fundamentais, sendo consideradas cláusulas pétreas, isto é, que não podem ser alteradas por emenda constitucional. E mesmo com a promulgação de uma nova constituição não seria possível a implementação de tais penas, pois, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito não se admite um retrocesso de direitos e garantias fundamentais, mesmo com a implementação de uma nova ordem jurídica, o que torna o tema sempre inoportuno e a discussão superada.

A proibição à pena capital constitui limitação material ao poder de emendar, como ressaltado no parágrafo anterior, assim, proclama que a Constituição Federal resguarda o direito à vida do preso durante a execução da pena, haja vista ser um direito inerente ao ser humano de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. Portanto, a Carta Magna proíbe a imposição de pena de morte, mesmo após o devido processo legal.

Como se percebe, a proibição de tais penas atende a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana. Afirma Ferrajoli (*apud* Greco, 2008, p.83) que: “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.”

A pena é uma conseqüência natural imposta pelo Estado àquele que transgredir normas de conduta, pois em que pese o Estado ter o poder de punir, deve se resguardar dos ditames constitucionais para a aplicação de uma pena, sempre

observando o devido processo legal, pois antes de se aprisionar alguém é necessário garantir o contraditório e a ampla defesa, meios estes assegurados constitucionalmente (CF/88, art. 5º, LV).

É o contraditório a possibilidade conferida ao réu de conhecer, com exatidão, todo o processo e, em decorrência de tal conhecimento, contrariá-lo sem nenhuma espécie de limitação. Por sua vez, a ampla defesa representa verdadeira consequência do contraditório, pois se por intermédio do contraditório se reconhece a absoluta igualdade entre as partes. Será por meio da ampla defesa que tal igualdade ganhará corpo, tornando-se efetiva e palpável, consiste assim na possibilidade do réu contrariar por completo a acusação, como bem explana Sanches (2008, p.21).

Sendo assim, conforme preleciona Greco (2008, p.528):

Se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana. As raízes Iluministas do princípio da proporcionalidade fazem com que hoje, passados já três séculos, colhamos os frutos de um direito penal que visa se menos cruel e procura observar os direitos fundamentais do homem

Pois é a função do Direito Penal, sem embargo, a proteção de bens jurídicos, mas apenas daqueles mais importantes e indispensáveis ao homem. Uma vez que, busca evitar a aplicação da pena para condutas inofensivas. Portanto, ao aplicar uma sanção, o Estado agiria de maneira desproporcional em razão das lesões mais ínfimas ao bem jurídicos, já que existem outros meios menos agressivos de tutelar os direitos dos indivíduos.

Neste contexto, o preso para cumprir sua pena com dignidade deve ter assegurado direitos que são necessários e importantes para sua reinserção no convívio social. A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 41 e incisos, prevê esses direitos, são eles: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, entre outros.

Dessa forma, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se às autoridades o respeito a sua integridade física e moral, como dispõe o artigo 5º, inciso XLIX, da Lei Maior. No entanto, esse artigo constitucional é um dos mais violados na legislação atual, haja vista a todo o momento constatar-se, através dos meios de comunicação, as humilhações e o sofrimento daqueles que se encontram no sistema carcerário.

3.3 Penas alternativas: um paradigma para a problemática criminal

As penas alternativas visam, implicitamente, proteger a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental esculpido na Constituição Federal, que observa a necessidade de proporcionar aos condenados condições para uma vida digna. Deste modo, tal pena impõe uma sanção ao indivíduo, sem no entanto removê-lo de sua vida, de seu trabalho e de seus hábitos particulares, mantendo-o reintegrado na sociedade.

Diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se reproduzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha se tornar cada vez mais criminógena, pois o Brasil passa por um

processo de prisionalização nunca presenciado na história. Atualmente se prende mais que se solta, o que acrescido do aumento da criminalidade, como também na falta de políticas públicas eficazes para combater o crime, tem gerado um estágio insuportável de violência, em que o Estado se vê compelido a reconhecer sua incapacidade para combater as ações criminosas.

As deficiências das penitenciárias são notoriamente conhecidas pela população brasileira. Elas realçam a incapacidade do Poder Executivo em desempenhar mais uma de suas atribuições, o controle da execução penal. Uma agravante é que a política do Ministério da Justiça muda a cada nomeação de novo ministro ou a cada decisão do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, dificultando o trabalho que vinha sendo aplicado.

Ocorre que o Estado não tem condições de manter condignamente todos os presos condenados. Ao contrário, são péssimas as condições dos presídios. Há a necessidade de se construir mais presídios adequados, com limites no número de presos, pois já está comprovado que o sistema carcerário fica incontrolável diante de grande número de detentos.

O Sistema Penitenciário Brasileiro está passando por um grande declínio nas suas formas de aplicação das penas e no seu objetivo de ressocialização do apenado. Isso é algo bastante notório porque em vez de o indivíduo voltar ao seio da sociedade totalmente recuperado, podendo conviver naturalmente, sem nenhum preconceito por parte da sociedade, retorna um criminoso de alta periculosidade, predisposto a reincidência. Sabiamente relata Greco (2008, p. 517) que:

O Estado quando faz valer seu, *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais

grave, de tratá-lo como animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não são cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa a se pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajuda-lo.

A busca de medidas cada vez mais repressivas e cruéis para impedir as ações criminógenas não surte os efeitos desejados por todos, apenas, a princípio, serve de ajuste satisfatório, amenizando o senso de impunidade que é sentido pela sociedade.

No entanto, diante de tantas crises que assolam o país, dentre as quais a corrupção, o desemprego, a crise da segurança pública, o descaso com a saúde e educação, provoca equívocos na busca da almejada tranquilidade social, as quais deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão.

O que faz surgir um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, pois o problema da prisão está na própria prisão, a qual avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado.

Pois, a pena de prisão não tem correspondido às esperanças de cumprimento, com finalidade de recuperação do delinqüente, haja vista ser praticamente impossível a ressocialização de alguém que se encontre preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles que em liberdade deverá obedecer, isso sem falar na falência que há no sistema prisional pátrio.

A falta de uma política criminal séria que vise limitar a pena de prisão somente às situações de reconhecida necessidade, assim como, a falta de interesses dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de juntos buscar uma

política criminal que amenize os índices de criminalidade, contribui para a decadência do sistema prisional

A realidade da aplicação da pena no país é assustadora, não existe um critério de avaliação quanto o crime praticado. Além de, na maioria das vezes, os detentos são pobres, provenientes de camadas menos favorecidas, motivo no qual reforça a tese que os delinqüentes da sociedade é fruto das injustiças predominantes no país. Por outro lado, as pessoas com um poder aquisitivo melhor tem um tratamento diferenciado, mais brando no cumprimento da pena, e muitas vezes não chegam nem a cumpri-la.

Nesse contexto, afirma Zaffaroni (2004, p.58) que:

Na grande maioria dos casos, os que são chamados de delinqüentes pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoados de pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como delinqüentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas ou ações qualificadas como tais.

O que se vê atualmente são instituições penitenciárias conhecidas como escolas de formação do crime que não cumprem seu papel ressocializante.

Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado, gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas conseqüências, que se exteriorizam por meio de sucessivas rebeliões. Demonstrando assim, que o referido sistema, não atende às condições necessárias para o pleno florescimento legal dos Direitos Humanos.

Tal realidade, é decorrente dos resultados da política prisional, que ao invés de recuperar, produz indivíduos muito mais perigosos, principalmente por aplicar

punições que se caracterizavam por um rigor excessivo ou por uma injustiça. Diante disso, a reforma do sistema penal tornou-se inevitável.

Preleciona Eugenio Zaffaroni (2003, p.208) que:

A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante; gera uma patologia cuja principal característica é a regressão. O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada tem a ver com as de adulto; se priva de tudo que usualmente faz o adulto ou que conhece. Por outro lado, lesiona-se sua auto-estima de todas as formas imagináveis: perde a privacidade e seu próprio espaço, submetendo a tratamentos degradantes.

No ordenamento jurídico pátrio, uma solução iminente à realidade exposta são as penas alternativas, as quais tem como escopo o caráter retributivo e ressocializador da pena, haja vista proporcionar ao delinqüente cumprir sua pena em liberdade, com apoio da família, da sociedade e do Estado, facilitando de forma grandiosa sua reintegração social.

Mesmo diante dessa realidade, normas existem com a finalidade de amenizar o caos do sistema carcerário. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984) foi elaborada com o intuito de atenuar a crise da pena privativa de liberdade, expondo penas alternativas em observância aos princípios constitucionais, como explana Geco (2008, p. 529). Contudo, a LEP não tem muita aplicabilidade, e isso decorre de uma administração corrupta e sem vontade política, pois se realmente existisse uma política criminal adequada seria possível à aplicabilidade efetiva da citada lei no Brasil.

Nenhuma alternativa é apropriada para as circunstâncias senão aquela que atenda aos anseios de uma justiça humanitária, de forma a comungar os dissabores da vítima com uma efetiva recuperação do delinqüente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema carcerário brasileiro se encontra em um caos total, não se cumpre às regras e não existe observância aos princípios constitucionais, sendo constante a desobediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, reconhece o fracasso das penas privativas de liberdade que não alcançam o fim visado pela pena. A superlotação dos presídios, as condições insalubres em que são mantidos os presos, a violência dentro da prisão e a falta de assistência médica, psicossocial terminam por inviabilizar a perspectiva de ressocialização do apenado, ao revés, a degradação humana que sofrem, revela-lhes que continuar na criminalidade é questão de sobrevivência. Diante disso, buscam-se novas medidas para solucionar a referida crise.

Assim, propõe-se a aplicar penas alternativas aos delinqüentes que praticam delitos menos gravosos, de modo que a pena de privação de liberdade seja utilizada somente para criminosos de alta periculosidade.

Diante do exposto, alcançaram-se os objetivos propostos neste estudo, haja vista a utilização dos métodos histórico-evolutivo, bibliográfico e o exegético-jurídico, os quais possibilitaram que a pesquisa se desenvolvesse numa seqüência lógica, como a que se segue: no primeiro capítulo destacou-se a pena privativa de liberdade, desde sua origem até a sua atuação como forma de controle social, demonstrando sua ineficiência para reprimir os delitos e manter a paz social; no capítulo seguinte, explanou-se sobre os princípios norteadores da nova política criminal, sua atuação imprescindível diante do surgimento de um Direito Penal Mínimo; e no terceiro capítulo, enfocou-se as penas alternativas como meio eficaz para solucionar e sanar a crise da pena privativa de liberdade.

Alcançados também os resultados propostos, quais sejam: confirmou-se que a pena privativa de liberdade não atende ao real controle social; examinou-se os princípios informadores da nova política criminal os quais fundamentam a confirmação anteriormente citada; bem como permite efetivamente constatar, que as penas alternativas representam hoje o primeiro passo a ser dado na busca pela solução da crise que assola o sistema carcerário brasileiro.

Confirmaram-se deveras, o problema e a hipótese formulados, sendo o primeiro retratado no questionamento adiante indicado: São as penas alternativas um mecanismo de solução a crise do sistema carcerário brasileiro? E, posteriormente a hipótese: Sim, pois a aplicação efetiva das penas alternativas amenizaria o caos que se encontra o sistema prisional, haja vista ser um meio de prevenir a reincidência criminal, devido seu caráter pedagógico, pois enseja que o delinqüente cumpra sua pena em liberdade, mantendo-o no convívio social, facilitando grandiosamente a sua reintegração à sociedade.

Verificou-se no presente trabalho monográfico que os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para o justo emprego das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação mecânica dos tipos incriminadores.

Pois é imperativo de um Estado Democrático de Direito a invocação da dignidade da pessoa humana no âmbito penal, devendo o julgador ponderar-se na proporcionalidade quando na aplicação da pena, invocando sempre os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7210/84. São Paulo: 2007.

BRASIL. *Lei de Contravenção Penal*. Decreto-Lei nº 3688/41. São Paulo: 2007.

BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Decreto-Lei nº 4657/42. São Paulo: 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHES, Rogério Cunha; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal Doutrina e Prática*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALOGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria geral do Direito Penal*. v. 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.