



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DIREITO

FREDERICO DIAS GONÇALVES

ASPECTOS RELEVANTES DAS PENAS ALTERNATIVAS

JUIZ DE FORA

2011

FREDERICO DIAS GONÇALVES

ASPECTOS RELEVANTES DAS PENAS ALTERNATIVAS

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Presidente Antônio Carlos –
Campus Juiz de Fora – como requisito parcial
para conclusão do curso.

Orientador: Professor Rodrigo Rolli

JUIZ DE FORA

2011

FREDERICO DIAS GONÇALVES

ASPECTOS RELEVANTES DAS PENAS ALTERNATIVAS

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Me. Rodrigo Rolli

Aprovada em ____/____/2011

Dedico o presente trabalho aos meus pais (*in memoriam*) e a Scheilla minha noiva, pelo apoio diante dos obstáculos, pois sem este estímulo seria difícil chegar à realização deste objetivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de vida e inspiração;

À UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS, pelo seu esforço em ministrar um curso de qualidade;

Aos Professores da instituição, pelo seu desempenho como docentes e propiciadores de novos conhecimentos;

De modo especial ao Orientador, Me. Rodrigo Rolli, pelos esclarecimentos eficazes e orientações técnico-científicas para a elaboração deste trabalho;

Aos meus pais (*in memoriam*), por me impulsionarem à prática de ações que me enveredam pelo caminho DIREITO da vida;

A Scheilla minha noiva, pelo seu apoio, carinho e atenção;

A todos que, direta ou indiretamente, estiveram envolvidos neste estudo, contribuindo para a sua conclusão.

.

Só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso.

(Rui Barbosa)

RESUMO

A ideia do presente trabalho vislumbra a necessidade de adequar às regras das medidas restritivas de direito à evolução do direito penal. Reconhece-se modernamente que a execução da pena restritiva é a melhor opção para não estigmatizar tão brutalmente o preso. As conversões de penas restritivas de liberdade em penas restritivas de direito evidenciam o colapso dos presídios e casas de detenção, quer pelo excessivo número de presidiários, quer pelas deploráveis condições a que são submetidos. Diante desse quadro penitenciário, as penas restritivas de direito vêm-se apresentando como solução mais inteligente, porquanto são capazes de evitar a detenção ou a reclusão de condenados, em resposta a delitos de menor gravidade. Não obstante o advento da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que altera os arts. 44 a 47 e 55, do Código Penal, especificando novas formas de penas restritivas de direitos, é possível aperfeiçoar a aplicação dessas penas. Para isso, é necessário instrumentalizar os juízes com a possibilidade de aplicá-las diretamente, sem a fixação prévia da pena restritiva de liberdade, desde que mantidos os requisitos elencados nos incisos do art. 44. Portanto, este trabalho não pretende vislumbrar questões processuais ou discutir pormenorizadamente a execução de cada uma das modalidades de penas alternativas, mas identificar se o novo Estatuto Penal pode promover a reversão do atual quadro de criminalidade que se estabeleceu na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Penas alternativas. Pequenos delitos. Evolução do Direito Penal. Sistema Penitenciário. Reabilitação.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONCEITO E MODALIDADE DE PENAS	10
1.1 Da pena de prisão às penas alternativas – Lei 9.714/98	10
1.2 Da pena e do direito de punir	13
1.2.1 Evolução histórica.....	13
1.2.2 Teoria punitiva	16
1.2.3 Sistema penitenciário	17
1.2.4 A experiência brasileira.....	18
1.2.5 A crise da pena de prisão.....	21
2 TRANSIÇÃO PARA AS PENAS ALTERNATIVAS	25
2.1 Filósofos reformadores	25
2.2 Lei 9.714/98 – Pena alternativa à prisão	26
2.2.1 Observação	26
2.2.2 Uma avaliação das experiências apresentadas.....	35
2.2.3 Penas alternativa e crimes hediondos.....	36
2.2.4 Penas alternativas existentes em nosso país	39
2.2.4.1 Da prestação pecuniária.....	40
2.2.4.2 Perda de bens e valores.....	41
2.2.4.3 Da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas	41
2.2.4.4 Da interdição temporária de direitos	42
2.2.4.5 Limitação de fim de semana	43
3 CONCLUSÃO	45
4 REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA	47

INTRODUÇÃO

Há muito tempo o Direito Penal brasileiro encontra-se esfacelado, desta forma surgem debates quanto às mudanças, e uma das modificações foi proporcionar uma visão atualizada e objetiva dos questionamentos fundamentais, trazidos pelas mudanças sociais, em especial, aquelas que ocorrem dentro do Direito Penal.

O presente estudo procura obter respostas para a seguinte questão, tendo como problema central:

Há tempos, a sociedade clamava por alternativas às penas privativas de liberdade e assim, neste sentido, tivemos a Lei nº. 9.714/98, que trouxe grandes alterações nos mecanismos de aplicação da pena, seja nos crimes de pequeno potencial ofensivo, seja nos demais crimes previstos no Código Penal e em Leis especiais.

Daí a importância do tema e seu destaque na principal função das penas alternativas, ou seja, servir de alternativa à prisão.

Como já delimitado acima, as penas alternativas serviram para modificar o panorama nacional quanto às penas privativas de liberdade.

Com efeito, ao se substituir a privação de liberdade pela prestação de serviço à comunidade, os penitenciados se viram livres do ônus de ter a liberdade suprimida, e a sociedade lucrou com os serviços prestados por eles, como também com a redução de encargos financeiros.

Assim, este estudo se justifica pela importância da introdução desse mecanismo de penas alternativas no Sistema Penal e Processual Penal Brasileiro.

As penas alternativas não atingiram o fim para o qual foram criadas, pois é altíssimo o índice de reincidência existente entre os apenados mesmo nesta modalidade de cumprimento de pena.

Cumpre-nos então, identificar as falhas que determinaram o fracasso do sistema de aplicação de penas alternativas, dentre eles, a razão da reincidência, muito embora o objetivo da Lei seja exatamente o oposto.

De acordo com toda linha de raciocínio empregada nesta obra é possível a constatação de que através dos tempos busca-se uma forma mais justa de censura penal, da qual surjam resultados mais proveitosos.

Em nosso país, de uma forma até surpreendente, num período histórico bastante curto, progrediu-se de uma realidade consentânea com o século passado, para tempos modernos repletos de mentalidade progressista e aberta.

Passa-se a vivenciar a partir do momento histórico da vigência dessas alterações no Código Penal uma nova era no Direito Penal, podendo destacar como um dos pontos de relevância a prestação de serviço à comunidade ou às entidades públicas. Desta forma, os condenados desempenharão tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

É objetivo desta obra proporcionar uma visão atualizada e objetiva dos questionamentos fundamentais, trazidos pelas mudanças sociais, em especial aquelas que ocorrem dentro do Direito Penal e Processual Penal, como também demonstrar que a pena alternativa é uma das medidas criadas por nossos legisladores na incansável busca por soluções enfrentadas pelo Direito Penal e Processual Penal, principalmente no que diz respeito ao apenado e sua nova inserção na sociedade.

1 CONCEITOS E MODALIDADES DE PENAS

A Lei 9.714/98 não criou novas modalidades de punição, mas estabeleceu novas fórmulas para as penas restritivas de direito, produzindo algumas inéditas, bem como provocando algumas alterações no que já se havia estabelecido.

Como o exemplo da prestação pecuniária, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas, com destinação social.

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

Nesse sentido são as lições de Dotti, quando afirma:

Sempre que a infração provocar dano moral à vítima, o juiz poderá obrigar o réu a pagar à vítima e a seus dependentes ou a uma entidade pública ou privada, com destinação social, uma importância não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Há determinados crimes que causam especialmente sofrimento moral ao ofendido como a lesão corporal, a ameaça, o dano, a calúnia, a difamação, a injúria, a violação do direito autoral e a usurpação do nome. A consagração constitucional do dever de indenizar o dano moral quando a ofensa atingir bens pessoalíssimos (art. 5º, V e X) se coloca na linha de justificação da pena de prestação pecuniária, independentemente da provocação de um dano material. (DOTTI, 2003, p. 48)

É claro que isso não se processou com rapidez. Foi consequência da manifestação de inúmeros estudiosos no assunto, da realidade dos cárceres, da cobrança da própria sociedade, que se quedava sobressaltada com o aumento da criminalidade e com a falta de resultados da política prisional, a qual ao invés de recuperar, produzia indivíduos mais perigosos, como também da consciência de que algumas punições se caracterizavam pelo rigor excessivo, quando não pela injustiça, confrontadas com outros crimes.

1.1 Da pena de prisão às penas alternativas - Lei 9.714/98

Desde o início das relações humanas, nas mais priscas eras, o respeito às regras comunitárias tornou-se um imperativo, ensejando a preservação do interesse comum.

Assim, cada indivíduo passou a ceder parte de seus objetivos pessoais para compor as regras de convivência, permitindo, em contrapartida, que fosse punido ao infringir estas normas, prevalecendo o bem geral sobre o individual.

Destarte, essas regras evoluíram com a história visando atender às necessidades das relações humanas e impulsionaram a adaptação gradativa dos ordenamentos jurídicos e das modalidades punitivas, embora tenham permanecido os conflitos em torno da finalidade e eficácia das punições.

Em seu registro mais remoto as penalidades eram aplicadas através de castigos corporais que agrediam fisicamente o agente infrator.

Posteriormente, com a Lei de Talião, mesmo causando sofrimento ao homem, a punição ganhou o aspecto da proporcionalidade.

Finalmente, a privação da vida e os castigos físicos deram lugar à privação da liberdade, que se consagrou como a principal modalidade punitiva até as últimas décadas.

É inegável, portanto, que a pena sempre existiu entre os homens, inicialmente, como mera vingança de ordem privada e, posteriormente, como um instrumento público garantidor da soberania e da ordem social.

Ressalte-se que as penas sempre tiveram como objetivo principal o castigo ao mal praticado pelo delinqüente. Contudo, o senso crítico de juristas, filósofos e pensadores do direito proporcionou a evolução desta tendência punitiva, diagnosticando a crise de modalidades punitivas e gerando a possibilidade para que novas formas de punir surgissem.

Neste contexto, da mesma forma que a pena de morte e os castigos físicos foram superados em determinado momento histórico pela pena de prisão, esta também tem sido objeto de questionamento desde o início do século, pois se tornou ineficaz na contenção da criminalidade.

A crise da pena de prisão é observada de maneira transparente através do caos do sistema penitenciário, pois os estabelecimentos prisionais estão sempre superlotados, estimulam a violência e não reabilitam o detento para viver novamente em sociedade.

Evidencia-se assim que a prisão não reabilita, mas corrompe, sendo inadiável e necessária a mudança estrutural no direito penal vigente, revendo-se as modalidades sancionatórias previstas nos estatutos repressivos pátrios.

Na maioria das vezes o cárcere acentua o perfil criminógeno do condenado, tornando-o mais perigoso à sociedade do que na ocasião de sua prisão. Assim, a remessa de um cidadão

à prisão com o ensejo exclusivo de atender o desejo de um Estado afoito em punir, acaba por representar um temor e uma falta de compromisso com o futuro do condenado e da própria sociedade.

Em consonância com essa preocupação, os ordenamentos jurídicos penais estão sendo motivados a acolherem a aplicação de penas e medidas não-privativas de liberdade, seguindo as tendências dos diplomas internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e as Regras de Tóquio, que visam resguardar o respeito à dignidade humana do delinqüente. No entanto, não se pode negar que a ruptura com o passado punitivo é difícil e impulsiona a resistência, pois durante toda a história da pena sua conotação foi puramente repressiva e qualquer modificação neste propósito acaba por incidir em um prejulgado descrédito, face o temor e às expectativas dos resultados que serão alcançados.

Assevere-se, porém, que os princípios norteadores da aplicação das penas alternativas, não elidem o ideal correccional da pena, mas agregam à resposta penal a possibilidade de reabilitar e ressocializar o infrator para que ele retorne ao seio da sociedade. Da mesma forma, a experiência registrada pelos países pioneiros na aplicação das penas alternativas à prisão demonstra que elas constituem instrumentos contensores da criminalidade muito mais eficazes que a segregação.

Pelos fundamentos articulados, as penas alternativas merecem uma análise aprimorada, pois se apresentam 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 afetassem 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 súditos. (BECCARIA, 1998, p. 108).

Ressalte-se que mesmo sendo uma matéria polêmica e atual, a aplicação das penas alternativas já era preconizada no Código Penal Brasileiro com as alterações de 1984,

aderindo às tendências do direito penal moderno. Porém, as penas restritivas foram revitalizadas no direito pátrio quando no ano de 2004 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.

De outro lado, o novo Estatuto Penal tornou-se alvo de inúmeras críticas, notadamente no que diz respeito a sua incidência em legislações especiais, como a Lei dos Juizados Especiais e Crimes Hediondos, que serão observados oportunamente.

Saliente-se que, com o advento da Lei 9.714/98, as punições alternativas à prisão fixaram-se como uma realidade *in abstracto* no Direito Penal brasileiro, mas para que se tornem um instrumento punitivo *in concreto*, não constituindo mera utopia jurídica, faz-se indispensável que o instituto seja prestigiado por todos os segmentos da sociedade, como operadores do direito, iniciativa privada, poder executivo e membros da comunidade.

Saliente-se que a *novatio legis* somente conquistará respeito e credibilidade e demonstrará sua eficácia se o corpo social acompanhar sua aplicação, execução e constatar de maneira crítica, suas falhas e virtudes.

1.2. Da pena e do direito de punir

1.2.1. Evolução histórica

Como já aludido, 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 ensejo 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: “... 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 condenação” (FOUCAULT, 1999, p. 58).

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 se tornou 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.

Certifique-se 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 suplícios, 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 às 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.

1.2.2. 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 se leve 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 infligitur 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 retributivos da teoria absoluta e os preventivos da teoria relativa. Estabelece que o legislador deva estipular os bens jurídicos protegidos e fixar o *quantum* penal, devendo a pena ser justa e proporcional, por traduzir a retribuição à culpabilidade do delinquente. 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 delinquente e para a sociedade.

Destaca ainda que, embora a pena constitua uma consequência forçada para conter a periculosidade do infrator e defender a sociedade, pode de forma simultânea, reabilitar qualquer delinquente. Este ideal foi relatado no Congresso de Petersburgo, em 1872: “... há delinquentes incorrigidos e não incorrigíveis, pois depende apenas do método de correção adequado à personalidade do sentenciado” (GOULART, 2001, p. 53).

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

1.2.3. 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 se respaldou 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 a reabilitar seus princípios e valores.

1.2.4. A experiência brasileira

A história da punição no Brasil não registra aspectos muito 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 barazo e pregação seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da força e nela 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 dela 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 Câmara 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 memória a infâmia deste abominável Réu.(THOMPSON, 1991, p. 194)

Com a proclamação da Independência, em 1822, revogaram-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 que: “... não deveria ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência, pois a justa medida das penas está na razão composta da gravidade do delito e do dano por ele

causado” (TRIPOLI, 2005, p. 88). 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 haveria penas infamantes e que a privação da liberdade não poderia exceder o limite de 30 anos.

No período de 1930 a 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”, tais 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 a 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 1998.

Em 1999, a Lei 6.416 trouxe ao Estatuto Penal ideias liberais que, para a corrente mais conservadora, ocasionou morosidade da justiça, impunidade e o aumento desenfreado da criminalidade.

Destarte, 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 tenha produzido resultados significativos, foi suficiente para preservar maior tranquilidade até o início da década de 90, pois representava 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 delinquentes 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 necessidade. (MARTINS, 1998, p. 33).

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.

1.2.5. 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.

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 estimulam e propagam 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.

Assegure-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 delinquentes 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 maior que a sua segregação e as mazelas da prisão, estigmatiza-o e impede sua reintegração sadia à sociedade.

Os males do cárcere podem ser classificados como de ordem material, que incidem sobre a saúde físico-psíquica do condenado, em face da 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, embora existam críticas ensejando uma observação restrita deste problema, sob a alegação de que atividades religiosas e militares também limitam o instinto sexual, estes 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 flagrantes 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 delinquente.

Importante, ainda, é frisar que a prisão transforma os internos em sujeitos absolutamente passivos, desprovidos de qualquer responsabilidade ou iniciativa, despersonalizando-os e causando-lhes a profanação do ego.

Além disso, atividades no cárcere são inócuas à reabilitação, pelo fato de serem 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 se anula 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.

Cesar Roberto Bitencourt, citando Augustin Fernandez Albor, assevera que:

O ambiente penitenciário exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha. (ALBOR, 2004, p. 178).

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 aclive 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, se dessocializa, passando a criar uma auto-estima e aceitação dentro de uma formação social paralela, na qual recebe o rótulo definitivo de delinqüente.

Em suma, a pena de prisão gera revolta, avilta e corrompe os princípios e valores do condenado que após, submeter-se ao cárcere, certamente voltará a delinqüir.

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 solução” (FRAGOSO, 2000, p. 23).

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.

2 TRANSIÇÃO PARA AS PENAS ALTERNATIVAS

Embora a crise da pena de prisão tenha se 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.

2.1. Filósofos reformadores

As correntes iluministas e humanitárias, lideradas por Montesquieu e Rousseau, realizaram severas críticas aos excessos da legislação penal, aduzindo que a pena deveria ser menos cruel ao corpo do condenado, não lhe representando uma tormenta. Essas idéias foram aderidas por alguns pensadores que se reuniram num movimento em prol da humanidade da pena, entre eles Beccaria (1998) e Bentham (2003).

O filósofo Cesare de Beccaria trouxe em sua obra uma inspiração de vital importância para o amadurecimento da reforma penal nos últimos séculos. Sua visão de pena era utilitarista, ou seja, firmava a idéia de que a punição justa deveria estar subordinada à punição útil, garantindo a certeza de que a pena seria um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado. Assim, suas idéias deram azo à sua máxima: “melhor prevenir delitos que castigá-los”. Afirmava, ainda, o sábio pensador:

O fim, pois não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Consequentemente, devem ser

escolhidas aquelas penas e aquele método de impô-las que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu. (BATISTA, 2005, p. 245).

Este reformador, apesar de ver na pena privativa de liberdade um grande progresso no plano da punição de sua época, já insinuava a necessidade de reformá-la, manifestando que a punição deveria ser certa, pronta e eficaz e não uma angústia para o condenado.

Por fim, foi também o responsável pela retomada da discussão sobre a proporcionalidade entre a conduta do delinqüente e a resposta punitiva, refletindo ser injusta a passagem pelo cárcere e destacando que “... para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, proporcional ao delito e ditada pela lei” (BECCARIA, 1997, p. 53).

Na mesma esteira, o pensador John Haward, contribuiu de forma notável para o processo de humanização e racionalização das penas, pois teve um contato pleno e estreito com as prisões européias, podendo relatar esta experiência. Assim descreve Elías Neuman sobre as obras de Beccaria e Howard:

Beccaria realizou sua obra com pluma e papel, na paz de seu gabinete de trabalho, enquanto Haward visitou grande número de prisões européias, vendo de perto sua vida horrível, empreendendo longas e perigosas viagens a países distantes, teve estreitos contatos com os encarcerados e arriscou sua saúde e sua vida expondo-se ao contágio das enfermidades carcerárias que, finalmente, causaram sua morte. Beccaria foi um pensador, Haward, um homem de ação. No entanto, a obra de ambos teve um fundo comum: a luta contra a iniquidade e a barbárie, visando a implantação de um regime penal mais humano e que respeitasse a dignidade humana. (NEUMAN, 2006, p. 39).

Além de traduzir ideais revolucionários para o seu tempo, Howard ainda propugnava pela criação de estabelecimentos prisionais mais adequados ao cumprimento da pena, visando o respeito por questões elementares de higiene, alimentação e assistência médica.

Em suma, buscava por uma pena que, embora retributiva, garantisse dignidade em sua execução podendo reabilitar o delinqüente.

2.2. Lei 9.714/98 – Penas Alternativas À Prisão

2.2.1. Observações preliminares

Como já demonstrado, as penas alternativas à prisão emanaram dos ideais liberais dos filósofos iluministas e dos princípios norteados pelas recentes Regras de Tóquio, visando precipuamente oferecer uma nova oportunidade aos condenados, antes de partir para a solução drástica de enviá-los ao mundo degradante da prisão, devendo esta reservar-se aos criminosos perniciosos.

A aplicação dessas modalidades punitivas permite ao condenado continuar exercendo ocupação lícita e ainda não o distancia do convívio social e familiar, proporcionando condições favoráveis para sua reabilitação.

Saliente-se que para o Estado existe ainda outro fator favorável, pois o custo da aplicação de tais penas é muito menor do que o despendido com a manutenção do cárcere.

Ademais, os índices de reincidência remetem-se a uma posição decrescente, reduzindo também o inchaço da população carcerária.

Nem se fale ainda nos benefícios que pode trazer à vítima do delito, pois o condenado reabilitado terá maior consciência do seu dever de reparar o dano do que se estivesse sendo corrompido pela prisão e, com o trabalho lícito, poderá prover esta reparação com maior rapidez.

Por fim, as penas alternativas pretendem ainda renovar os propósitos finalistas da pena, deixando de castigar o condenado para recuperá-lo e reintegrá-lo à sociedade, pois, como já se pode ilustrar, a cela é uma tortura moral que provoca solidão e desespero ao condenado, caminhando contra os princípios reabilitadores.

Neste sentido, cumpre destacar as manifestações de renomados criminalistas, como Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flávio Borges D'Urso, respectivamente:

É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente à crimes graves e leves, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com um agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, permitindo a convivência forçada de pessoas de caráter e personalidades diferentes. Face à ausência de perspectivas a curto e médio prazo para a solução dos problemas advindos do sistema prisional, que pelo menos possamos minimizar os efeitos degradantes do cárcere, na esperança, ainda acesa, de que o homem pode ser recurado, mas jamais num sistema prisional como o nosso” (FRAGOSO, 2000, p. 119).

No mesmo sentido, consigna Weber M. Batista:

“...los cárceres son y es doloroso decirlo, verdaderos focos donde se gesta el delito, se formam los delinquentes, lejos de disminuir la criminalidad, ella aumenta

progressivamente, transformando el primario ocasional em reincidente. (BENTHAM, 2003, p. 52)

Outros renomados penalistas como Roberto Lyra, Heleno Fragoso e Manuel Pedro Pimentel relegam a pena de prisão a *ultima ratio*, argumentando que esta punição é um fato gerador de crimes. Também se manifestaram em prol das penas alternativas Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti respectivamente:

A política criminal deve ter um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda, que busca humanizar o Direito Penal, recorrendo a novas medidas que não o encarceramento, pretendendo fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores. As medidas não institucionais despontam como grandes alternativas – deverá ser um novo caminho para as Índias nesses mares de tempestade e bonança que conduzem o espírito humano para grandes descobertas. E a maior delas, certamente será a descoberta de outros seres humanos que habitam em nós e em nossos semelhantes. (BENTHAM, 2003, p. 52)

Nestes termos, ainda assegura Evandro Lins e Silva, advogado e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Não sou partidário do crime, mas as prisões não vão acabar com a criminalidade, pois ela perverte, corrompe, avilta, emburrece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só poderemos conservá-la para os delitos em que ela é indispensável. A sociedade ganha com as penas alternativas. (LINS e SILVA, 2002, p. 33)

Por fim, destacando que as penas alternativas são significativamente mais econômicas para o poder Estatal, consignam também Lourival Barbiere e Luiz Flávio Gomes:

Na verdade, se pode dizer que as prisões são escolas de ‘pós-graduação no crime’, com a agravante de serem custeadas pelo próprio Estado. Não fosse por humanitarismo, razões econômicas já seriam o bastante para uma profunda e radical mudança de atitude e de mentalidade. É preciso racionalidade! Não tem nenhum sentido pagarmos caro para transformar, nos presídios que temos jovens e primários em criminosos violentos.

Pelos argumentos e citações articuladas é de se ressaltar que a nova legislação reuniu inúmeros adeptos. Contudo, ainda sofre críticas e gera celeumas jurídicas, pois uma parcela da doutrina entende que apesar de toda movimentação jurídica, acadêmica e política em torno das penas progressistas, a nova Lei constitui mera repetição de estatutos anteriores, o que pode comprometer sua eficácia, pois se ignoradas no passado, também o serão na atualidade.

Assim, o sucesso das penas alternativas à prisão ainda submete-se ao estágio de superação do preconceito e da conquista de credibilidade.

Destarte, no plano jurídico a Lei 9.714/98 alterou a redação do artigo 43 e seguintes do Código Penal, instituindo modalidades de penas alternativas à prisão, com a nomenclatura de “penas restritivas de direitos”.

Essa denominação, por si só, tem provocado inúmeras discussões, destacando, que as modalidades punitivas deveriam ser classificadas como penas privativas de liberdade (detenção e reclusão), penas restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade), penas restritivas de direitos (interdições e proibições) e penas pecuniárias (multa, perda de bens e valores).

Destaque-se que a referida discussão não é objeto deste estudo, uma vez que as expressões que definem as penas alternativas não incidem de maneira crucial nos resultados que elas pretendem alcançar. Contudo, sem análise das referidas expressões, cumpre salientar que os debates e conflitos sobre o tema deveriam remeter-se às questões que possam importar no aprimoramento destas modalidades punitivas e não a meras questões de ordem técnica. A excessiva preocupação burocrática inibe o senso crítico e o pensamento construtivo no campo prático, o qual necessita de soluções imediatas.

Assevere-se que as penas alternativas previstas no artigo 43 do Código Penal, são autônomas e não “acessórias”, portanto não podem ser aplicadas cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Também por serem de natureza substitutiva devem sempre prescindir de condenação à prisão. Não devem contundi-las com as penas não-privativas de liberdade, que são aplicadas de forma direta.

Além disso, com a Lei 9.714/98, as penas alternativas à prisão deixaram de ser mera faculdade do magistrado e passaram a figurar como direito do condenado, se preenchidos os requisitos legais. Assim, o juiz está sempre obrigado a apreciar a aplicação de tais penas, devendo justificar, fundamentadamente, se decidir que a pena não é aplicável ao caso concreto, podendo a omissão, incidir na nulidade da sentença.

A uníssona Jurisprudência compreende que: “Constitui direito do réu e não faculdade do juiz” (STJ Reesp. 64374, 6ª Turma, rel. Ministro Vicente Chenicchiari); “Se o juiz nega a substituição, deve fundamentar a decisão” (RT 644:347).

A aplicabilidade e executoriedade das penas alternativas à prisão encontram-se disciplinadas no artigo 44 e seguintes do Código Penal e vinculam a decisão do magistrado aos ditames legais.

Neste sentido, fixada a pena de reclusão ou detenção com supedâneo no sistema trifásico da dosimetria (pena base, circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena), o juiz da condenação deverá apreciar a possibilidade legal de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por uma punição alternativa e na falta de possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, é que o magistrado poderá recorrer ao instituto do *sursis*, que com a nova legislação passou a ocupar posição subsidiária.

A decisão do julgador deve ter como parâmetro a análise cumulativa dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva elencados nos artigo 44, incisos I a III, do Código Penal.

Os requisitos objetivos incidem sobre a quantidade de pena fixada ao condenado, que não poderá ser superior a quatro anos se o crime for doloso, inexistindo limite para substituição, se o delito for de cunho culposos.

No mesmo sentido, deverá observar se o delito não foi praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa, pois, se presentes estas circunstâncias restará prejudicada a aplicação da pena alternativa. Posteriormente, devem ser apreciados os requisitos subjetivos, observando se o réu é reincidente por crime doloso e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, bem como se os motivos e circunstâncias do crime indicam que a substituição é suficiente.

Registre-se que a reincidência dolosa não se trata de um impedimento absoluto ao benefício, em face da disposição do § 3º, do artigo 44 que estabelece uma exceção a esta restrição. Esse dispositivo prevê que se a reincidência não for específica, ou seja, por delito da mesma natureza e entendendo o juiz que a aplicação do substitutivo penal é “recomendável” ao caso concreto, tanto para prevenir o crime como para reprová-lo, poderá a pena de prisão ser substituída por pena restritiva de direitos.

Como se vê, a reincidência específica não foi acolhida para o benefício, pois denota a personalidade pervertida do agente e sua reiteração criminosa. Nesta esteira, afirma o doutrinador Jorge Henrique Martins:

Conclui-se, assim, tratar-se de restrição de caráter absoluto, referente à existência de condenação anterior pela mesma infração, partindo-se do pressuposto de que o acusado que assim agiu, deu mostras de que possui personalidade distorcida, não sendo merecedor do benefício. (MARTINS, 2006, p. 77)

Desta forma, no que concerne aos requisitos subjetivos, o legislador remeteu ao intérprete da lei a avaliação em cada caso concreto que aprecie a suficiência da substituição penal para reprovar o delito e reabilitar o condenado.

No que tange à escolha da pena alternativa cabível, o § 2º, do artigo 44 estabelece claramente que, para as penas fixadas em até um ano de prisão, a substituição poderá ser feita por pena de multa ou uma pena restritiva de direitos, contudo, se a condenação for superior a um ano e inferior a quatro anos para crimes dolosos (já que prestigiados de forma ilimitada os culposos) deve ser aplicada em substituição à prisão a pena de multa cumulada com uma restritiva de direito ou duas penas restritivas de direito.

No entanto, a Lei omitiu-se quanto ao cumprimento destas penas, nada dispondo sobre a execução simultânea ou sucessiva delas.

Neste aspecto, emanam entendimentos doutrinários antagônicos, defendendo alguns estudiosos, que a admissão da segunda hipótese levaria o réu a cumprir a pena no dobro de tempo, sendo desfavorável a ele.

De outro lado, existem aqueles que defendem que a omissão legal permite a execução sucessiva e, embora exija um tempo maior do condenado, não lhe atribui os efeitos maléficos da prisão.

Cumpra ainda analisar a conversão das penas alternativas em privativas de liberdade, pois como estatutos meramente substitutivos reservam sobrestada a pena de prisão, que passa a imperar em casos de descumprimento das condições impostas pelas primeiras sanções.

Consigna o doutrinador Luiz Flávio Gomes:

“No momento da substituição a pena de prisão sai de cena, mas não complemente. Fica como um soldado reserva, à espera do cumprimento da pena alternativa. A prisão cumpre um papel de garantia. Caso não funcione o sistema alternativo, volta-se ao clássico”. (GOMES, 2004, p. 37)

A conversão da pena alternativa em pena de prisão encontra-se disciplinada nos § 4º e § 5º, do artigo 44, do Código Penal, tratando-se o primeiro dispositivo de conversão obrigatória e o segundo, facultativo.

O § 4º dispõe que, para a ocorrência da conversão, faz-se necessário que o condenado descumpra injustificadamente as condições impostas pelas penas alternativas. Deve, no entanto, ser respeitado o princípio da ampla defesa, ouvindo-se o condenado, antes de determinar a prisão. De qualquer forma, razões de força maior ou caso fortuito elidem a conversão e mesmo que o juiz entenda inidônea a justificativa apresentada pelo réu, sempre que possível, a recomendação mais acertada é que se acolham tais argumentos advertindo o condenado sobre as consequências da reiteração.

A disposição do § 5º, por sua vez, especifica a situação em que o condenado está cumprindo o benefício de penas alternativas e vem a ser condenado por outro crime.

Note-se que a nova Lei mostrou-se bastante flexível neste sentido, tornando facultativo ao juiz da execução providenciar a conversão, após análise criteriosa dos delitos praticados e da personalidade do agente para identificar a necessidade da pena de prisão.

Sobre este último dispositivo o conflito doutrinário também se estabelece, entendendo uma corrente, a exemplo do criminalista Cesar Roberto Bitencourt (2006), que o tempo do cometimento do crime da segunda condenação é fator preponderante para influenciar a decisão da conversão, pois, se cometido durante a execução da pena alternativa, demonstra que o réu não se adequou ao sistema e, se em período anterior, indica que o acusado não voltou a delinquir, o que tornaria a conversão inócua.

Outros autores destacam que o momento do crime não é um fator diferencial e que em todos os casos a observação do juiz da execução deve centrar-se na adaptação do condenado ao modelo punitivo alternativo.

Os argumentos articulados pela última corrente são no sentido de que existem condenações posteriores que podem não demonstrar a reiteração criminosa específica, desvio de personalidade ou a tendência ao crime, por serem referentes a delitos de naturezas amplamente distintas às dos crimes anteriores.

Via de regra, desde que a condenação posterior não torne impossível o cumprimento da pena anterior e não represente inadequação do condenado à punição alternativa, a conversão em prisão não merece ser prestigiada.

O simples indiciamento, recebimento da denúncia ou queixa, ou a prisão temporária ou preventiva, não causam a imediata conversão em cárcere, salvo se a própria natureza do delito constituir falta grave ou descumprimento da condição imposta à punição alternativa.

Lembre-se que a lei penal exige sentença condenatória para que implique em conversão, pois preserva a integridade do princípio da “presunção da inocência”.

Se a conversão se fizer indispensável ao caso concreto, o tempo de pena já cumprido pelo agente deve ser descontado, respeitando sempre o limite mínimo de trinta dias de prisão. Neste aspecto, como não poderia deixar de ser, a celeuma se restabelece, gerando críticas severas ao limite mínimo estipulado para a prisão.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que esta disposição é inconstitucional por não respeitar a individualização e a proporcionalidade da pena. Contudo, o legislador respaldou-se no entendimento de que esta medida evita e desestimula o descumprimento das penas restritivas ao final de seu curso.

Não obstante, tal fundamento mereça ao menos respeito, cumpre discordar, uma vez que um estatuto penal que visa reabilitar o condenado não deve de maneira antagônica impor-lhe medidas tão severas e desproporcionais de coerção.

Cumprido por fim destacar a colaboração do filósofo Jeremias Bentham que buscou um método de controle do comportamento humano com base em princípios éticos, condenando a prática de castigos absurdos e desumanos. Asseverou que a prevenção especial deve existir, sem esquecer-se da prevenção geral.

Ensinou que, por pior que fosse o mal causado pelo delito, o mal da pena poderia ser ainda maior para inibir a vontade de voltar a delinquir. No entanto, mesmo entendendo que a pena é um castigo necessário para prevenir danos ainda maiores à sociedade, não descartou a possibilidade de reabilitação do condenado através destas punições. Assim, criticou severamente as prisões de sua época:

As prisões, com suas condições inadequadas, e ambiente de ociosidade, despojam os réus de sua honra e de hábitos laboriosos, os quais saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania. Estes desgraçados podem ser sujeitos a mil penas desconhecidas que os irritam contra a sociedade, que os endurecem e os fazem insensíveis às sanções. Em relação à moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem esta educação de perversidade. A opinião que nos serve de regra e de princípio é a das pessoas que nos cercam. Estes homens segregados assimilam a linguagem e os costumes e, por um consentimento tácito e imperceptível, fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens porque em uma sociedade semelhante os mais depravados são mais audazes e os mais malvados são mais temidos e respeitados. Composto deste modo, esta população apela da condenação exterior e revoga suas sentenças. (BENTHAM, 2003, p. 54)

Da mesma forma sugeriu que os condenados fossem acompanhados e assistidos após a suas liberações do cárcere, consignando que seria uma imprudência jogá-los ao mundo social, sem custódia ou auxílio para sua reinserção à sociedade.

A maior contribuição de Bentham foi seu desenho “Panótico” que, apesar de ilustrar um zoológico, tinha como idealização os moldes arquitetônicos de um cárcere. Seu objetivo era que os detentos não fugissem à vigilância do Estado, sugerindo que as prisões constituíssem grandes colméias, em formatos circulares, com uma torre no centro, onde inspetores de segurança pudessem observar todos os movimentos dos reclusos.

Consignou ainda que a formação de pequenos grupos de condenados, classificados de acordo com sua perversidade, poderia ser um instrumento de reabilitação mútua. Suas ideias

foram incorporadas em diversas prisões na Inglaterra, Estados Unidos e Costa Rica, entre outros.

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 (1999) Dinamarca e Portugal (1982), França em (2003) e por fim o Brasil, com o Código Penal de 1984.

Aliás, nas reformas atuais dos Códigos Penais Italiano e Francês, as penas alternativas firmaram-se com plenitude, preservando a finalidade de humanizar as sanções e reeducar o condenado.

Também o Código Penal Uruguaio prevê como alternativa a “prestação de serviços à comunidade”, que deve ser executada de forma gratuita em favor dos Municípios, hospitais ou entidades públicas e instituições análogas como escolas, asilos, casa de menores, etc. Esse Código, ainda traz no elenco de penas alternativas à prisão, o depósito em garantia de pagamento ou multa e outras medidas que sejam aptas a reeducar o agente, desenvolver aptidão pelo trabalho e reparar o dano causado à vítima.

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 (2004), que versou sobre Regras Mínimas de Tratamento do Delinqüente, onde já se foi possível colher os primeiros resultados da aplicação das penas alternativas. (DOTTI, 2003, p. 67)

2.2.2. Uma avaliação das experiências apresentadas

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.

Esse 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 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 mencionou haver descriminalizado 28% das contravenções, sendo que, de 85% das condenações, só uma remete à privação da liberdade.

Por derradeiro, em pesquisa realizada recentemente, o ínclito doutrinador Damásio Evangelista de Jesus (2002) elencou cerca de cinquenta 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.

Esse novo horizonte jurídico que começou a ser trilhado está plenamente definido em Greco:

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 prisão. (GRECO, 2005, p. 39)

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.

Com advento da Lei nº. 9.714, de 25 de novembro de 1998, alguns dispositivos do Código Penal, parte geral, restaram alterados (art. 43; 44; 46; 47; 55 e 77 CP), inovando sobremaneira as penas restritivas de direitos e, sobretudo, os pressupostos fáticos de sua aplicação. Permitiu o legislador ordinário, com esta nova disposição legal, a substituição de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos, quando coexistirem os seguintes requisitos de natureza objetiva e subjetiva:

- pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos (art. 44, inciso I);
- o réu não for reincidente em crime doloso (art. 44, inciso II);
- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (art. 44, inciso III).

2.2.3. Penas alternativas e crimes hediondos

Respeitáveis doutrinadores têm se posicionado favoráveis à aplicação do art. 44 do Código Penal à Lei de Crimes Hediondos, quando nos delitos taxativamente declinados nesta Lei Especial forem cometidos sem violência ou grave ameaça e com penas aplicadas inferiores há 4 anos, na forma estabelecida no art. 44, inciso I, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98. Neste sentido, orienta-se Jesus (2002) e Gomes (2004). Consigne, a propósito, as palavras deste jurista:

Não resta a menor dúvida que, em tese, pela pena aplicada, cabe a substituição da pena de prisão nos denominados Crimes Hediondos, tal como é o caso, do delito de tráfico de drogas, falsificação de alimentos, tentativa de falsificação de remédios etc. (aliás, no que concerne ao tráfico de drogas, há manifestação inclusive do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de sua admissibilidade, em tese, tudo dependendo da pena aplicada - Folha de São Paulo e O Globo, de 25.11.98). Dizer, no entanto, que, pela pena aplicada (concreta) haja possibilidade de substituição não significa que o juiz deva procedê-la em todos os casos: além do requisito objetivo da pena (que não pode ser superior a quatro anos), urge o exame criterioso dos demais requisitos subjetivos. (GOMES, 2004, p. 79)

É inquestionável que através de um simples critério objetivo de subsunção da nova legislação a situações concretamente existentes no mundo jurídico penal, chegar-se-ia à conclusão preconizada pelo insigne jurista, em sentido diverso, entretanto, partindo-se de uma interpretação teleológica e, sobretudo, legalista (art. 12 do CP) do Código Penal e da Lei Especial de Crimes Hediondos, a incompatibilidade deste diploma especial frente à Lei nº. 9.714/98 seria a lógica do sistema.

Com efeito, é notório que o legislador ordinário, para elaborar a lei penal ou estabelecer determinado regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, deve em caráter antecedente, investigar a questão sob duplo enfoque:

- 1) verificar a existência de bens jurídicos que estão a merecer tutela penal;
- 2) perscrutar se determinados bens jurídicos já valorados penalmente estão necessitando de uma reavaliação político-criminal, quer através da majoração da pena privativa de liberdade, quer através da fixação de determinado regime de cumprimento de pena. Nesta segunda hipótese, incumbe ao legislador individualizar espécies de delitos de grande potencialidade lesiva para a sociedade para, assim, instituir, legislativamente, diploma legal mais severo e dissuasivo de intentos delituosos.

A Lei de Crimes Hediondos, certamente, foi produto deste criterioso estudo político criminal, onde se constatou a imperiosa necessidade de se proteger a vida humana, a liberdade, física e sexual, a saúde pública e incolumidade física dos indiciados, ante a verificação de crimes de extorsões mediante seqüestro, latrocínios, torturas e tráficos ilícitos de entorpecentes cometidos em número crescente e alarmante, sem que a lei penal estivesse a cumprir característica que lhe é peculiar - prevenção e desestimulação de intentos delituosos.

A escalada criminosa deveria, inexoravelmente, ser reprimida a qualquer custo, para restabelecer a credibilidade no sistema penal e a tranquilidade do cidadão. Nesta ordem de argumentação, não é admissível que se pretenda aplicar a Lei nº 9.714/98 nos crimes taxativamente delineados na lei de Crimes Hediondos, na medida em que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é absolutamente incompatível com a natureza dos crimes tutelados pela Lei Especial e, sobretudo, não cumpriria a prevenção especial indissociável da lei penal. (BATISTA, 2004, p. 103)

Sob prisma diverso, também deve ser afastada a Lei nº. 9714/98 aos Crimes Hediondos, na medida em que a Lei nº. 8072/90 é especial e incompatível com as normas gerais estabelecidas no Código Penal (art. 44 e seguintes).

Veja, nesta esteira, a dicção legal:

"Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

Com efeito, prevendo a lei de Crimes Hediondos regime integralmente fechado para cumprimento de pena privativa de liberdade há, sem qualquer dúvida, inaplicabilidade do art. 44 do Código Penal, ante a existência de lei especial incompatível com as regras gerais do estatuto penal.

Damásio de Jesus (2002) leciona que:

Quando o Código e a lei especial ditam regras gerais sobre o mesmo assunto, o conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade: a regra geral contida na lei especial prevalece sobre a determinada pelo estatuto repressivo. Assim, as normas contidas nos arts. 1º a 120 do CP, mais as não incriminadoras previstas na parte especial, são aplicáveis a toda legislação especial, salvo exceção expressa. Por exemplo: as disposições sobre legítima defesa, estado de necessidade, aplicação da pena, sursis, livramento condicional, extinção da punibilidade etc. se estendem aos crimes eleitorais, contra a economia popular, falimentares, de imprensa etc. Excepcionalmente, quando a legislação penal especial ditar princípio diverso do contido no Código Penal, prevalece aquele. A punibilidade da tentativa, prevista no art. 14, II e parágrafo único do CP, não se estende às contravenções, uma vez que elas, quando tentadas, não são puníveis. (LCP, art. 4º)."

Em idêntico sentido, Reale Júnior (2003) destaca o seguinte:

O art. 12 do CP dispõe que as regras gerais do Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se este não dispuser de modo diverso". Da interpretação resulta a conclusão no sentido de que as normas gerais descritas nos arts. 1º a 120 do CP são aplicáveis a toda legislação especial, salvo exceção expressa. (REALE JÚNIOR, 2003, p. 97)

Com tais termos, o legislador mostrou, de forma inequívoca, que o Direito Penal fora da codificação não representa um corpo estranho em relação ao próprio estatuto penal.

Entre as leis penais especiais e as regras contidas na Parte Geral, permeia um vínculo bastante estreito, idôneo a aglutiná-las numa unidade interna. O texto legal evidencia a realidade dessa união e põe em destaque os dois princípios que estão, logicamente conectados: de um lado: o princípio da primazia do conceito da lei penal especial quando colide com as regras da Parte Geral do Código Penal: de outro, o princípio da supletividade das normas gerais do Código Penal, que os estendem às leis penais especiais se estas se mostram silentes e nada dispõem a respeito. (MIRABETE, 2004, p. 89)

A combinação dos dois princípios lógicos lança, sem dúvida, a ponte que permite relacionar o Direito Penal codificado ao Direito Penal não codificado.

Com inteira procedência, já se afirmou a importância capital do dispositivo em exame, máxime em um país como o nosso no qual se editam, com frequência, leis penais avulsas, carentes de disposições gerais. A referida norma atende a idéia de unificar, de harmonizar, todo o contexto legislativo penal na medida em que as regras gerais ou comuns se aplicam às matérias regidas pelos preceitos especiais em

tudo o que estes não previram ou não se opuseram. Com isso, evita-se enquistamentos de todo intoleráveis e, não raro, injustos. (MIRABETE, 2004, p. 89)

Sendo indiscutível, portanto, que a Lei de Crimes Hediondos trata-se de Lei Especial e, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma preconizada pelo art. 44 do Código Penal, é incompatível com a forma de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado estabelecida naquela legislação especial, não resta dúvida que este dispositivo penal, enquanto regra geral do Código Penal, não estenderá seus efeitos à Lei de Crimes Hediondos, norma especial reguladora da matéria. Entender de modo diverso é negar vigência à Lei Federal - art. 12 do CP e, ainda, extrair da norma especial seu conteúdo preventivo e repressivo.

Inicialmente, impõe-se considerar que o advento da Lei 9.099/96, regulamentando o inciso I do art. 98 da CF, introduziu no ordenamento jurídico uma nova mentalidade e concepção de Direito Penal, combinando-o e permeando-o com elementos próprios e exclusivos, até então do Direito Privado.

Prova disso, são os institutos consagrados nos artigos 74 e parágrafo único, 76, 79 e 89 do referido diploma legal, decorrentes da previsão constitucional.

Ora, a partir daí, afastou-se, excepcional e particularmente, diante do destaque especial do citado dispositivo constitucional, alguns princípios processuais e constitucionais de natureza pública, consagrados nos incisos LIV, LV e LVII do art. 5º do Texto Político, oportunizando, ao autor do fato, o direito de dispor sobre a restrição de sua liberdade plena.

A lei, nos exatos termos dos arts. 72 e 76 confere ao autor do fato o direito personalíssimo de renunciar a direitos públicos subjetivos constitucionais e de aceitar a "aplicação imediata de pena não privativa de liberdade", elevando, ao máximo, a dimensão do direito processual penal do réu.

2.2.4. Penas alternativas existentes em nosso país

Como visto anteriormente, a lei 9714/98 introduziu, em rol taxativo, no art. 43 do Código Penal brasileiro as penas alternativas, desta forma, o magistrado no momento de fixar a pena deverá observar, exclusivamente os artigos que integram a seção que trata das Penas Restritivas de Direito.

De acordo com o Código Penal as penas alternativas se resumem em:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Estas penas são autônomas, sendo substituídas da pena privativa de liberdade nas situações previstas no art. 44 do CP, quais sejam:

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

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso;
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

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

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

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

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

2.2.4.1 – Da prestação pecuniária

A sanção de prestação pecuniária funda-se no pagamento em dinheiro ao agente passivo da ação criminosa, caso este não possa se beneficiar, esta será revertida a seus dependentes. Há ainda a possibilidade da prestação ser revertida a uma entidade pública ou privada (desde que possua fins sociais), tal situação ocorre quando não há vítimas nem dependentes, ou havendo aceitação do beneficiário. É o que nos relata os parágrafos 1º e 2º do art 45 do CP:

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância

fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

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

Analisando o § 2º, nota-se que ele autoriza que a prestação pecuniária seja efetuada através de uma prestação de natureza diversa do dinheiro, assim possibilita, por exemplo que o magistrado condene ao pagamento das cestas desde que haja a concordância do beneficiário, que, no caso, é aquele que será favorecido pela nova forma de prestação.

A prestação pecuniária não se confunde com multa, visto que naquela o valor monetário é destinado a um beneficiário, ou seja, à vítima, ou a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O contrário acontece com a multa, o valor pago pelo condenado é destinado ao Estado.

2.2.4.2.- Perda de bens e valores

A perda de bens e valores está prevista no parágrafo 3º do artigo 45, do Código Penal:

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

Nesta modalidade de pena retira-se do agente a vantagem percebida com ato delituoso, causando uma diminuição em seu patrimônio para desestimular a reiteração.

A legislação especial pode dar outra destinação a esta sanção penal, assim, em vez de depositar no Fundo Penitenciário Nacional a quantia ilícita, é possível, por exemplo, conforme o art. 243 da Constituição Federal, a expropriação de glebas utilizadas no cultivo de drogas, destinando-as ao assentamento de “colonos sem terra”.

Salienta-se que a perda de Bens e Valores não se confunde com confisco, pois este consiste na perda em favor da União e tem efeito secundário, tratada pelo art. 91, II, C.P, já a sanção *in comentum* tem natureza autônoma.

2.2.4.3.– Da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas

Esta modalidade tem como escopo fazer com que o condenado retribua à sociedade os danos que provocou realizando atividades gratuitas em instituições que atende a comunidade

em geral ou entidades públicas como: ONG's, orfanatos, creches, parques, escolas, hospitais, Defensorias Públicas, Fóruns entre outros, sem prejudicar o prestador de serviços no seu horário habitual de trabalho e/ou atividades.

Não se confundi esta modalidade de pena com a pena de trabalhos forçados, vedada constitucionalmente. Na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas a gratuidade dos serviços tem caráter retributivo e é imposta por tempo limitado, observando as aptidões do condenado, de maneira que o serviço a ser prestado seja semelhante à sua atividade exercida habitualmente, possui, assim, caráter ressocializador, uma vez que não remove da sociedade ou isola o autor do fato criminoso, além disso, é cumprida sem prejudicar seu trabalho habitual. Ao contrário, a pena de trabalhos forçados condena os indivíduos a penas perpétuas e os obriga a exercer atividades penosas.

O art. 46 do CP explicita esta modalidade de pena alternativa:

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

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

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

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

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

Cabe ao juiz ao fixar a pena indicar em qual entidade o condenado deverá executar as suas tarefas e esta deverá encaminhar mensalmente ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, comunicar sobre ausência ou falta disciplinar do sentenciado, isto é o que dispõe os artigos. 149 e 150 da Lei de Execuções Penais.

Esta modalidade é muito eficaz no processo reeducador, pois o infrator possui um contato maior com a sociedade e entenderá que não está naquele lugar só para cumprir determinação judicial mas também por uma causa social.

2.2.4.4.– Da interdição temporária de direitos

A denominação desta pena alternativa se justifica pelo fato de restringir efetivamente a capacidade jurídica do condenado.

O artigo 47 do Código Penal estabelece quatro modalidades de interdição temporária de direitos:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

Analisando o artigo verifica-se que esta espécie de pena alternativa é específica, pelo fato de se aplicar a determinados crimes, sendo as demais genéricas.

As interdições temporárias dos incisos I e II somente podem ser aplicadas nas hipóteses de crimes praticados com abuso ou violação dos deveres inerentes ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício. e exigem que o agente tenha praticado o delito no exercício de cargo, função ou atividade, violando os deveres que lhes são inerentes.

Já o inciso III se aplica aos crimes culposos de trânsito, conduzidos por qualquer veículo, seja automotores, como também os de tração animal.

A proibição do inciso IV refere-se a ambientes que têm a ver com a conduta ilícita praticada ou. locais que impulsionam o indivíduo ao cometimento de atos anti-sociais, que possivelmente o levaria ao cometimento de crime, sejam eles bares, boates, estádios de futebol, dentre outros.

2.2.4.5.– Limitação de Fim de Semana

A última espécie de pena alternativa está prevista no artigo 48 do CP:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Esta espécie de pena alternativa é a mais próxima a privação da liberdade, contudo, o condenado não sofre os efeitos negativos de um cárcere, nem perde o contato direto com os familiares, amigos e pode continuar trabalhando normalmente durante a semana. Além disso,

no período em que estiver na casa do albergado poderá assistir aos cursos e palestras ministrados ou participar de atividades educativas. Contudo, a falta de local adequado para a execução deste tipo de pena impossibilita a sua aplicação na maioria das Comarcas.

Caso o condenado não compareça ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, ou recusar-se a exercer atividade determinada pelo juiz, ou não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital, praticar falta grave, ou sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa, a pena de limitação de fim de semana será convertida em prisão, conforme a norma do art 181 da Lei de Execuções Penais.

CONCLUSÃO

No Brasil, como se viu no relato histórico da evolução da pena, até a reforma do Código Penal em 1984 não houve relevante cogitação dos legisladores em reformular a estratégia punitiva, que era respaldada exclusivamente na pena privativa de liberdade. Somente com esta reforma 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 isso 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 infra-estrutura levaram à má aplicação destes institutos penais. Assim, as penas alternativas elencadas no Código Penal com as alterações 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 com a entrada em vigor da Lei 9714 de 1998 e da participação do Brasil no IX Congresso das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo em 2004, onde mais uma vez abordou-se a aplicação de penas alternativas à prisão, o Brasil revigorou estes ideais na mentalidade dos juristas e da sociedade.

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.

Se a população leiga possui uma visão distorcida do processo e da Justiça, cabe a nós, operadores do Direito, desfazer essa falsa imagem negativa, "kafkaniana", esclarecendo que

ser réu não é crime. Ao contrário, é condição e garantia constitucional prévia indispensável de não ser antecipadamente considerado condenado, conforme art. 5º, LVII, da Lei Maior.

A superlotação das celas gera a necessidade de construir novos presídios, situação que ocasionará excessivo ônus aos cofres públicos, sendo mais viável a criação de casas do albergados ou estabelecimentos adequados para o cumprimento de penas restritivas de direito, pois além de serem menos onerosas, tem por finalidade a regeneração e socialização do condenado, sem falar nas outras espécies de penas alternativas que não geram nenhum custo ao Estado, ao contrário, só traz benefícios para a sociedade.

Tencionou-se através dessas linhas simplesmente alertar os operadores do direito para que essa equivocada prática forense se adeque à nova realidade implantada pela Lei 9714/98, cuja aplicabilidade não se constitui numa mera faculdade do juiz, mas sim num direito público subjetivo do réu, desde que preenchidas as exigências legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBOR, Augustín Fernandez. **Aspectos criminológicos**. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBIEIRO, Lourival Geraldo. Penas restritivas de direitos: necessidade de criação de infraestrutura adequada que possibilite a sua execução. **Boletim IBCCrim**, ano 7, n.º 77, abril 1999, p. 7.

BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 2004.

BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshsky, 1998.

BENTHAM, Jeremias. El panótipo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 2002

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 2003

FOULCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOULART, Henry. **Penilogia I**. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

LINS e SILVA, Evandro. **Gramática in sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MARTINS, Jorge Henrique S. Penas alternativas. **Revista Consulex**, ano III, nº 26, fevereiro, 1999.

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

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THOMPSON, Augusto. **Esborço histórico do direito criminal luso-brasileiro**: a inconfidência mineira (Autos de Devassa), vol. VII, 1991.

TRIPOLI, Cesar. **História do direito brasileiro**. São Paulo, vol. I, 2005.