



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

ÂNGELO MARQUES LEAL

**A EFICÁCIA DAS SANÇÕES ALTERNATIVAS FRENTE À
PROBLEMÁTICA DO SISTEMA ENCARCERADOR**

SOUSA - PB

2003

ÂNGELO MARQUES LEAL

**A EFICÁCIA DAS SANÇÕES ALTERNATIVAS FRENTE À
PROBLEMÁTICA DO SISTEMA ENCARCERADOR**

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

Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.

SOUSA - PB

2003



L435e Leal, Ângelo Marques.

A eficácia das sanções alternativas frente à problemática do sistema encarcerador. / Ângelo Marques Leal. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

66 f.

Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Sistema carcerário. 2. Sanções alternativas. 3. Ressocialização. 3. Cultura carcerária. 4. Sistema penitenciário. 5. Sistema de penas. 6. Penas alternativas. I. Alencar, Manoel Pereira de. II Título.

CDU: 343.261(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

ÂNGELO MARQUES LEAL

**A EFICÁCIA DAS SANÇÕES ALTERNATIVAS FRENTE À
PROBLEMÁTICA DO SISTEMA ENCARCERADOR**

BANCA EXAMINADORA

**Ms. Manoel Pereira de Alencar
Professor – Orientador**

**Ms. Lenilma Cristina S. de F. Meirelles
Professor - Membro**

**Esp. Maria Marques Moreira Vieira
Professor - Membro**

Sousa-PB

2003

Aos meus pais com eterna gratidão, por estarem sempre me incentivando e apoiando nesta árdua caminhada.

À minha esposa e meu filho, que constituem grande fonte de forças nas dificuldades.

Aos meus irmãos que me serviram tanto nos momentos insalubres, quanto nos regozijantes.

In Memoriam: Raimundo Marques do Nascimento(† 04/02/2002), meu eterno avô.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a Deus por tudo que tem proporcionado à minha vida.

A todos os professores da UFCG, campus III, Sousa-PB, em especial à professora Maria da Luz e ao meu orientador Manoel Pereira de Alencar por terem de forma direta ou indireta, proporcionando a realização deste valioso estudo.

RESUMO

O sistema penitenciário nacional encontra-se em situações das mais precárias. As prisões não servem para o que elas deveriam servir, neutralizam a formação ou o desenvolvimento de valores, estigmatizam o ser humano, funcionam como uma máquina de reprodução da carreira do crime, induz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária, legitima o desrespeito aos direitos humanos, dentre outros fatores. Em razão das reconhecidas e proclamadas mazelas do nosso sistema repressivo, e diante da crise demonstradora da necessidade de ampla reforma do sistema penitenciário e do próprio sistema de penas, passou-se a adotar as denominadas penas alternativas. Em nossa monografia não apontaremos-las como a solução definitiva para a problemática do sistema prisional e da criminalidade como um todo, mas como passos iniciais capazes de dotar o judiciário de sanções mais justas, perante o caso concreto, do que a tradicional pena privativa de liberdade, em face de levar o condenado à uma sanção privativa de liberdade prejudicial à própria sociedade que o condenou. A pena de prisão deve ser reservadas àquelas pessoas que efetivamente representem uma ameaça à vida, integridade física e psíquica. Mais importante do que uma política criminal voltada à construção de prisões, é fundamental criar um direito penal que aposte em penas alternativas capazes de liberar recursos para a construção de escolas, hospitais, casas, centros de cultura e lazer, tudo que vai atuar na efetiva prevenção do crime. Destarte, o nosso estudo será voltado às sanções alternativas, no qual mostraremos desde a evolução histórica das penas e do direito de punir, até o desenrolar de toda estrutura legislativa do que renomados juristas nacionais e internacionais apontam como uma das grandes perspectivas do direito criminal e de toda conjuntura do sistema penitenciário.

Palavras-chave: PENAS, ALTERNATIVAS, SISTEMA, PENITENCIÁRIO, RESSOCIALIZAÇÃO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I O DIREITO ESTATAL DE PUNIR.....	11
1.1 Processo Histórico.....	11
1.2 Teorias Punitivas.....	15
1.3 Sistemas Penitenciários	16
1.4 A Experiência Brasileira.....	18
1.5 A Crise da Pena de Prisão.....	21
CAPÍTULO II NOVA POLÍTICA SANCIONADORA: PENAS ALTERNATIVAS.....	27
2.1 Institucionalização Internacional.....	27
2.2 Os Resultados no Direito Comparado.....	31
2.3 Contexto Nacional.....	34
CAPÍTULO III SANÇÕES ALTERNATIVAS EM ESPÉCIE.....	38
3.1 Prestação Pecuniária.....	38

3.2	Prestação de Outra Natureza.....	42
3.3	Perda de Bens e Valores.....	45
3.4	Prestação de Serviços à Comunidade.....	48
3.5	Interdição Temporária de Direitos.....	50
3.6	Limitação de Fins de Semana.....	53
3.7	Multa Substitutiva.....	55
CAPÍTULO IV	NOVOS RUMOS PARA A POLÍTICA CRIMINAL	
	NACIONAL.....	58
4.1	Ciência Política Criminal.....	59
4.2	Cidadania no Cárcere.....	60
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia jurídica não é vislumbrar questões processuais ou discutir pormenorizadamente a execução de cada uma das modalidades de penas alternativas, mas identificar se o nosso Estatuto Penal pode promover a reversão do atual quadro de criminalidade que se estabeleceu na sociedade brasileira. Em nosso trabalho de pesquisa documental e bibliográfica, verificaremos a importância da aplicabilidade das sanções alternativas no sentido de corroborar para uma política penitenciária mais justa e equânime.

A falta de infra-estrutura e o total descaso dos nossos governantes tem contribuído de forma significativa para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime". Se por um lado, os maus tratos, as celas lotadas, as condições precárias, a falta de alimentação adequada e o meio insalubre trazem o arrependimento do preso pelo crime cometido, por outro, também trazem a revolta.

Além disso, a falta de um acompanhamento psiquiátrico e a não utilização de atividades intelectuais e esportiva acabam por arruinar a integridade física e moral do apenado, propiciando dessa forma ao cultivo de pensamentos perversos e banais, não contribuindo de forma alguma a sua reabilitação, pelo contrário, prejudicando-o ainda mais.

Como se não bastasse, 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 (isso no caso de ele ter sido realmente recuperado), aplicando-lhe outras sanções igualmente severas, que é a

falta de oportunidade no mercado de trabalho, o desemprego, a falta de cidadania básica, etc. Diante do exposto, a única alternativa é voltar a cometer os mesmos crimes, a fim de que possa sobreviver.

Observa-se, então, que as penas privativas de liberdade, na maioria das vezes, não contribuem para a adaptação do indivíduo a uma futura vida em sociedade. Reconhece-se que a prisão não é o melhor lugar para empreender qualquer tentativa de reeducação ou tratamento terapêutico de problemas de personalidade. Devemos evitar, ao máximo, os efeitos prejudiciais da pena privativa de liberdade, procurando aplicar, a cada caso, a pena adequada a ressocialização do delinqüente.

Pelos fundamentos articulados, as penas alternativas merecem uma análise aprimorada, pois apresentam-se como uma perspectiva real para substituir, paulatinamente, a falida pena de prisão. Assim, pretende-se constatar sua viabilidade para reverter o caótico sistema punitivo vigente, uma vez que qualquer medida que supere a aplicação da pena de prisão deve ser prestigiada, pois seguramente não proporcionará males mais severos que os oriundos da prisão.

Aliás, neste sentido já ilustrava o insigne filósofo Cesare Beccaria, consignando sobre a ineficiência e a injustiça das penas de prisão e destacando a necessidade da aplicação de sanções que afétassem com menor intensidade a liberdade humana:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública, são, por sua própria natureza, injustas, e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior é a liberdade que o soberano conserva para os seus súditos¹.

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshsky, 1978, p. 108.

Ressalte-se que mesmo sendo uma matéria polêmica e atual, a aplicação das penas alternativas já era preconizada no Código Penal Brasileiro de 1984, aderindo às tendências do direito penal moderno. Porém, as penas restritivas foram revitalizadas no direito pátrio quando no ano de 1995 o Brasil participou do Congresso das Nações Unidas, realizado no Cairo, que teve como foco central de discussão o tratamento do delinqüente e a aplicação de penas alternativas à prisão. Estas sugestões foram prontamente acolhidas pelo Presidente da República, que encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.684/96 visando o incremento do elenco de penas alternativas à prisão na legislação pátria, dando azo à Lei 9.714 que entrou em vigor em 1998.

Com esse normativo jurídico as penas alternativas redirecionaram os objetivos da punição Estatal que deixou de ensejar o castigo para pugnar pela reabilitação do delinqüente. Saliente-se que, com o advento da Lei 9.714/98, as punições alternativas à prisão fixaram-se como uma realidade “in abstrato” no direito penal brasileiro, mas para que se tornem um instrumento punitivo “in concreto”, não constituindo mera utopia jurídica, indispensável se faz que o instituto seja prestigiado por todos os segmentos da sociedade como operadores do direito, iniciativa privada, poder executivo e membros da comunidade.

CAPÍTULO I

O DIREITO ESTATAL DE PUNIR

1- Processo Histórico

O direito de punir emanou da vida comunitária, pois para que a paz e o interesse da maioria fossem preservados criaram-se as regras comuns de convivência e a conseqüente punição ao agente infrator. Não obstante o conceito de pena nunca tenha gerado grandes discussões, sua finalidade foi uma preocupação constante na história do direito penal, provocando o estudo de juristas e filósofos em seu tempo. Em suma, em seu percurso histórico a pena sofreu um processo de evolução simultâneo às modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando azo às penas alternativas à prisão, objeto deste estudo.

Na Antigüidade a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e, via de regra, não guardava proporção entre a conduta delitiva e a punição, prevalecendo sempre o interesse do mais forte. Com a Lei de Talião, registrada pelo Código de Hamurabi, em 1680 a.C., mesmo que de forma insuficiente, estabeleceu-se a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, consagrando a disciplina de dar vida por vida, olho por olho e dente por dente. Surgiu assim a equivalência entre a ofensa e o castigo penal, porém as

penas continuavam avassaladoras, públicas e degradantes, prevalecendo a infâmia, as agressões corporais e a pena de morte.

Superado este momento histórico, a pena que inicialmente era de ordem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado. A privação da liberdade começou a ser utilizada, para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem conotá-la como sanção penal autônoma, permanecendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira severa e capital ao acusado. Neste sentido castigos como amputação de membros, guilhotina, forca, eram exibidos à população na forma de espetáculo, para servir de exemplo intimidativo. Porém, esta situação nunca gerou aceitação entre os homens, como destaca Foucault (apud Dotti, 1977):

...assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação¹.

¹ FOULCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia Pondé Vassalo. Petrópolis, 1977, p. 58. Apud. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 34.

Posteriormente, a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinqüente, cometendo-se todas as atrocidades e violências em nome de Deus. Durante a Idade Média, a punição foi inspirada pelos Tribunais de Inquisição, período em que a pena ensejava o arrependimento do infrator. Assim, criou-se a oportunidade para que a Igreja massacrasse seus hereges com suplícios cruéis, como a fogueira, estrangulamento e outras variadas formas de tortura. A única e isolada progressão da pena neste momento histórico deve-se ao fato de que os Tribunais Inquisitórios instituíram um processo sumário para proferir o julgamento, embora não fosse permitido o princípio do contraditório e o direito de ampla defesa.

A crueldade e os absurdos do direito penal somente foram contrariados com o movimento Humanitário, liderado por ideais de pensadores como John Haward, Jeremias Bentham e Cesare Bonesana “Marquês de Beccaria”, que tornou-se um símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente, constituindo o pilar desta vertente. Os ideais revolucionários deram base ao direito penal moderno e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.

Assevere-se porém que, além dos ideais liberais que norteavam o período, outros motivos estimularam a aplicação da prisão como pena autônoma, suprimindo a pena de morte e os suplícios à integridade física do homem. O aumento da criminalidade por toda Europa em razão das guerras e do aumento da urbanidade, geraram um vulto de pobreza e violência e, com o conseqüente aumento da delinqüência, a pena de morte tornou-se insuficiente e inadequada,

ocasionando a conveniência da aplicação de penas privativas de liberdade. Assim, a pena de prisão solidificou-se como principal modalidade punitiva, embora a sua execução permanecesse primária e desumana.

Outrossim, no início do século XIX, a pena de prisão mostrou-se como um meio adequado para reformar o delinqüente, constituindo uma evolução para época, mas nas últimas décadas sua eficiência não tem proporcionado resultados tão otimistas. Aliás, este panorama negativo já era esperado, pois o cárcere é a antítese da sociedade livre, atua de forma antinatural conduzindo à criminalidade. Em virtude disso, assim como ocorreu com a pena de morte e outros suplicios, a falência da pena de prisão foi inevitável, uma vez que além de não frear a delinqüência dá oportunidade a desumanidades e estimula a reincidência delitiva.

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, exurgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do direito penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Esse objetivo encontra-se respaldado na constatação de que o cárcere proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, por impor um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos. Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinqüente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos.

2 - Teorias Punitivas

Cumpra ainda salientar que diversas teorias interpretaram as finalidades e objetivos da aplicação da pena.

A primeira teoria que merece apreciação é a denominada absoluta ou retributiva, fundamentada no princípio de que a pena deve ser aplicada mesmo que desnecessária ao bem social, uma vez que serve como instrumento propagador da justiça, tornando sublime os dizeres: *punitur quia peccatum est*, ou seja, pune-se porque cometeu crime. Esta teoria consigna que o criminoso deve ser punido meramente por ter infringido a lei penal, sem que leve-se em consideração, a utilidade desta pena para o delinqüente ou para a sociedade. Apregoa assim que a pena é um mal justo que deve ser aplicado a um mal injusto, *malum passionis quod inflingitur ob malum actionis*, independente de seu caráter divino, moral ou jurídico.

Como não poderia deixar de ser, esta teoria foi criticada sob o argumento de que é impossível eliminar o mal do delito com o mal da pena, considerando que o retribucionismo nunca é proporcional ao dano causado pelo delito. Outros argumentos foram ainda articulados, aduzindo que a teoria retributiva apenas pune o delito praticado, mas não previne para que ele não volte a acontecer, contrariando a disposição *nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, ou seja, nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas, sim para que não se volte a pecar.

A segunda teoria que merece ser prestigiada é a da prevenção ou relativa, fundada no ideal de inibir o surgimento de outros delitos inculcando temor geral pela repressão punitiva. Segundo esta teoria, a punição deve ter caráter de prevenção

geral, coagindo psicologicamente a sociedade através da intimidação e impondo respeito ao Direito. Por outro lado, visa atender a prevenção específica, ressocializando e reabilitando as pessoas que chegaram a delinquir.

Vale salientar, por fim, as disposições da teoria eclética ou mista que reúne em seu contexto, os ideais retributivo da teoria absoluta e preventivo da teoria relativa. Estabelece que o legislador deve estipular os bens jurídicos protegidos e fixar o *quantum* penal, devendo a pena ser justa e proporcional, por traduzir a retribuição à culpabilidade do delinqüente. Quanto à prevenção especial, é remetida à fase da execução penal, ressocializando o condenado de maneira individualizada, tornando-se a pena um bem para o delinqüente e para a sociedade.

Destaca ainda que, embora a pena constitua uma conseqüência forçada para conter a periculosidade do infrator e defender a sociedade, pode de forma simultânea, reabilitar qualquer delinqüente.

Na legislação brasileira atual, a teoria mista é a que vige, embora seus objetivos de prevenção geral e especial nem sempre sejam alcançados.

3 - Sistemas Penitenciários

Outro ponto importante é o papel dos sistemas penitenciários na história da punição, especialmente no que se refere à pena de prisão.

A primeira abordagem imprime as características do sistema celular que respaldou-se no isolamento dos condenados para permitir a reflexão e o arrependimento. Esse sistema condenou-se ao fracasso por constituir verdadeiro sepulcro em vida, pois sem poder conversar com ninguém e condenado ao silêncio angustiante e desesperador, o recluso perdia toda referência de convívio com a

família e amigos, tornando a punição desumana e dispendiosa, além de atrofiar o intuito social dos segregados, levando-os à loucura.

Em seguida, surgiu o sistema auburniano, com o ensejo de superar as limitações e deficiências do regime celular. Porém, de forma prática, apenas estabeleceu o labor comunitário, permanecendo a infeliz regra do silêncio. Somente permitia-se aos detentos que falassem com seus superiores hierárquicos, mediante autorização prévia e em voz baixa. Contudo, a comunicação lateral com os companheiros de prisão, continuava inibida. Esse sistema objetivava tão somente, transformar o condenado num operário disciplinado e subordinado ao poder do Estado, não constituindo um tratamento, mas uma forma de moldar o delinqüente como elemento útil e produtivo, revelando a inspiração econômica do sistema.

No decurso do século XIX introduziu-se ao ideal punitivo, a necessidade de reabilitar o recluso, dando lugar ao sistema progressivo. Esse sistema observou a vontade do recluso em reabilitar-se, condicionando a concessão de benefícios da execução penal e o retorno ao convívio social, ao bom comportamento carcerário e à progressiva reforma moral do condenado. Em vigor atualmente este sistema enfrenta críticas e questionamentos, face aos argumentos de que constitui verdadeira dominação-subordinação, obtendo-se o amadurecimento dos valores psicológicos, éticos e sociais, mediante coação dos detentos para que tenham boa conduta.

Portanto, o que se enseja é que o sistema penitenciário no futuro permita a vivência carcerária mais racional e humana, sem a excessiva e rígida execução, que chega a ser inútil e cruel. Nesse sentido pugna-se pela reciclagem do sistema progressivo, vislumbrando-se que antes de ser um condenado o executado é um

ser humano e deve ser estimulado, não coagido à reabilitar seus princípios e valores.

4- A Experiência Brasileira

A história da punição no Brasil não registra aspectos muitos divergentes dos já relatados, pois desde o descobrimento até os dias atuais, a legislação pátria é influenciada por estatutos jurídicos de outros países, procurando adaptar as normas internas de direito às tendências mundiais.

Durante a colonização, o Brasil submeteu-se, inicialmente, às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas (1514) e, por fim, as Filipinas (1603). Nesse período a pena de prisão era tida somente como medida cautelar e não como sanção autônoma, exacerbando-se as sanções corporais e infamantes, notadamente a pena de morte. Um típico exemplo das punições impostas neste período histórico, pode ser observado pelo acórdão de 18/04/1792, que proferiu a condenação dos Mártires da Inconfidência Mineira, tendo à frente do movimento, Joaquim José da Silva Xavier, "Tiradentes". Essa sentença merece transcrição por ilustrar com magnitude a severidade das penas que eram aplicadas com o propósito de salvar os costumes sociais e religiosos ditados pelos poderosos:

Portanto, condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa da Capitania de Minas Gerais a que com baraço e prégação seja conduzido pela ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais público della será pregada, em um poste até que o tempo a consuma, e o seu corpo

será dividido em quatro quartos , e pregados em postes, pelo caminho de Minas ao sitio de Varginha e das Seboas aonde o Réu teve suas infames praticadas, e aos mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Camara Real e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve em memoria a infamia deste abominável Réu².

Com a proclamação da Independência, em 1822, revogou-se as Ordenações Filipinas e alguns juristas brasileiros, inspirados pela filosofia iluminista e pela declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, começaram a agregar à legislação os princípios da igualdade de todos os homens perante a lei, personalidade da pena e utilidade pública da lei penal. Também a Constituição Federal de 1824, reagiu às tenebrosas ordenações Portuguesas, abolindo os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.

Nesta esteira, o Código Criminal do Império (1830), também fez florescer a justiça e a equidade, ensinando-se nos primeiros cursos jurídicos das academias de direito de São Paulo e de Olinda. Ainda neste período, a pena de morte passou a incidir apenas sobre três condutas típicas, sendo abolida em 1855.

A República, por sua vez, trouxe a legislação penal de 1890, passando a prever em seu artigo 41 que não mais haveriam penas infamantes e que a privação da liberdade não poderia exceder o limite de 30 anos.

² THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro: a inconfidência mineira (Autos de Devassa)*, vol. VII, p. 194. *Apud.* DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, p. 48

No período de 1930 à 1945, algumas inovações foram somadas à legislação penal brasileira, como a prisão simples para apenar as contravenções penais, a aplicação da pena de multa e a criação das penas “acessórias”, como a perda de função pública e a interdição de direitos. Além disso, o Código Penal de 1940, instituiu o sistema duplo binário, prevendo a medida de segurança.

No período que perdurou de 1964 à 1979, o Ministro Nélson Hungria foi incumbido de elaborar o anteprojeto do novo Código Penal, trazendo ao bojo da nova legislação ideais de prevenção geral. Esse Código entrou em vigor em 1970, mas foi modificado em 1973 e revogado em 1978. Em 1977, a Lei 6.416 trouxe ao Estatuto Penal idéias liberais que para a corrente mais conservadora ocasionou morosidade da justiça, impunidade e o aumento desenfreado da criminalidade.

Como se vê, o Brasil esteve desprovido de política criminal durante décadas, ensejando em 1984 uma reforma substancial no sistema punitivo para adequá-lo de forma realista às necessidades humanas da época. No transcorrer do ano retrocitado proclamou-se a Lei 7.209/84 que alterava a parte geral do Código Penal, adotando entre outras inovações, as modalidades de penas conhecidas como alternativas por não privarem a liberdade do condenado. No mesmo ano entrou em vigor a Lei 7.210/84 que tratava da Execução Penal ampliando os direitos dos réus.

Saliente-se que a agregação das penas alternativas à legislação pátria, embora na prática não tenham produzido resultados significativos, foi suficiente para preservar maior tranquilidade até o início da década de 90, pois representavam o rompimento da exclusividade da pena de prisão como

instrumento punitivo. Neste sentido, saliente-se a exposição de motivos da Lei 7.209, editada em 1984:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para os delinqüentes sem periculosidade ou menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Assim, como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade³.

Entretanto, o perfil punitivo permaneceu quase que inalterado após a reforma de 1984, apresentando tímida e inócua modificação no campo prático. Em virtude disso, na última década instaurou-se um amplo movimento no sentido de que ocorram mudanças concludentes nas modalidades sancionatórias dos estatutos repressivos, pugnando-se pela aplicação de penas que não privem a liberdade, já que a prisão tornou-se reconhecidamente ineficaz.

5- A Crise da Pena de Prisão

Despiciendo seria reiterar que a pena de prisão encontra-se falida por não conseguir conter a criminalidade e reabilitar o delinqüente, até porque é cediço que a aplicação de modalidades alternativas à prisão já estão sendo postuladas em âmbito nacional e internacional. Contudo, faz-se indispensável uma análise das conseqüências que o cárcere provoca no segregado e as causas determinantes de sua ineficácia na contenção da criminalidade.

³ MARTINS, Jorge Henrique S. *Penas alternativas: comentários a nova lei 9714/98*. Exposição de motivos da nova parte geral do código penal, p. 33.

Na prática, várias circunstâncias corroboraram para a derrocada da pena de prisão, entre elas os sérios problemas de gestão do sistema penitenciário que se encontra superlotado e impede a eficaz execução da pena. Essa circunstância, associada aos problemas de base, como a falta de emprego, educação, saneamento básico e saúde, impulsionam o cometimento de delitos. Assim, embora o Estado tente elidir sua parcela de responsabilidade remetendo ao direito penal, especialmente à pena, a tarefa de sanar e proteger a sociedade de todos os males, é de se asseverar que ao direito penal cumpre apenas o tratamento do delito e do delinqüente sob a ótica jurídica.

Ademais, todas as deficiências sociais inerentes ao sistema capitalista que estimula e propaga a má distribuição de renda e a desigualdade social, somadas ao advento da globalização, que provocou nas últimas décadas uma explosão tecnológica e uma filosofia de produção de capital, em detrimento do respeito ao ser humano, também contribuíram significativamente, para o crescimento da criminalidade, impondo o fracasso da prisão, que já é insuficiente para atender a demanda criminal.

Em geral, o Estado usa como subterfúgio para sua negligência o discurso de que o detento representa um incalculável dispêndio ao erário público, sendo elevado o custo para manter as instituições prisionais. Assevere-se que esses argumentos são frágeis e duvidosos, pois embora uma significativa parcela do capital público destine-se ao incremento e manutenção do sistema carcerário poucas alterações são observadas na prática. Assim, os estabelecimentos prisionais acabam acolhendo um número muito superior de detentos do que poderiam comportar, sujeitando os condenados a uma convivência desumana,

degradante e vexatória, permitindo o cultivo da improdutividade e da ociosidade, fatores que por si só, impedem os objetivos reabilitadores.

Em suma, o próprio Estado mantém a escola da criminalidade, permitindo que se faça imperar no cárcere os ensinamentos do universo do crime que são manipulados pelos delinqüentes contumazes, àqueles que muitas vezes têm no delito um episódio isolado de suas vidas. Nem é necessário destacar que este ambiente de frustração imprime no condenado um caráter criminógeno muito maior do que o do momento de sua segregação e as mazelas da prisão estigmatiza-o, impedindo sua reintegração sadia à sociedade.

Os males do cárcere podem ser classificados como de ordem material, que incidem sobre a saúde física-psíquica do condenado, face a falta de higiene e a ociosidade e os de ordem psicológica, relacionados à submissão do condenado ao ambiente de dissimulação do cárcere que o remete a aceitar definitivamente a vida ilícita. Relevante ainda, são os aspectos sociais, pois a prisão gera a desadaptação da convivência em sociedade. Outro problema que merece ser enfrentado é a questão da sexualidade, pois é impossível falar-se de ressocialização em um meio carcerário que deforma um dos instintos fundamentais do ser humano. Assim, embora existam críticas ensejando uma observação restrita deste problema, sob a alegação de que atividades religiosas e militares também limitam o instinto sexual, este argumentos não merecem credibilidade. A prisão é um rompimento coercitivo com o mundo exterior e as situações retrocitadas constituem uma opção voluntária do ser humano. Portanto seus efeitos não podem ser equivalentes.

Estudos revelam que a abstinência sexual pode trazer conseqüências negativas de ordem física e psíquica, contribuindo para o desequilíbrio psíquico e

podendo chegar ao estágio patológico. Além disso, pode gerar relações homossexuais, o que por si só, é extremamente negativo por não constituir uma opção do detento, além de dificultar o seu retorno às relações conjugais, desfazendo suas possíveis condições de ressocialização. Não se pode esquecer que a repressão sexual, também pode levar à "masturbação crônica" e incapacitar o agente de retornar a atividade sexual normal, inibindo seu relacionamento com outras pessoas.

Por fim, registre-se que flagrante são as agressões contra os jovens, heterossexuais que acabam submetidos à violência sexual dos internos veteranos e não apresentam reclamações para evitar desmoralização com a publicidade ou por temerem represálias. As injustiças podem ser observadas de forma transparente em casos como o de um agente que pratica um crime de furto, não tipificado como "hediondo" e, enviado ao cárcere, sofre agressões como atentado violento ao pudor, delito considerado "hediondo", mesmo estando hipoteticamente protegido pelo poder Estatal. Não se pode negar que nessas situações e similares o Estado, por omissão, passa a figurar como "co-autor" da agressão, pois extremada é a desproporção entre o prejuízo causado pelo furto praticado pelo réu e a resposta penal que lhe foi imposta. A condenação, quase sempre, além de privar sua liberdade, o expõe à degradação de personalidade e princípios.

Pelos fundamentos expostos, não há como se admitir que o sistema penitenciário reprima os instintos mais inerentes do ser humano e simultaneamente, defenda propósitos de convertê-lo em uma pessoa "normal" para conviver socialmente. Afinal, os parâmetros articulados demonstram que os valores subjetivos estão sendo distorcidos, pois se a conduta ilícita praticada pelo acusado é reprovável, a punição que o Estado lhe oferece também o é. Lembre-se que ao

Estado é reservado o "ius puniendi", desde que garanta segurança e dignidade da execução da pena. Admitir o contrário seria igualar a conduta omissiva do Estado àquela praticada pelo delinqüente.

Importante frisar ainda que a prisão transforma os internos em sujeitos absolutamente passivos, desprovidos de qualquer responsabilidade ou iniciativa, despersonalizando-os e lhes causando, profanação do ego. Não bastasse, as atividades no cárcere são inócuas à reabilitação, porque desenvolvidas de forma programada e rotineira, conservando um ambiente avesso à vida social. Em verdade, o preso é "coisificado" e introduzido à burocracia do estabelecimento prisional, onde anula-se sua privacidade para emergir a convivência compulsória com outras pessoas que exercem uma hierarquia de poder entre si, seguindo as regras de um "Código Penal" que a própria sociedade e os juristas desconhecem. Neste sentido os registros ilustram que o ambiente da prisão é tenso e violento, estimulando a criminalidade.

As considerações elencadas demonstram o antagonismo da pena de prisão frente aos objetivos que se pretendem alcançar com a punição, tornando-se paradoxal falar em reabilitação em um meio tão traumático como o cárcere. Ressalte-se ainda que alguns estudos constataam que os valores sociais legítimos para sociedade, sofrem um declínio com a reiterada segregação e depois ocupam um alicive na trajetória levando aos valores que orientam a conduta delitiva. Dessa forma, o indivíduo deprime-se, desvaloriza-se enquanto ser social integrado no meio comum e, por fim, dessocializa-se, passando a criar uma auto-estima e aceitação dentro de uma formação social paralela, na qual recebe o rótulo definitivo de delinqüente.

Em suma, conclui-se que a pena de prisão gera revolta, avilta e corrompe os princípios e valores do condenado que após, submeter-se ao cárcere, certamente voltará a delinquir. Trata-se de uma subcultura que dessocializa e faz com que o detento recuse definitivamente as normas da sociedade, como relatou o sábio doutrinador Heleno Fragoso, ao destacar que:

...a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Só sendo válido pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução⁴

Todavia, mesmo diante da comprovada falência da pena de prisão, não se pode admitir que ela seja abolida definitivamente da legislação penal, pois ainda constitui uma amarga exigência. Ela deve restringir-se às penas de longa duração e aos condenados perigosos. Portanto, deve ocupar posição subsidiária, aplicável somente quando estiverem superadas as modalidades que não privam a liberdade. Esta tendência justifica-se para evitar que a prisão exerça efeitos nefastos na personalidade do recluso, transcendendo de forma desproporcional os danos causados pelo infrator com o cometimento do delito.

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15. *Apud*. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Novas penas alternativas*, p. 23.

CAPÍTULO II

NOVA POLÍTICA SANCIONADORA: PENAS ALTERNATIVAS

Embora a crise da pena de prisão tenha acentuado nas últimas décadas sua ineficácia como instrumento contensor da criminalidade já havia sido diagnosticada até mesmo entre os filósofos que nem chegaram a imaginar a existência das penas alternativas. Esses estudiosos já criticavam a privação da liberdade, defendendo idéias liberais que almejavam uma forma de punir e respeitar a dignidade do homem. Portanto, mesmo que inconscientemente, esses pensadores embalaram as penas alternativas à prisão no berço da história do direito penal.

1- Institucionalização Internacional

Aderindo aos impulsos humanitários promovidos pelos filósofos reformistas, seguiram-se diversas convenções e seminários apreciando e defendendo a temática dos direitos do homem e do tratamento do recluso, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu artigo 5º, designou: "...ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes". Ressalte-se que esta disposição por si só ilustra que a pena de prisão é plenamente ineficaz, pois submete o sentenciado às condições ali repudiadas.

Outros Congressos das Nações Unidas, também ocuparam relevante destaque para a transformação da política punitiva nos sistemas repressivos

mundiais. Estes eventos, em geral, clamavam pela aplicação de medidas não-privativas de liberdade, ensejando o respeito à dignidade humana e o propósito de reabilitar o delinqüente. Alguns exemplos podem ser destacados como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), a Convenção Européia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950), o Pacto de Direitos Civis e Políticos, Econômicos e Culturais das Nações Unidas (Nova York. 1966), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (São José, 1969), além dos congressos ocorridos em Genebra (1955), Londres (1960), Estocolmo (1975), Gênova (1975), Caracas (1980), Milão (1985), Havana (1990) e Cairo (1995).

O Congresso de Havana, ocorrido em 1990, merece destacada apreciação neste trabalho, pois foi o responsável pela edição das Regras de Tóquio, que ficaram conhecidas como a Constituição Mundial das Medidas Não-Privativas de Liberdade, apesar de não constituírem tratado ou lei internacional. Essas Regras emanaram de um projeto realizado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para prevenção do delito e tratamento do delinqüente, em estreita cooperação com especialistas do mundo inteiro. Foi apresentado ao Comitê do 8º Congresso, na data de 27/08/90, que recomendou denominá-lo como Regras de Tóquio.

Essas Regras estabelecem as diretrizes mínimas para o tratamento do delinqüente, tendo como objetivo precípua sua reabilitação sem que se faça necessário remetê-lo à prisão. Consignam ainda que a prisão, além de dispendiosas ao erário público, ocasionam prejuízos ainda mais graves, pois não reabilitam o condenado para o convívio social e afastam-no bruscamente da

família, da sociedade e do trabalho, deixando de promover a reparação do mal causado à sociedade e estimulando as possibilidades da reincidência.

Entre as premissas norteadas pelas Regras de Tóquio, estão também o incentivo aos princípios da doutrina penal moderna estimulando o intervencionismo Estatal mínimo no direito penal e a busca pela gradativa descriminalização, despenalização e descarceirização de determinadas condutas. Desta forma, os seus ideais tem como pretensão frear a tendência punitiva tirânica do Estado, estabelecendo equilíbrio entre os interesses da vítima (reparação do dano), da sociedade (segurança e prevenção do delito) e do condenado (ressocialização, processo legal e respeito a sua dignidade). Objetiva também a participação de toda sociedade na execução penal e na recuperação do condenado, rompendo com o ideal conservador de que o delito é uma situação anômala.

Isto posto, é de se considerar que, com as Regras de Tóquio, a relação de responsabilidade do delinqüente deixou de ser exclusivamente bilateral, como se ele tivesse uma dívida com o Estado para alcançar o plano multilateral, repercutindo a aplicação e execução da pena a todos os envolvidos no conflito: delinqüente, sociedade, Estado e vítima.

Além de versar sobre as regras mínimas para aplicação de medidas não privativas de liberdade, as Regras de Tóquio também ilustram a preocupação com o respeito ao princípio da legalidade, para que se evite a arbitrariedade na aplicação, fiscalização ou execução destas modalidades punitivas. Nesta esteira, ressalta que as punições alternativas não podem expor o réu a perigo, ameaçá-lo em sua saúde física ou mental ou submetê-lo como mera cobaia a experiências

médicas ou psicológicas. Da mesma forma, consigna que as penas não podem agredir a dignidade do condenado ou constituir intromissão à sua privacidade e a sua família, não sendo admissível que se trate o condenado como objeto de controle, submetendo-o à técnicas de vigilância de que não tenha prévio conhecimento.

Face a dimensão alcançada pelas Regras de Tóquio, muito embora não revelem força de lei, são, inegavelmente, uma importante fonte norteadora da política criminal punitiva para o novo milênio e a violação a tais princípios por qualquer nação, implica na reprovação no âmbito interno e internacional. De qualquer forma, o acolhimento aos ditames das Regras de Tóquio, não afastam a incidência de outras regras que visem proteger os direitos de tratamento dos delinqüentes, uma vez que, como regras mínimas, disciplinam o essencial.

Em resumo, as Regras de Tóquio dispõe, em suas assertivas, que a pena de prisão deve ser utilizada em extrema *ratio*, ou seja, como derradeira medida. Porém, outros aspectos foram ainda abordados, como o incentivo à participação social na aplicação da pena para complementar a ação da justiça, bem como o respeito aos princípios constitucionais da reserva legal, duplo grau de jurisdição e a fixação de elementos que norteiam a execução.

No entanto, embora tenha representado uma grande difusão para a aplicação de medidas não privativas de liberdade, as Regras de Tóquio ainda esbarram no descrédito, pois lançam o desafio de romper com a consagrada pena de prisão e somente a experiência prática poderá comprovar a eficácia dos resultados propostos. Nesta esteira, ratifica o ínclito doutrinador Heleno Fragoso:

Não é fácil avaliar os resultados das medidas alternativas ao encarceramento. Essa avaliação, como sempre, é feita com critérios modestos, que têm por base a reincidência. É óbvio que os custos são incomparavelmente menores. Nos países que mantêm serviços de supervisão para liberados condicionalmente e para condenados favorecidos com a suspensão condicional, estima-se que o custo dessas medidas é um décimo do que apresenta o encarceramento, podendo alcançar um trigésimo em programas de trabalho. Pesquisas, tendo por base o critério de reincidência, revelam que os programas comunitários não oferecem piores resultados do que a prisão. Conhecendo-se os defeitos da pena privativa de liberdade, pode-se avaliar as vantagens que advêm de qualquer solução que os evite¹.

2- Os Resultados no Direito Comparado

O marco inicial e determinante para a aplicação das penas não-privativas de liberdade foram as Regras de Tóquio, embora algumas destas modalidades punitivas já fossem observadas nos ordenamentos jurídicos de alguns países desde o início deste século.

Denote-se que as primeiras punições alternativas guardam registros no ano de 1926, na Rússia, no artigo 20 e 30 do Código Penal Soviético, consagrando a “prestação de serviços à comunidade”. Em 1948, a Inglaterra também criou a “prisão de fim de semana,” seguindo-se a Alemanha em 1953 e a Bélgica em 1963, dispondo sobre o “arresto de fim semana”. Em 1967 o Principado de Mônaco criou a “execução fracionada” e, em 1970, a Espanha agregou à sua legislação o “arresto de fim de semana”. Assim, em razão do sucesso alcançado em diversas legislações, outros países também aderiram à aplicação das penas alternativas à prisão. Destaque-se a Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977) Dinamarca e Portugal (1982), França em (1983) e por fim o Brasil, com o

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: 1985.

Código Penal de 1984. Neste ínterim, constata-se que as penas alternativas à prisão vêm ganhando papel de destaque nas legislações penais mundiais e, gradativamente, estão substituindo a decadente pena privativa de liberdade. Registre-se ainda a participação de inúmeros países no Congresso das Nações Unidas, realizado no Cairo (1995), que versou sobre Regras Mínimas de Tratamento do Delinqüente, onde já se foi possível colher os primeiros resultados da aplicação das penas alternativas.

Entre as experiências apresentadas cumpre destacar que a Alemanha informou que em sua legislação penal as contravenções foram descriminalizadas e apenas 17% das condenações remetem ao cárcere. Este país sugeriu ainda a aplicação da alternativa "*plea bargaining*", em que o acusado aceita a responsabilidade, sendo-lhe fixada pena menor e encerrando-se o processo. Também a China esclareceu que em sua legislação os crimes de menor gravidade submetem-se à ação privada e os meios de comunicação informam a população sobre alterações legislativas explicando as inovações. Consignou também que as escolas oferecem noções básicas de licitude e ilicitude, estabelecendo suas conseqüências respectivas. Outro exemplo é o da Argentina, que destacou contar com escolas de formação de pessoal especializado para humanizar o trabalho penitenciário. No mesmo sentido, Cuba consignou haver descriminalizado 28% das contravenções, sendo que, de 85% das condenações, só uma remete à privação da liberdade.

Uma das medidas alternativas que revelou maior êxito, conforme a experiência relatada por países como Inglaterra, Japão, Canadá, Israel, Nova Guiné, Estados Unidos, Holanda, e Nova Zelândia, foi o Instituto da "*probation*".

Tais países indicaram a conveniência da aplicação desta modalidade punitiva, ressaltando que, além de ser significativamente mais barata que a construção de presídios ineficazes, tem natureza sócio-pedagógica, proporcionando a reabilitação do condenado através de uma orientação e fiscalização que ocorre durante um período de prova. Assim, o réu tem sua condenação suspensa sob a condição de que apresente bom comportamento e revele readaptação social.

No entanto, embora apresente semelhança com algumas medidas como o *sursis* e o livramento condicional, não pode ser confundida com estas. A suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, ocorre em audiência preliminar, antes do recebimento da denúncia; o *sursis*, disposto no artigo 77 do Código Penal pátrio, ocorre após a sentença definitiva e o livramento condicional, incide na esfera da execução penal. Assim, não existe equivalência entre estes institutos e a *probation*, pois esta última verifica-se após o encerramento da instrução processual, constituindo a suspensão condicional da sentença.

Por derradeiro, em pesquisa realizada recentemente, o inclito doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, elencou cerca de cinqüenta medidas e penas não-privativas de liberdade que estão sendo aplicadas pelas legislações mundiais, indicando que tais modalidades punitivas estão em crescente propagação e merecem a atenção da sociedade em geral para acompanhar seus resultados.

3 – Contexto Nacional

No Brasil, como se viu no relato histórico da evolução da pena, até o Código Penal de 1984 não houve relevante cogitação dos legisladores em reformular a estratégia punitiva, que era respaldada exclusivamente na pena privativa de liberdade. Somente com a reforma de 1984 é que na legislação brasileira começaram a exsurgir penas alternativas à prisão, como a prestação de serviços à comunidade, a pena de multa, a limitação de fim de semana, a proibição do exercício de cargo ou função, a proibição do exercício de profissão e a suspensão da habilitação para dirigir veículo.

Também a Lei de Execuções Penais estabeleceu em seus dispositivos inúmeros benefícios como progressão do regime prisional, comutação de penas, indulto, detração penal, unificação de penas, além de prever condições dignas para o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, tudo isto em consonância com o respeito aos direitos do delinqüente. Denote-se que as medidas observadas pela Lei das Execuções Penais, embora destinem-se a condenados que já encontram-se reclusos, buscam de outro lado amenizar os resultados maléficos do cárcere e reduzir o tempo de cumprimento da pena de prisão.

Estas legislações, compelidas pela síndrome da falência da pena de prisão, buscaram de forma consciente e cautelosa dar um novo rumo à política criminal brasileira, trouxeram resultados muito tímidos no plano prático, pois algumas dificuldades interpretativas, operacionais e a falta de orçamento e infraestrutura, levaram à má aplicação destes institutos penais. Assim, as penas alternativas elencadas no Código Penal de 1984 e os direitos assegurados pela Lei

de Execuções Penais permaneceram praticamente esquecidos, tendo o sistema penal mantido as normas rígidas e ineficazes até os dias atuais.

Somente em 1995, após participar do IX Congresso das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo, onde mais uma vez abordou-se a aplicação de penas alternativas à prisão, o Brasil revigorou estes ideais em sua legislação. Na delegação brasileira, encontrava-se o doutrinador Damásio Evangelista de Jesus e o então Ministro da Justiça, Nélon Jobim, além do Embaixador Brasileiro no Cairo, Ministro Márcio Dias.

Durante a conferência, foram apurados dados surpreendentes e muito otimistas das alternativas punitivas e, de acordo com as experiências dos Estados-Membros participantes, a proposta da ONU havia alcançado resultados eficazes, pois em países onde as penas alternativas à prisão estavam sendo aplicadas o índice de reincidência e criminalidade havia reduzido significativamente. Exemplos consideráveis, foram apontados pela Alemanha e por Cuba, onde 83% e 85% das sentenças condenatórias, respectivamente, aplicavam penas alternativas à prisão e somente em 25% dos casos, os condenados voltaram a reincidir, situação plenamente inversa às sentenças que estabelecem a prisão, em que esse índice pode chegar a 85%.

Assim, os legisladores pátrios retomaram o entusiasmo no que concerne à aplicação de punições alternativas à prisão. No mesmo ano do referido Congresso o Ministro Nélon Jobim conseguiu fazer aprovar a Lei 9.099/95, elencando alternativas para evitar o cárcere e até mesmo inibir o prosseguimento do processo para delitos com menor potencial ofensivo, desde que os delinquentes fossem primários e de bons antecedentes. Com a nova legislação, o ideal de punir, sem

necessariamente, privar a liberdade do condenado, começou a amadurecer e ganhar fundamentos jurídicos na legislação brasileira, alcançando bons resultados.

Ressalte-se que as punições previstas por este Instituto Penal, por serem aplicadas de forma sumária, vinculam-se ao consentimento do acusado, que constitucionalmente teria direito ao devido processo legal para, posteriormente, ter proferida a possível sentença condenatória. A Lei 9.099/95 trouxe também a suspensão condicional do processo, subordinando o encerramento do processo ao cumprimento de determinadas condições que são impostas ao réu, em geral, exigindo que ele tenha uma vida reta e idônea para reintegrar-se à sociedade.

Na mesma esteira, impulsionado pelos resultados positivos da Lei 9.099/95 e buscando sanar as deficiências da pena de prisão, em 24 de dezembro de 1996, o Presidente da República, através da mensagem n.º 1.445, encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.684/96, que visava alterar o artigo 43 e seguintes do Código Penal, incrementando a aplicação das penas não-privativas de liberdade. No mês de março de 1997, o projeto foi aprovado naquela Casa Legislativa e remetido ao Senado Federal, onde em 27 de outubro de 1998, foi definitivamente aprovado. Assim, em 26.11.1998, foi publicada e entrou em vigor a Lei 9.714/98, que definitivamente, passou a incentivar e disciplinar a aplicação de penas alternativas à prisão, trazendo modalidades ousadas e abrangentes.

Diante dessa nova tentativa legislativa em modificar os rumos dos estatutos repressivos, a aplicação das penas alternativas à prisão voltou a circular entre os ideais de doutrinadores e juristas, que demonstraram não pretenderem economizar esforços para garantir que, essas modalidades punitivas ganhem credibilidade no Direito Penal Brasileiro e alcancem resultados eficazes, a exemplo

das legislações mundiais. Esse novo horizonte jurídico que começou a ser trilhado está plenamente definido na Exposição de Motivos, do Ministro Nelson Jobim:

Mas, se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. A execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão e permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão².

Registrado o nascimento das penas alternativas na legislação brasileira, cumpre analisar a seguir as questões controvertidas que circundam a referida temática, bem como a análise da eficácia da aplicação do novo Estatuto Penal para solucionar a crescente demanda criminal.

² MARTINS, Jorge Henrique S., op cit. p. 18.

CAPÍTULO III

SANÇÕES ALTERNATIVAS EM ESPÉCIE

Face aos limites desse estudo, incabível é a alongada digressão sobre cada uma das modalidades das penas alternativas à prisão, pois por suas peculiaridades mereceriam um estudo individualizado e detalhado, uma vez que se encontram circundadas de celeumas doutrinárias e jurisprudenciais. Portanto, pretende-se com este trabalho fazer uma reflexão genérica sobre as modalidades punitivas instituídas pela nova Lei 9.714/98 para demonstrar que seu teor finalístico rompe com os antigos ideais de punir para castigar exclusivamente.

1- Prestação Pecuniária

Esta punição prevista no inciso I, do artigo 44 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.714/98, voltou os olhos míopes da lei, mesmo que tardiamente, à reparação do dano à vítima do delito, pois prevê que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por prestação pecuniária em seu favor. Destaque-se que, a vítima somente foi observada na matéria criminal pela vitimologia, que estuda o perfil destes sujeitos passivos do crime, tentando destacar que muitas pessoas colaboram para ocorrência do delito. Assim, a vítima que já tem seu direito agredido pelo infrator, também passou a ser analisada para que se pudesse estabelecer uma relação de sua personalidade com a criminologia.

Ressalte-se que, não é recente a preocupação com a vítima, pois doutrinadores como Cesar Roberto Bitencourt, Garcia Pablos e Luis Flávio Gomes, militam pela reparação do dano causado à vítima, lamentando o fato de que esta obrigação constitua letra morta na legislação pátria. Neste sentido, consignam que o crime não pode ser visto como mero enfrentamento entre o autor do delito e as leis do Estado, pois esta tendência acaba por esquecer que na base delitiva existe um conflito humano, que gera outras expectativas, que transgridem a mera pretensão punitiva, devendo priorizar-se a reparação e não a punição do dano sofrido pela vítima. Neste sentido destaca, Cesar Roberto Bitencourt(1999, p.133): “O legislador, pelo menos o brasileiro, percebe a presença da vítima na relação criminógena, mas desconhece seus direitos e suas perdas ou considera aquela como fator criminógeno”, ‘punindo-a,’ sem aplicar-lhe pena, que é a forma mais sutil e indigna de se castigar alguém¹”. Portanto, há que se louvar a iniciativa de qualquer instituto penal que vise simplificar o calvário da vítima, permitindo que ao menos a reparação material possa ser restabelecida sob a égide do Judiciário, como preocupação primária.

Também não há que se admitir a alegação de que os réus menos aquinhoados tornam-se prejudicados com esta determinação, porque a situação poderia ser reversa, uma vez que os mais afortunados poderiam reclamar de situações em que condenados pobres comprovam a impossibilidade de reparar o dano, restando aos que possuem condições a obrigação de disporem-se financeiramente. Assim, a reparação do dano não fere a equidade nem prejudica os desventurados, pois preserva os ideais de igualdade e justiça, face a possibilidade de comprovar-se a impossibilidade de prover a reparação do dano.

¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, 133.

Admita-se ainda que a obrigação de reparar o dano já constitui reflexo jurídico extra-penal da sentença condenatória, conforme artigo 91, inciso I, do Código Penal, porém neste caso, não é um instrumento que visa impedir a fixação da pena de prisão e os objetivos da reparação do dano são obtidos de forma mais onerosa e morosa à vítima, que tem que valer-se da esfera civil. Note-se que, na maioria das vezes, esta previsão legal não ultrapassa a expressão da lei, pois as vítimas, ou por desinformação ou por carência econômica, deixam de buscar a reparação do dano naquela esfera e o Ministério Público, que é competente para tal postulação peca por omissão, restando às vítimas o descaso de um Estado que a ainda não as descobriu.

Portanto, não há que se confundir o disposto no art. 91, inciso I, do Código Penal, com a pena alternativa de “prestação pecuniária em favor da vítima”. Esta, prevista no artigo 43, I do Código Penal, que é uma pena autônoma, enquanto a primeira constitui mero efeito extra-penal da sentença condenatória.

A pena de prestação pecuniária em favor da vítima constitui uma otimização do aparato legislativo, pois aderindo ao sucesso alcançado pela Lei 9.099/95, o legislador buscou vincular a substituição da pena privativa de liberdade, que favorece ao réu à obrigação de reparar o dano causado a vítima, beneficiando-a. Da mesma forma, estimulou o cumprimento da pena ao prever a possibilidade de convertê-la em prisão no caso de descumprimento do que lhe foi estabelecido na condenação.

Destaque-se que o valor da prestação pecuniária é fixado com supedâneo no salário mínimo vigente, sendo o mínimo de um e o máximo de trezentos e

sessenta salários e não em dias-multa. Assevere-se que existem críticas contundentes, destacando que esta regra constitui erro crasso, pois na atualidade o grande movimento criminal forense advém de classes humildes que não dispõem deste numerário para elidir a sanção. De qualquer forma, o montante pago na esfera penal sempre será, obrigatoriamente, compensado na esfera civil, como dispõe o § 1º, do artigo 45 do Código Penal. Na mesma esteira, ensina o doutrinador Damásio de Jesus (2000, p. 108): “Importante frisar ser dedutível do montante de eventual condenação em ação de reparação de danos no Juízo Cível, o valor pago a esse título, desde que haja coincidência de beneficiários²”.

Mesmo assim essa punição não tem sido plenamente aceita pelos operadores do direito face às interpretações doutrinárias e jurisprudências no sentido de que indenizar a vítima no processo criminal é invadir a esfera civil, a quem compete a apreciação desse direito. Não se pode admitir que esse argumento seja o suficiente para impedir a substituição da pena de prisão por esta modalidade punitiva, pois o direito é sempre interativo e pode utilizar-se de outros segmentos jurídicos, subsidiariamente, para impor solução aos conflitos. É de se observar que conversão desta modalidade punitiva em prisão, quando necessária, também tem gerado dúvidas e discussões por ser imensurável, destacando o entendimento do juiz Luiz Flávio Gomes:

Se o sujeito não cumpriu absolutamente nada dessa prestação, a conversão dar-se-á pela pena integral de prisão. Mas se ele cumpriu uma parte? Por analogia in bonam partem o juiz deve debitar algo da pena de

² JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, p. 108.

prisão a ser executada, aplicando, na falta de outro critério mais adequado, a equidade³

Não obstante existam arestas a serem aparadas e deficiências a serem sanadas, esse dispositivo representa, no âmbito subjetivo, grande inovação jurídica merecendo ser estimulada sua aplicação. Observa-se que de forma inédita, o Estado esquiva-se da relação jurídica deixando em cena as partes diretamente envolvidas no conflito para que a pena deixe de ser mero castigo imposto por ele ao condenado, figurando como meio de restabelecer a paz.

2- Prestação de Outra Natureza

Esta punição tem sido o maior alvo de críticas dos operadores do direito por considerarem que a pena fica a mercê do poder discricionário do juiz, permitindo que a esfera judiciária invada o âmbito do legislativo, indevidamente, através da ação arbitrária do magistrado que deve escolher a pena cabível ao caso concreto. Sua aplicação estende-se aos casos em que a prestação pecuniária em favor da vítima não for possível ou recomendável, podendo o juiz aplicar “prestação de outra natureza”, restando inibidas a fixação da pena de multa ou perda de bens e valores, por serem também de natureza pecuniária. Assim, a substituição deve encontrar-se no plano da obrigação de fazer, como a prestação de mão de obra, entrega de cestas básicas ou reposição, recuperação do meio ambiente, etc.

³ GOMES, Luiz Flávio, op cit. p. 129.

Outras críticas são enumeradas em torno da própria expressão legal “prestação de outra natureza”, aduzindo-se que ela comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto, deixando de estabelecer os limites para o *ius puniendi* Estatal. Talvez, por tais considerações, este dispositivo esteja entre os mais polêmicos dos que foram inseridos à legislação penal pela Lei 9.714/98, ensejando discussões sobre sua constitucionalidade. Parte da doutrina entende que a pena contraria o princípio da reserva legal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna de 1988. Isso se deve ao fato de que a norma jurídica não trás preceito claro, preciso, tornando ambíguo e equivocado o entendimento.

Contudo, cumpre discordar desse entendimento uma vez que essa punição atribui ao magistrado o dever de personalizar a pena, tarefa que já lhe compete legalmente. Ademais, esse dispositivo encontra-se em plena consonância com as Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz que se necessário e conveniente, aplique qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal do condenado, respeitando os princípios da segurança social e da dignidade humana. Outro aspecto que envolve grande questionamento é quanto ao necessário consentimento da vítima para que seja aplicada prestação de outra natureza, uma vez que é medida que prefere a esta, dividindo também a opinião dos operadores do direito. Conforme disposição de Damásio Evangelista de Jesus, trata-se de uma medida consensual que prescinde da concordância da vítima. Por outro lado, o insigne juiz Luiz Flávio Gomes, entende que o consentimento somente é necessário, se a obrigação de fazer envolver diretamente a vítima em casos que o condenado for prestar um serviço ou mão de obra em seu favor, destacando que, se não houver envolvimento do agente passivo, dispensável será a sua anuência.

No que concerne às penas que impõem a entrega de “cesta básica”, sempre circundadas de interpretações jurídicas confusas, sob a alegação de que inexistente fundamento legal para esta apenação, passou a estabelecer-se de forma mais segura, com a redação do § 2º, do artigo 45, da nova Lei 9.714/98. Sendo a prestação de outra natureza uma punição inominada, nada impede que seja imposto ao condenado a obrigação de entregar “cesta básica” às entidades com fins sociais. Contudo, a relutância em permitir tal modalidade de punição é ainda uma constante, como se observa pela disposição do jurista Cesar Roberto Bitencourt ao destacar:

Se hoje se admite a violação, sob a fundamentação de que é por um fim nobre amanhã ou depois há que se permitir para fins nem tão nobres, alegando-se que os fins justificam os meios, mesmo que ao arrepio da lei⁴.

Nesta esteira, saliente-se que o direito penal não pode tornar-se panacéia de todos os males, devendo, além de beneficiar a sociedade, respeitar as condições do condenado e sua integridade, bem como a manutenção de sua família. Assim, embora se deva concordar com a aplicação da pena de “cesta básica”, esta deve respeitar as limitações do réu, pois se ele não tiver condições financeiras para efetuar a entrega de cesta básica, sem fazê-lo em detrimento da

⁴ BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 129.

manutenção digna de sua família, caberá ao julgador encontrar a punição mais conveniente.

3- Perda de Bens e Valores

Este dispositivo, contido no art. 43, inciso II, do Código Penal, não reservou melhor sorte, pois também tem sido alvo de inúmeros questionamentos jurídicos. A perda de bens e valores deve recair exclusivamente sobre a propriedade legítima do réu, em favor do Fundo Penitenciário, tendo como teto para a fixação o prejuízo causado pela infração ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com o crime, prevalecendo o que for mais elevado.

Muitos doutrinadores entendem que se trata de uma “nova versão” da antiga pena de confisco, que há muito tempo foi proscrito do direito penal moderno por ser uma punição que transcende a figura do condenado, atingindo a própria família deste, que fica privada de seus bens. É nesse sentido, que uma parcela da doutrina repudia o novo dispositivo penal, considerando que a perda de bens e valores nada mais é do que uma expressão disfarçada e eufemística, para reproduzir a pena de “confisco”, retrocedendo as tendências criminológicas.

No Brasil o confisco somente é permitido como efeito da condenação, previsto no artigo 91, II, alíneas “a” e “b”, do Código Penal, face os instrumentos e produtos do crime. Mesmo assim, aplica-se tão somente aos que tiverem origem

ilícita (como armas com registro adulterado) e não sobre todos os bens, indistintamente, não merecendo confisco o bisturi do médico, o carro do atropelador, etc. Destaque-se também que a vítima e terceiro de boa-fé não podem ser prejudicados, exceto se o confisco se fizer necessário para proteger que o bem não retorne ao meio social, sendo medida salutar e moralizadora.

No entanto, a pena de “perda de bens e valores”, prevista pela Lei 9.714/98, não se confunde com o confisco disposto no artigo 91, inciso II, do Código Penal. O primeiro é a própria pena e recai sobre os bens lícitos do condenado em prol do Fundo Penitenciário e, o segundo, constitui mero efeito da condenação, recaindo sobre os instrumentos e produtos do crimes tendo como destino os cofres da União.

A controvérsia que se estabelece sobre a extensão da referida pena aos sucessores do réu também merece ser analisada. A pena de perda de bens e valores, por tratar-se de uma modalidade de sanção, é pessoal, individual, intransferível e adstrita à pessoa do condenado, exaurindo-se o vínculo jurídico penal com a morte do réu. Já, a perda de bens mencionada pelo artigo 91, II, “b”, do Código Penal é efeito civil e não penal da condenação, podendo portanto ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos da segunda parte do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal. Contudo, entendimentos divergentes ainda se firmam na doutrina pátria, aduzindo o jurista Luiz Flávio Gomes que a perda de bens e valores mencionada no artigo 43, inciso II, do Código Penal,

Gomes(199, v.1, p.138) "...pode estender-se aos sucessores, tratando-se de uma exceção constitucional⁵.

No que tange ao descumprimento desta modalidade punitiva, parte da doutrina entende que se pode aplicar ao caso o disposto na Lei 9.268/66, que institui a inconversibilidade da pena de natureza pecuniária em prisão. Outra corrente, a exemplo do entendimento do juiz Luiz Flávio Gomes, afirma ser impossível o descumprimento desta punição por não tratar-se de obrigação de fazer ou não fazer, como nos casos de "prestação pecuniária em favor da vítima e prestação de outra natureza". Há de se convir porém, que, havendo objeção do acusado no cumprimento da pena, a conversão é possível, pois inexistente restrição legal.

Cumpra consignar que a nova lei também manteve-se omissa quanto à transmissão do bem ao Fundo Penitenciário, nada relatando se deve ser feita de forma direta ou indireta, após o leilão ou a venda. Assim, diante de tantas lacunas e obscuridades, o que deve prevalecer é a interpretação jurisprudencial que vai se solidificando, amparada pelo bom senso dos julgadores. O que não se pode conceber é que o juiz de forma arbitrária indique bens que pertençam ao condenado, sem lhe oferecer oportunidade para produzir prova em contrário. Se assim fosse, permitir-se-ia que uma pena de cunho liberal se tornasse um instrumento arbitrário e extremamente repressivo, através do qual o Estado poderia locupletar-se para satisfazer sua fúria arrecadadora. De outro lado, o doutrinador Jorge Henrique Martins:

⁵ GOMES, Luiz Flávio Gomes, op cit. p. 138.

Trata-se, mais uma vez, de medida inteligente, que terá efeito repressivo real. Retira-se do agente o benefício que auferiu com o crime, além de privá-lo da vantagem, diminui seu patrimônio e desestimula a reiteração⁶.

De qualquer forma, enquanto a controvérsia permanece, indispensável se faz exigir e fiscalizar para que todo bem ou valor arrecadado pela aplicação desta punição seja rigorosamente revertido em benefício da manutenção e incremento do sistema penitenciário brasileiro, para que a punição não seja uma incongruência.

4-Prestação de Serviços à Comunidade

Essa punição encontra-se prevista no artigo 43, inciso IV e artigo 46, ambos do Código Penal, mas já existia na legislação nacional, desde o Código Penal de 1984, embora praticamente esquecida no âmbito prático. A uníssona doutrina define essa punição como sendo um dever do condenado de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins sociais. Ademais, seu potencial ressocializador foi acolhido pelo legislador. Atualmente, depois da nova redação consignada pela Lei 9.714/98, essa é a pena alternativa à prisão melhor aceita e aplicada nas sentenças condenatórias. Tudo isso deve-se ao fato de que, além de punir, essa pena consegue reunir a gratuidade e utilidade, com a aceitação do condenado no meio social, desenvolvendo atividades que guardam estreita relação com suas aptidões, o que a torna uma medida salutar para frear a inclinação do réu à delinquência.

⁶ MARTINS, Jorge Henrique S., op cit. p.135.

É salutar a afirmação de que o diploma legal em análise, cometeu um equívoco injustificável, pois somente possibilita a substituição da pena de prisão por prestação de serviços à comunidade se a condenação impor pena superior a seis meses, restringindo a liberdade do juiz em adequar tal punição como pena justa ao caso concreto. Nota-se que é plenamente inviável este dispositivo, pois a prestação de serviços é a pena alternativa de maior repercussão e aceitação, pelo que não deveria sofrer limitação por força de um diploma legal que objetiva ampliar a aplicação destas modalidades punitivas. A justificativa legislativa para esta incongruência é a de que, se permitisse a substituição para penas inferiores a seis meses, não seria possível obter os resultados almejados. Destaque-se que este argumento é vão e inócuo. No entanto, na prática, poderá o magistrado avaliar a efetiva utilidade da substituição.

Embora se trate de uma medida penal pedagógica que busca reabilitar e ressocializar o condenado, essa pena não deixa de impor-lhe certa angústia, pois implica que o réu trabalhe gratuitamente para a sociedade. De outro lado, o reconhecimento de sua utilidade no meio social leva o detento a uma reflexão sobre a prática de sua conduta ilícita, facilitando sua reintegração. Assim, os prognósticos, ainda que prematuros causam demasiada esperança de que essa punição alcançará resultados cada vez mais positivos.

De um modo geral, a prestação de serviços à comunidade pode ser a punição alternativa que trará os primeiros resultados desta nova investida penal, pois registra um índice maior de aceitação no corpo social e jurídico, assim como um número menor de conflitos que possam inibir sua aplicação.

5- Interdição Temporária de Direito

Trata-se de uma pena alternativa genérica, prevista no artigo 43, inciso V, e no artigo 47 e incisos, do Código Penal, devendo ser aplicada em estrita consonância com a prática delitiva, ou seja, com o mal uso do direito violado. Assim, não se pode confundir com os efeitos da condenação previstos no artigo art. 92, do Código Penal, pois é uma sanção autônoma aplicada sem detrimento de outras sanções no âmbito ético e administrativo.

O inciso I, do artigo 47, prevê a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandado eletivo, atingindo aqueles que usufruem da condição de funcionário públicos. Ressalte-se porém, que não se exige que o funcionário pratique crime contra a administração pública, bastando que viole os deveres de sua função, como o prestar de forma direta e pessoal a atividade, ter lealdade à ordem Constitucional, assiduidade e residência, além, de respeitar a proibição de cumulação de empregos e atividades. De outro lado, não se trata de incapacidade definitiva, pois durará tão somente nos limites da pena, porque não havendo impedimento administrativo o funcionário poderá retomar ao trabalho.

Quanto aos funcionários políticos poderão ter suspensão parcial de seus direitos, pois a perda do mandato, como dispõe o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, somente ocorrerá por força dos efeitos da condenação, face ao artigo 92, inciso I, do Código Penal. A discussão circundando esse tema acentua-se quando se refere à perda de mandado eletivo de Deputados e Senadores que compõem o "Parlamento Federal". E o entendimento da maioria

doutrinária assegura que isso somente seria possível mediante apreciação do Poder Legislativo, como ilustra o artigo 55, VI e § 2º da Carta Magna, não podendo a perda do mandato subordinar-se a determinação de outro Poder.

O segundo dispositivo, previsto no inciso II, do artigo 47, aduz sobre a proibição temporária do exercício de profissão, atividade ou ofício, definidos conforme o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, se infringidos os deveres pertinentes a estes misteres ou se deles tenha se utilizado com abuso. Portanto, a violação deve ser inerente à atividade e a punição deve atingir apenas o segmento do qual ocorreu o crime, não impedindo que o condenado se dedique a outros trabalhos. É de se ressaltar que, se um profissional exercer o direito interdito, em uma situação excepcional, movido pelo estado de necessidade, como no caso de um médico suspenso temporariamente que atua para salvar uma vida, não deverá ele ser punido.

Também o inciso III, do artigo 47, prevê a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, que deve ser aplicada aos crimes culposos de trânsito, visando retirar a habilitação, mesmo que temporariamente, das mãos do motorista descuidado. Tal punição tem por fundamento o fato de que o veículo é um instrumento perigoso de vazão da agressividade, da prepotência e do desequilíbrio emocional, exigindo cautela em sua direção. Assim, afastando do trânsito o motorista negligente, imprudente ou imperito e impedindo que ele desempenhe atividade para qual mostrou-se irresponsável e perigoso, está se buscando impedir a oportunidade de novo acidente.

Não se pode negar que essa punição acaba por atingir o interesse econômico do condenado, que muitas vezes, fica impedido de exercer seu labor por determinado tempo, o que por si só, constitui dupla punição de ordem correicional/reabilitadora e a de ordem pecuniária. A recomendação é no sentido de que nos casos em que, o motorista for profissional e ficar impossibilitado de exercer a profissão com a punição, não se aplique tal pena, pois se estaria acumulando as punições previstas no inciso II e III, do artigo 47, do Código Penal, além da de ordem pecuniária, por inibir-lhe o direito de alcançar seu sustento ou promover o de sua família.

Esta punição tem pleno assento legal, pois além de haver ganhado nova redação com a Lei 9.714/98, no artigo 47, do Código Penal, encontra-se amparada por dispositivo Constitucional (artigo 5º, inciso XLVI), bem como no novo Código de Trânsito Brasileiro, como medida Administrativa (artigo 160, § 2º) e Judicial (artigos 256, 261, 263 e 272). Ainda, constitui efeito da sentença condenatória, face o artigo 92, III, do Código Penal, porém é aplicado somente quando o veículo é meio utilizado para a prática delitiva dolosa.

Por derradeiro, a disposição do inciso IV, do artigo 47, dispõe sobre a proibição de freqüentar determinados lugares, constituindo mais uma novidade da Lei 9.714/98. A doutrina também tem criticado a aplicação desta pena consignando que constitui uma privação de liberdade, alertando ainda, que o lugar indicado pelo magistrado quando da sentença, deve guardar conexão e influência criminógena com a personalidade do acusado e, ao mesmo tempo, estar relacionado com o delito por ele praticado, não se justificando tal medida se o local do crime for meramente um ambiente incidental para o infrator.

Assim, o melhor entendimento é da corrente doutrinária que tem compreendido que as restrições devem incidir sobre bares, casas noturnas e lugares onde possa romper a moral e o aprendizado ético-social. O que se depreende é que esta pena deve ser acima de tudo uma medida que, ao alvedrio do juiz possa exigir do condenado uma mudança de comportamento mental, impedindo o cometimento de atos anti-sociais ao freqüentar ambientes nocivos. Não caberia o mero cerceamento de sua liberdade.

6- Limitação de Fins de Semana

Trata-se de punição também alternativa ao cárcere definitivo, mas de qualquer forma restringe parte do tempo do condenado, pois o submete à atividades com fins pedagógicos. Dessa forma, o condenado deve cumprir cinco horas semanais, em sábados e domingos, para não coincidir com o horário de seu labor e não comprometer a relação sócio familiar, em “casa de albergado” ou instituição adequada. Assim, receberá cursos, palestras e realizará outras atividades educativas, aproveitando positivamente seu tempo, sem permitir que a estrutura familiar seja atingida pela pena.

Conforme disposição da lei caberia ao Juiz da execução determinar o estabelecimento e as condições pessoais do cumprimento. Porém, no Brasil essa punição não passa de ficção jurídica, pois a boa intenção do legislador esbarra na carência de estabelecimento próprio para execução de tais penas, além da ausência de pessoal capacitado para fiscalizar o cumprimento da pena. Como sempre e não

poderia deixar de ser o problema é originário do descaso público, que se justifica com argumentos frágeis e duvidosos.

Muito embora pareça uma posição extremista, não se pode negar que em o preso não exercendo o direito do voto e os investimentos no sistema penitenciário não rendendo dividendos políticos, acabam sendo usadas somente as sobras de verbas do orçamento público para a reforma daquilo que já existe no sistema carcerário. Com este quadro desolador, evidentemente, que as pretendidas casas de albergados, que têm dupla finalidade, servindo para o cumprimento de penas privativas de liberdade em regime aberto e abrigando os beneficiados com a pena de limitação de fim de semana, não passaram de uma "ficção jurídica". Com o projeto do novo Código Penal, que se encontra em tramitação no Congresso, prevê a exclusão da casa de albergado da legislação brasileira, está configurada a derrocada definitiva dessa modalidade punitiva.

O propósito reformista do governo limitou-se em editar mais uma lei de difícil execução, face a sua omissão em criar condições de operacionalizá-la, o que implica na decisão dos juizes em não aderirem à aplicação do instituto em tela por saberem que as penas não serão devidamente executadas, levando à desmoralização da Justiça. Muito embora em países como Portugal, Bélgica e Espanha, essa punição tenha alcançado resultados eficazes, o Brasil não dispõe de uma política criminal que viabilize sua aplicação, produzindo-se a impossibilidade de sucesso com essa modalidade punitiva. De qualquer forma, cumpre salientar que se houvesse efetiva aplicação desta pena poderia ser convertida em prisão nos mesmos moldes já apresentados para a pena de prestação de serviços à comunidade.

7- Multa Substitutiva

A pena de multa já é uma prática habitual no instituto penal punitivo brasileiro, antes prevista no artigo 60, § 2º, do Código Penal, como substitutiva à pena de prisão. Atualmente, com a redação dada pela Lei 9.714/98, essa pena encontra-se disposta no § 2º, do artigo 44, embora exista compreensão doutrinária de que o artigo 60, 2º, pode ser utilizado subsidiariamente. Cumpre discordar deste entendimento, pois a nova legislação acolheu e versou sobre toda a matéria, derogando o dispositivo anterior.

A aplicação da pena de multa pode ocorrer de várias formas, sendo originária como previsto no delito do artigo 136 do Código Penal ou substitutiva, aplicada após a fixação da pena privativa de liberdade, conforme artigo 44, § 2º, embora nas duas situações, constituam sanções que evitam a carceirização.

Com o novo dispositivo penal, essa modalidade punitiva ganhou maior abrangência, uma vez que, antes da edição da Lei 9.714/98, alcançava os delitos punidos com até seis meses de prisão e, atualmente, pode ser aplicada aos crimes apenados com prisão de até um ano. O § 2º do artigo 44 prevê que até um ano de prisão a multa pode ser aplicada isoladamente como substitutivo penal e, superado este lapso, deve ser cumulada com outra pena restritiva, embora algumas delas, como a perda de bens e valores ou prestação pecuniária, também tenham natureza pecuniária.

Críticas, contudo, exsurtem apontando que a pena de multa é inconveniente por oferecer tratamento desigual aos condenados face o seu poder aquisitivo. Porém, o sistema atual, baseado nos dias-multa, permite que a pena seja adequada às condições financeiras específicas de cada réu. Ressalte-se ainda que embora tenha impulsionado inegável celeuma jurídica, a Lei 9.268/96 acabou por sanar definitivamente qualquer desigualdade, pois revogou a conversão da pena de multa em prisão, como dispunha o artigo 51 do Código Penal e o artigo 182 da Lei de Execução Penal. Esta nova legislação consignou que a pena de multa, após o trânsito em julgado, deve ser inscrita como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, transformando-se em dívida de valor.

No entanto, a discussão agora incide sobre a competência para executar a sua cobrança. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que apesar da pena de multa manter seu caráter penal, na prática, ao ser inscrita como dívida ativa, transfere a competência da execução à Fazenda Pública, retirando a legitimidade do Ministério Público. Outros entendem que a legitimidade permanece com o Ministério Público. Outros entendem que a legitimidade permanece com o Ministério Público, pois a multa não teria caráter civil e sim criminal e se transformada em dívida ativa, não respeitaria a personalidade da pena. Em sendo de caráter criminal, a morte do agente extingiria a punibilidade e, em sendo civil, transmitir-se-ia aos herdeiros. A meu ver a competência para mover a execução da pena de multa é da Fazenda Pública, pois dívida de valor.

Outro problema também conflitante é a disposição legal que prevê que na conversão em pena de prisão deve respeitar-se o mínimo de trinta dias, configurando flagrante injustiça frente a dívida do condenado por chegar a sobrepor a determinadas

condições originárias. Cumpre ainda salientar que a pena de multa em sua modalidade substitutiva, sobrepõe-se unicamente à pena privativa de liberdade, permanecendo inatingível a pena de multa fixada originariamente. Denote-se o que ocorre com a apenação do porte ilegal de entorpecentes, que estabelece seis meses de detenção e pagamento de vinte dias-multa. A substituição por pena alternativa atingirá somente a pena de detenção fixada, permanecendo a obrigação de pagar a multa.

A doutrina também divide-se nesse aspecto, pois estudiosos como Alberto Silva Franco e Damásio Evangelista de Jesus defendem que a pena original já fica absorvida pela aplicação da pena substitutiva, tendo ambas a finalidade de punir o indivíduo que agiu com cobiça e avidez, constituindo a cumulatividade do pagamento de multas, embora uma originária e outra substitutiva, verdadeiro "*bis in idem*".

A nova Lei dispõe de forma diversa, pois estabelece que a multa substitutiva é apenas uma alternativa à pena privativa de liberdade, nada relatando sobre a substituição da multa originária, devendo imperar o entendimento de que não houve implícita revogação das penas de multa da parte especial do Código Penal.

CAPÍTULO IV

NOVOS RUMOS PARA A POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL

Como se depreende, o corpo legislativo brasileiro edita normas específicas, muitas vezes contraditórias entre si, gerando inúmeras críticas e questionamentos jurídicos. Exemplo notável destes confrontos pode ser observado entre a Lei 9.605/98, que dispõe sobre a matéria ambiental e a Lei 9.714/98, das penas alternativas à prisão, que foram editadas no mesmo ano. É incompreensível que o mesmo Poder Executivo tenha vetado a pena de “recolhimento domiciliar”, previsto no projeto da Lei das penas alternativas e sancionado a mesma pena de “recolhimento domiciliar” (art. 13) da Lei 9.605/98, no mesmo ano. Esse é o exemplo de incongruência jurídica, entre tantos outros que se firmam no ordenamento jurídico pátrio.

Deste modo, é de asseverar da inadiável necessidade de se traçar uma política criminal para o novo milênio que previna tais disparates e que promova uma legislação penal com objetivos sólidos e unificados, pois enquanto cada norma legal editada propuser um objetivo diverso e isolado, contrapondo aos ideais propugnados por outros estatutos já em vigor, a legislação brasileira permanecerá sem sucesso e credibilidade. Portanto, cumpre-se fazer algumas considerações sobre a política criminal atual e a que aspira como ideal.

1- Ciência Política Criminal

A política criminal é a ciência que estuda as melhores alternativas para tipificar as condutas como delitivas e inibir sua ocorrência através das modalidades punitivas, sendo uma aliada indispensável para a eficácia do resultado de qualquer instrumento punitivo e a subsistência do Direito Penal. Trata-se portanto de um instrumento que torna possível a compreensão do quadro de criminalidade e promove os instrumentos de prevenção contra o crime, buscando o tratamento do delinqüente. Assim, tem-se que a política criminal adapta a sociologia criminal às exigências de cada povo, prolatando críticas às questões criminais e levando ao aprimoramento do direito penal futuro.

À política criminal cumpre interpretar a potencialidade das condutas típicas humanas e pesquisar a melhor alternativa para responder ao delinqüente, acabando por definir quais os fatos que devem ser tipificados como crime e as medidas de que o Estado deve se valer diante deles, para defesa social, o aperfeiçoamento do combate à criminalidade e à reabilitação do delinqüente, preocupado-se com a essência do homem e o tratamento de seu comportamento infrator.

Nos dias atuais, o grande objeto da política criminal tem sido a falência da pena de prisão e conseqüentemente do sistema penitenciário, impulsionando estudos de novas alternativas viáveis e adequadas para a aplicação da tutela punitiva do Estado, através das penas alternativas. Isto se deve à constatação histórica de que o problema da criminalidade deve ser tratado em seu conteúdo real, pois a mera tipificação e punição da conduta, esquecendo-se do aspecto

humano que envolve o problema, torna o Direito Penal um instrumento ineficaz e impulsionador da criminalidade.

A grosso modo, a política criminal absorve a preocupação com objetivos humanitários, versando sobre os problemas sociais que geram o fenômeno delitivo, tentando tratá-lo através dos mecanismos penais, de maneira preventiva geral, enquanto problemas sociais e de forma preventiva especial enquanto tratamento do infrator. No entanto, não se pode negar que a política criminal só alcança os objetivos almejados se estiver associada à boa vontade política, ao efetivo trabalho legislativo, para dar vida prática aos propósitos desta ciência.

3 – Cidadania no Cárcere

Associando-se à Lei 9.714/98 à política criminal moderna deve atentar-se para que a aplicação da pena ocorra somente em ultima *ratio*, de forma meramente subsidiária. No entanto, para que os objetivos reabilitadores propugnados pela nova legislação não atuem de forma isolada, a política criminal deve voltar-se a encontrar soluções para todo o contingente do direito penal. Assim, quando a pena se fizer indispensável ao caso concreto, deverá o cárcere ser um ambiente que permita o exercício da cidadania e a vida com dignidade.

Respaldado na máxima de que o trabalho dignifica o homem sugere-se que esta preocupação seja o objeto principal da nova estrutura carcerária, pois além do condenado poder prover o sustento da família, sentir-se útil, aprender um ofício, ainda estaria com o tempo ocioso limitado, diminuindo a possibilidade de desenvolver-se na escola da criminalidade.

Destarte, mesmo no cárcere seria possível a reabilitação, desde que se modifique o ambiente degradante e antinatural dos estabelecimentos prisionais. Neste sentido arremata César Roberto Bitencourt:

Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se os dissociamos da comunidade livre e ao mesmo tempo, se os associa a outros anti-sociais¹.

Portanto, a política criminal deve ensejar transformações no espírito viciado no ser humano de importar-se consigo mesmo sem atentar para o futuro do outro cidadão, determinando-o ao cárcere onde a miséria e a promiscuidade funcionam como ingredientes avassaladores contra a dignidade humana. Essa realidade estimula um direito penal cego que ao preocupar-se em proteger a sociedade, acaba por trocar inúmeras vezes o mal menor do crime, pelo mal maior da reincidência.

¹ BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: RT, 1993, p. 12

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso estudo realizado em sede desta monografia em momento algum, endossa ou apregoa a impunidade, também, não pugnou-se pela extinção definitiva da pena de prisão, mesmo porque em casos extraordinários ela se faz indispensável, face a gravidade do delito ou outras circunstâncias peculiares ao fato. Ao contrário, defende uma punição mais adequada, onde a pena de prisão deve ser reservada para os delitos mais graves, como por exemplo: homicídio, estupro, roubo, seqüestro, tráfico de drogas, etc., e também para os autores de delitos menos graves quando praticados por infratores habituais. Portanto, ensejou-se angariar fundamentos que pudessem dar supedâneo a afirmação de que a pena de prisão deve ser restringida à última *ratio*, pois se aplicada indistintamente não promoverá a lúdima justiça.

De outro lado, pretendeu-se registrar que as penas alternativas embora não constituam uma solução plena e definitiva para o problema da criminalidade, são ao menos, mais eficazes, econômicas e humanas que a primeira. E se associadas ao tratamento dos problemas de base, bem como a uma política criminal que evite as reformas pontuais e conflitantes poderá trazer resultados surpreendentes.

Com o fechamento desta pesquisa concluímos que não obstante, as principais vantagens das sanções alternativas seriam: a diminuição do custo do sistema repressivo; a adequação da pena à gravidade objetiva do fato e às

condições pessoais do condenado, onde ele não precisaria deixar sua família, a comunidade ou perder seu emprego; o não encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo, afastando-o do convívio com outros delinqüentes.

O que ficou comprovado ao longo do tempo é que somente com a punição do encarceramento, não há recuperação do infrator porque 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. Cabe ao Estado 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. as penas alternativas à prisão representem um progresso no âmbito jurídico, também poderão mostrar-se falhas e superadas à médio ou longo prazo se outros problemas ensinadores da criminalidade não forem sanados. Portanto, não podem estas penas serem compreendidas como o ponto final na batalha contra a criminalidade, uma vez que uma sociedade movida pelo sistema capitalista, que gera desigualdade social, desemprego, fome e analfabetismo, a violência e o crime só podem imperar como um a constante, competindo ao Estado preocupar-se com o trabalho preventivo precípuamente e não com o punitivo.

A impressão que nos dá é que a realidade carcerária brasileira tem por objetivo proporcionar medo ao condenado detento ou recluso, para que este, uma vez intimidado, não deseje mais voltar ao sistema penitenciário e evitando, assim,

que ele volte à delinqüência, mas não porque este mesmo condenado descobriu, durante o período que cumpriu a pena, que os valores sociais estão ao seu alcance, longe do sistema carcerário. O consenso é que há necessidade de evolução na teoria e na prática penal brasileira e as penas alternativas são uma boa opção porque apontam à consciência dos homens o conceito de sociedade solidária e não a estulta idéia de que a violência se combate com violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

† BARBIEIRO, Louri Geraldo. Penas restritivas de direitos: necessidade de criação de infra-estrutura adequada que possibilite a sua execução. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n.º 77, abril 1999.

BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. *Revista dos Tribunais*, vol.727, ano 85, maio 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1993.

† CASTRO, Ana Márcia de Sousa e KHAN, Túlio. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista ILANUD*, ano 7, Gestão 96/98.

CHOURK, Fauzi Hassan. Penas alternativas. *Revista dos Tribunais*, vol.777, ano 89, julho 2000.

† DELMANTO, Roberto. Perdas de bens e valores e multa substitutiva. *Boletim IBCCrim*, n.º 85, ano 7, dezembro 1999.

DOTTI, Rene Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT – Vértice.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.1, 1985.

† GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. Reflexões relativas à suspensão condicional da pena: alterações introduzidas pela lei 9.714/98, *Boletim IBCCrim*, n.º 75, ano 6, fevereiro 1999.

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

HENRIQUES, Antônio e MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. São Paulo: Atlas, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva.

KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. Curitiba: Juruá, 1999.

MARTINS, Jorge Henrique S. *Penas alternativas: comentários à lei 9.714/98*. Juruá Editora.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal: comentário à lei 7210/84*. São Paulo: Atlas, 8ª ed., 1997.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. Execução penal e a falência do sistema carcerário. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n.

MUAKAD, Irene Batista. *Penas privativas de liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

NUNES, Adriana de Mello e outros. *Comissão de Direitos Humanos do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: Editora Crisan Ltda, gestão 96/97.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 20.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VARELLA, Dráuzio. *Estação carandirú*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.