

O CARÁTER PUNITIVO DAS PENAS ALTERNATIVAS

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

As penas sempre tiveram como objetivo principal o castigo ao mal causado pelo infrator. Contudo, o senso crítico dos operadores do direito e da sociedade no geral, 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.

Apesar disso, não se pode negar que a ruptura com o passado punitivo é difícil e gera resistência, porquanto 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 as expectativas dos resultados que serão alcançados. Ressalta-se, contudo, que os princípios norteadores da aplicação das penas alternativas, não elidem o ideal correccional da pena, mas agrega a resposta penal à possibilidade de reabilitar e ressocializar o infrator para que retorne ao seio da sociedade.

Sendo assim, as penas alternativas representam uma real perspectiva para substituir, paulatinamente, a falida pena de prisão, fixando-se como uma realidade “*in abstracto*” no direito penal brasileiro, e, para que se tornem um instrumento punitivo “*in concreto*”, não constituindo mera utopia jurídica, indispensável se faz que o instituto seja prestigiado por todos os segmentos da sociedade.

Urge, assim, que seja encontrada uma solução intermediária que não privilegie o cárcere, nem espalhe a ideia de impunidade. E sob este aspecto, as penas alternativas têm representado a mais coerente solução.

Faz-se necessário atentar para a efetiva aplicabilidade das penas alternativas enquanto solução para o quadro caótico do sistema penitenciário brasileiro, sendo importante analisar e refletir incansavelmente na busca de soluções efetivas referentes a ressocialização do delinquente, bem como todos os aspectos que envolvem essa problemática, principalmente no que tange a sua conotação punitiva.

Palavras-Chave: penas alternativas; medidas alternativas; substitutivos penais; caráter punitivo; conscientização e fiscalização.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo. E-mail: rmoraes_sa@yahoo.com.br

SUMÁRIO

1. Introdução	03
2. PENA: CONCEITO E FINALIDADE	04
3. AS TEORIAS DA PENA	06
3.1. Teoria Absoluta ou Retributiva.....	06
3.2. Teoria Relativa ou Preventiva.....	07
3.3. Teoria Mista, Eclética ou Humanitária.....	07
4. SURGIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS	09
4.1. Regras de Tóquio.....	09
4.2 Origem dos novos caminhos alternativos na legislação penal brasileira.....	10
4.3 Aplicação e Cominação das Penas Restritivas de Direito.....	13
4.4 Pressupostos necessários à substituição.....	14
4.4.1. Pressupostos objetivos.....	14
4.4.2. Pressupostos subjetivos.....	15
4.5. Modalidades de Penas Restritivas de Direitos.....	15
4.5.1. Prestação Pecuniária.....	16
4.5.2. Perda de Bens e Valores.....	16
4.5.3. Prestação de Serviços à comunidade.....	17
4.5.4. Interdição Temporária de Direitos.....	18
4.5.4.1. Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo.....	19
4.5.4.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público.....	20
4.5.4.3. Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo.....	20
4.5.4.4. Proibição de frequentar determinados lugares.....	21
4.5.5. Limitação de fim de semana.....	21
4.6. Penas Alternativas na Legislação extravagante.....	22
5. O CARÁTER PUNITIVO DAS PENAS ALTERNATIVAS	23
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

1. INTRODUÇÃO

As condições subumanas em que as penas privativas de liberdade são executadas, faz com que a prisão neutralize a formação e o desenvolvimento de valores humanos básicos, contribuindo para a estigmatização, despersonalização e aprisionamento do detento, funcionando na prática como autêntico aparato de reprodução da criminalidade.

É certo que a pena privativa de liberdade se cristalizou, em termos históricos, como a modalidade por excelência de controle social no mundo moderno, num contexto de racionalização e reforma humanitária do direito penal, atestando significativo avanço de política penitenciária, na medida em que pôs fim a brutalidade com que as punições eram aplicadas no passado.

Entretanto, à medida que a pena privativa de liberdade vai dando mostras cada vez mais inequívocas de esgotamento histórico, já que as promessas da retribuição e da ressocialização não se cumpriram com um mínimo de plausibilidade, a rotação de eixo propiciada pelo ideal tipicamente moderno de certeza da punição deve ser buscada hoje por uma política que tenha no centro as penas restritivas de direito.

Se, de um lado, a pretensão social ao castigo legitima-se na justa reparação que se deve infligir ao condenado pela ruptura das normas do contrato social, de outro, o único sistema punitivo que historicamente tem se mostrado condizente com os imperativos do Estado Democrático de Direito é o que propicia as bases para uma real reintegração do indivíduo infrator à sociedade.

Por outro lado, a efetiva execução das medidas não-privativas de liberdade põe uma série de desafios ao formulador e ao executor da política penal contemporânea, notadamente no que se refere à necessidade de fornecer os meios necessários para o cumprimento da reprimenda alternativa imposta; de aperfeiçoar a fiscalização do cumprimento das penas; e de aprimorar a capacitação de pessoal especializado para que esteja à altura desse horizonte de complexidade.

A problemática está presente justamente nesta questão, ou seja, como conciliar e harmonizar a aplicação das penas alternativas com o sentimento de justiça e punição para a sociedade.

A análise quanto à eficácia da pena alternativa revela-se de suma importância, posto que, visa demonstrar o caráter punitivo que a mesma apresenta, traduzindo-se em uma tendência para os tempos modernos, principalmente se considerado que a pena privativa de liberdade apresenta altíssimos índices de reincidência.

Com isso, o objetivo primordial da pesquisa é demonstrar que a pena alternativa não é sinônimo de impunidade, mas sim uma opção sancionatória oferecida pela legislação penal de modo que a imposição da pena privativa de liberdade fique reduzida a casos de maior gravidade.

2. PENA: CONCEITO E FINALIDADE

A expressão “pena” originada do vocábulo alemão “*pein*”, derivado do latim “*poena*”, traduzindo-se por dor, castigo, suplício, martírio. O termo latino, por sua vez, origina-se do grego “*poiné*”, com dupla significação: retribuição destinada à compensação de um dano, ou ainda, “*ponos*” que significa punição, humilhação e sofrimento.

No contexto de teoria geral do delito, pena é uma espécie do gênero sanção penal, que é estabelecida ante a violação de uma norma jurídica que prevê determinada conduta como ilícito penal.

Ensina Manoel Pedro Pimentel que “pena é uma categoria racional quer por sua natureza jurídica, quer por suas finalidades, pois implica racionalização da reação de uma comunidade politicamente organizada contra um fato que viola uma das normas fundamentais de sua estrutura, definido na lei como crime²”.

Já Aníbal Bruno assevera que “é a pena o meio de ação específica do direito penal, que comina sanções em razão de determinados fatos chamados crimes, por elas tipicamente definidas (...). Através da pena é que o Estado exerce o seu fim, que é a defesa da sociedade pela proteção de bens jurídicos fundamentais, de valor permanente ou historicamente determinados³”.

Roberto Lyra define juridicamente a pena como a sanção característica da transgressão considerada crime. Os clássicos, segundo o autor, equiparam a pena ao castigo por uma falta moral, a retribuição do delito com uma pena, em função do ato consciente e livre do indivíduo. Em consequência, prossegue o autor, a pena deve ser proporcional à gravidade do delito e aplicada em medida certa e determinada⁴.

Neste mesmo sentido, já era a concepção de Cesare Beccaria, que em sua obra “*Dos Delitos e das Penas*” já aduzia que:

Os castigos tem por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e a afastar os seus concidadãos do caminho do crime.” Em outro momento, o autor descreve as perigosas consequências que podem vir à tona caso as penas sejam impostas de maneira desproporcional, afirmando que: “quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-lo. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro⁵”.

² PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 176.

³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 13-15.

⁴ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 49.

⁵ BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11.ed. Curitiba: Hemus, 2000, p. 56.

Em síntese, poderia se dizer que a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito, consistente na privação ou restrição de bens jurídicos, impostos pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal, com lastro na lei⁶.

Muito embora a função de proteção de bens jurídicos não seja exclusiva do direito penal, mas de todo o ordenamento jurídico, o que o diferencia dos demais ramos é justamente a existência de meios capazes de alcançar este objetivo: as penas e as medidas de segurança.

Assim, a proteção de bens jurídicos através do direito penal, pode se apresentar sob dois aspectos. O primeiro sustentado pela proteção de bens jurídicos que ocorre pela prevenção de sua lesão a partir do perigo real. Já o segundo sustentado pela proteção dos bens jurídicos mediante a proteção de valores ético-sociais, elementares da ação, sendo que, a partir desses dois pontos de vista, é que se desenvolvem as diversas configurações das teorias do delito, legitimantes de um direito penal baseado na personalidade do autor ou no desvalor da ação.

Por tudo isso, poderia ser atribuída à pena somente uma finalidade retributiva: o mal pelo mal. Mas sob outro aspecto, poderia se atribuir à pena uma finalidade preventiva, na busca de evitar a prática de delitos. E por fim, poderia ser atribuída a pena uma finalidade ressocializadora, orientada para uma reintegração do infrator à sociedade.

Todas estas finalidades foram largamente enfrentadas, surgindo às chamadas Escolas Penais, que criaram as Teorias acerca da finalidade da pena, buscando justificar os seus fins e fundamentos.

⁶ No mesmo sentido: DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 332; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 329 e; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 11-58.

3. AS TEORIAS DA PENA

A busca para encontrar uma justificação racional para o exercício do poder de punir pelo Estado podem ser agrupadas de acordo com as grandes correntes conhecidas como “Escolas Penais”, também chamadas de “Teorias da Pena”.

3.1. Teoria Absoluta ou Retributiva

A teoria absoluta, sob inspiração dos clássicos e da reflexão de Kant e Carrara, exauria o fundamento da pena na ideia de retribuição, entendendo a mesma como uma exigência de justiça, enquanto responde, com um mal justo, o mal injusto do crime, sem nenhum outro objetivo ou finalidade que não a obediência ao imperativo categórico da Justiça. Seria a pena um "absoluto", um "fim em si".

Sustentando com vigor a Teoria da Pena-Retribuição, afirma Bettiol que:

tão-somente a ideia retributiva, colocada como fundamento da pena, é capaz de satisfazer plenamente todas as exigências que urgem no campo da penalidade. Ela atende à suprema exigência de que o mal praticado deva exigir a inflicção de um castigo proporcionado à gravidade do malefício⁷.

Dizia Kant, citado por Júlio Fabbrini Mirabete que:

a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz justiça. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais⁸.

Assim, para a teoria retributiva, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deveria ser proporcional ao injusto culpável. Corresponde à retribuição do ato ilícito praticado pelo infrator, punindo-se o infrator porque este cometeu o crime. Portanto, a teoria absoluta ou retributiva concebe a pena como um fim em si mesmo, como castigo, reparação ou retribuição ao delito.

⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. v. III. p. 121.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1997. v. I. p. 242.

3.2. Teoria Relativa ou Preventiva

A teoria relativa contestou. Inspirava-a o positivismo, de larga influência no final do século XIX. A justificativa da pena estaria na necessidade de associar à ideia de crime ao temor do castigo. A pena é um instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros, justificando-se por utilidade social. Seria a intimidação decorrente da ameaça do sofrimento a ser imposto ao criminoso, uma forma de prevenção geral negativa. Geral, porque dirigida a toda a sociedade; negativa, porque seu efeito dissuasivo (efeito demonstração) levaria as pessoas a não praticar crimes. Esta prevenção geral poderia ser vislumbrada como exemplaridade para a produção de efeito inibitório à realização de condutas delituosas, destinada, portanto, à toda sociedade.

E se, não obstante, a ameaça não se revelar suficiente, e alguém ainda assim resolvesse cometer um crime, então a pena aplicada teria justificativa na necessidade de defender a sociedade pelo efetivo castigo do criminoso (prevenção especial). O caráter especial, atua sobre a pessoa do delinquente, para evitar que o mesmo volte a delinquir no futuro, destinando-se, portanto, ao delinquente em si.

Em suma, para a teoria relativa a pena é um instrumento preventivo de garantia social, para evitar a prática de delitos futuros, justificando-se por razões de utilidade social. Assim, o fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção especial, ao impedir que o infrator pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o.

3.3. Teoria Mista, Eclética ou Unitária

Na teoria mista entendeu-se que a prevenção especial somente poderia justificar-se pela ressocialização do delinquente que, submetido a processos revalorativos e reeducativos durante a execução da pena, retornaria à sociedade com padrão de comportamento ajustado às regras da boa convivência e não mais cometeria delitos.

Buscou assim, conciliar as duas teorias anteriores, ou seja, conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena, com os fins de prevenção geral e prevenção especial.

A pena que assegurasse melhores condições de prevenção geral e especial, provavelmente seria a pena mais justa. Dessa forma, a retribuição seria um instrumento de prevenção e a prevenção encontraria na retribuição uma barreira que impedisse sua degeneração.

Via de consequência para essa teoria, a pena deve conservar o seu caráter tradicional, porém outras medidas devem ser adotadas em relação aos autores de crimes, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros, de forma que a prevenção seja simultânea à retribuição.

Com o passar do tempo, verificou-se que a aplicação de uma sanção penal única e exclusivamente de caráter segregatório do indivíduo infrator da sociedade, não estava surtindo efeitos e cada vez mais a criminalidade e o afastamento do indivíduo da sociedade com a aplicação desta pena, só fazia com que a sociedade tivesse contra si a prática de mais crimes e o surgimento de mais criminosos, sem que a sanção viesse a cumprir qualquer uma das finalidades anteriormente apontadas.

Iniciou-se, portanto, um processo de reanálise quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, visando encontrar soluções alternativas que viessem a responder com maior eficiência as expectativas sociais e ao mesmo tempo pudessem de forma eficiente aplicar ao infrator uma sanção penal adequada como resposta à violação ao ordenamento jurídico.

Assim começaram as primeiras manifestações quanto as penas alternativas à pena de prisão.

4. SURGIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS

4.1 – Regras de Tóquio

Constatada que a pena privativa de liberdade não alcançava mais o seu fim precípua, isto é, a ressocialização do infrator, o mundo passou a repensar os sistemas punitivos existentes e vigentes, buscando criar novas maneiras de punição diversas da pena de prisão, que viessem a alcançar o objetivo primordial.

Diante deste quadro e considerando os ideais contidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, organizações internacionais deram início a um projeto de estudos para implementarem a aplicação efetiva de medidas não privativas de liberdade.

As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos foram adotadas no primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinvente, realizado na Suíça entre os meses de agosto e setembro de 1955, com o intuito de recuperar o delinvente submetido ao cárcere.

No sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinvente, a ONU, considerando os altos índices de criminalidade e reincidência, reconheceu a necessidade de implantação de alternativas para a pena privativa de liberdade e para tanto, editou a Resolução nº 08.

Concluídos os estudos, foram apresentados no oitavo Congresso das Nações Unidas para prevenção do Delito e Tratamento do Delinvente realizado em Havana (Cuba) entre agosto e setembro de 1990 o projeto que teve aprovação da Assembléia Geral e originou a Resolução nº 45/110 de 14 de dezembro de 1990 o qual estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade, as quais ficaram conhecidas como Regras de Tóquio.

As Regras de Tóquio consistem em um manual de instruções completo sobre a operacionalização de medidas não-privativas de liberdade em todas as fases processuais da Justiça Penal, sendo normas norteadoras das políticas de aplicação de penas e medidas alternativas à prisão.

Assim, ao lado da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, as Regras de Tóquio também passaram a ser consideradas dentro deste contexto, como instrumentos internacionais sobre direitos humanos,

tendo, inclusive, influenciado na edição da Lei nº 9.714 de 1998 e estimulado a efetiva aplicação das penas alternativas no sistema penal brasileiro.

4.2 – Origem dos novos caminhos alternativos na legislação penal brasileira

Até o início do século XX a legislação penal brasileira não se preocupou em adotar institutos jurídicos que fossem alternativos ao sistema de privação da liberdade.

Em 1906 foi apresentado à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei de autoria do deputado federal Esmeraldino Bandeira, visando a regulamentação do instituto da suspensão condicional da pena⁹.

Somente após dezesseis anos do referido projeto é que o Congresso Nacional providenciou elaboração e votação de lei autorizando o Poder Executivo a promover uma reforma no sistema penitenciário, para tornar efetivo o livramento condicional e criar a suspensão condicional da pena, o que se verificou somente através do Decreto nº 16.588 de 05 de setembro de 1924.

A primeira tentativa de humanizar um pouco o Código Penal Brasileiro deu-se com a Lei nº 6.416 de 1977, que reestruturou o sistema de penas e criou legalmente, o sistema progressivo, com os regimes fechado, semiaberto e aberto.

Todavia, o sistema de medidas repressivas ao ilícito penal foi o objetivo principal da Reforma Penal de 1984 que alterou o Código Penal vigente desde 1940 e instituiu a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), no qual efetivamente pode-se observar a introdução das alternativas à pena de prisão.

Assim, pode-se dizer que, quanto às penas alternativas, estas só foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma de 1984 que entrou em vigor em 1985, através da Lei nº 7.209/84.

A maior inovação da referida Reforma Penal, que ainda manteve a prisão como a coluna vertebral do sistema, foi a superação do sistema duplo binário de reações penais, passando a adotar o sistema vicariante: “pena ou medida de segurança”, muito embora, como observa Heleno Cláudio Fragoso, ontologicamente sem distinção, eis que ambos têm caráter aflitivo e implicam perda de bens jurídicos imposta ao autor do fato que a lei define como crime, são categorias distintas: a pena é baseada na culpabilidade, a medida de segurança tem

⁹ COSTA, Tailson Pires. *Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo a impunidade?* 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. p. 74.

por fundamento a periculosidade do indivíduo; a pena tem cunho ético e é fundada no sentimento de justiça e retribuição pelo delito, a medida de segurança destina-se à segregação e readaptação do sujeito antissocial, baseando-se na utilidade social; a pena é afliativa e proporcional à gravidade do crime, a medida de segurança somente leva em conta o fato como um sintoma de periculosidade, enquanto a pena busca a reafirmação do ordenamento jurídico, além da prevenção geral e especial, a medida de segurança atende somente aos fins preventivos especiais¹⁰.

Ademais, foram introduzidas as penas restritivas de direitos como substitutivas da pena privativa de liberdade, com duração idêntica da pena substituída e dividida em: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, seguindo orientação então prevalente de reconhecimento dos efeitos maléficos do cárcere e procura de soluções alternativas à prisão, restrita aos casos de reconhecida necessidade.

Após isso, e visando dar cumprimento ao dispositivo contido no artigo 98, I da Constituição Federal foi promulgada a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, objetivando solucionar de forma mais célere, as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as infrações a que a lei cominava pena máxima não superior a 01 (um) ano (artigo 61 da Lei nº 9.099/95). Na referida lei, observou-se ainda a possibilidade da suspensão condicional do processo para os crimes cuja pena mínima cominada fosse igual ou inferior a um ano (artigo 89 da Lei nº 9.099/95) e a possibilidade de composição civil dos danos para as infrações de menor potencial ofensivo (Artigo 72 da Lei nº 9.099/95).

Sustenta Maurício Antônio Ribeiro Lopes que, “a estrutura fundada pela Lei 9.099/95 estabelece um sistema mais elástico do que o conceito clássico de sistema penal¹¹”.

Criou-se, assim, um novo processo, com um rito diferenciado, introduzindo no mundo jurídico um novo sistema, ou ainda melhor, um novo microssistema de natureza instrumental e obrigatória destinada à rápida e efetiva atuação do direito.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes *in verbis*:

Doravante, para bem se compreender o sistema de Justiça Penal brasileiro, deve-se partir da premissa de que dentro dele existem dois subsistemas: o clássico, que privilegia o encarceramento porque acredita na função dissuasória da prisão, e o alternativo, que procura sancionar o infrator

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 50-52.

¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 374.

conforme a gravidade da infração, com penas e medida alternativas, isto é, sem retirá-lo do convívio familiar, profissional e social¹².

Na seara do sistema de penas, observa-se a ampliação dos momentos de utilização dos substitutivos penais, ao se analisar o tratamento diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo, com a possibilidade de conciliação entre os envolvidos e transação com o Ministério Público, mediante aceitação de aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, e ainda a suspensão condicional do processo¹³.

Diante do quadro caótico apresentado pelo sistema punitivo brasileiro, o legislador, inspirado nos ideais humanitários e na tendência despenalizadora contida nas Regras de Tóquio, editou a Lei 9.714/98 buscando outras soluções para os infratores que não oferecessem tanto risco a paz e a segurança da sociedade.

Nestas novas linhas do sistema penal brasileiro, se ampliaram com o advento da Lei 9.714 de 26 de novembro de 1998, que ficou conhecida como a “Lei das Penas Alternativas”, aumentando as hipóteses de substituição à pena privativa de liberdade.

Referida lei surgiu ante a precariedade do sistema punitivo vigente, o qual apresentava como núcleo a pena privativa de liberdade, muito embora a sua ineficácia quanto a ressocialização do apenado já tivesse sido constatada.

Ainda o Código de Trânsito (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997) e a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998) previram a aplicação de substitutivos penais em vários momentos da dinâmica penal especial, quer como penas autônomas, quer como objeto de transação penal ou suspensão condicional do processo.

Posteriormente, a Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, ampliou o rol de infrações de menor potencial ofensivo, considerando como tal, as infrações cuja pena não seja superior a 02 (dois anos).

A Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006 alterou o disposto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 estendendo ao âmbito Estadual a previsão trazida pela lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais Federais, no que tange as infrações de menor potencial ofensivo¹⁴.

Desta forma, as penas alternativas foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio com a intenção implícita de proteger a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96.

¹³ Nesse sentido confira-se o disposto nos artigos 72, 73, 74, 76 e 89 da Lei 9.099/95.

¹⁴ A nova redação dada ao artigo 61 da Lei nº 9.099/95 assim estabelece: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

esculpido na Constituição Federal (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que observa a necessidade de propiciar a estes, condições para uma vida digna, na medida em que não tem por objetivo constranger a liberdade de ir e vir do cidadão, e sim provocar um abalo na sua posição social, alterando seu *status* perante o meio em que vive, sem, entretanto, removê-lo ou isolá-lo da coletividade.

Cezar Roberto Bitencourt salienta que na Reforma Penal de 1984 as denominadas “penas restritivas de direitos” foram utilizadas com caráter substitutivo. Posteriormente, a Lei 9.099/95, com sua política criminal consensual descarcerizadora, prevê a aplicação de penas restritivas de direito com caráter alternativo à pena de prisão, e o Código de Trânsito Brasileiro alcança as penas restritivas de direitos à condição de pena principal, utilizando-as até mesmo cumulativamente com a pena privativa de liberdade¹⁵.

Na linha institucional das políticas públicas, no ano de 2000 foi criada a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento das Penas Alternativas do Ministério da Justiça, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça bem como o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas.

Convém destacar que através da Portaria nº 153 do Ministério da Justiça, publicada no Diário Oficial da União de 27 de fevereiro de 2002, se deu origem ao Manual de Monitoramento das penas e medidas alternativas, lançado em Brasília em dezembro de 2002.

4.3. Aplicação e Cominação das Penas Restritivas de Direito

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, sendo necessário que o juiz após analisar as circunstâncias elencadas no “caput” do artigo 59 do Código Penal, determine a quantidade da pena imposta, para verificar a sua aplicabilidade.

Ao ser fixada a quantidade final da pena privativa da liberdade, e, caso esta não seja superior a 4 (quatro) anos, ou se o delito for culposo independentemente da quantidade da pena imposta, o juiz verificará, imediatamente, a possibilidade de substituição da pena de prisão por uma das penas restritivas de direitos.

Presentes todos os requisitos necessários para a substituição, o juiz deverá proceder à substituição, por se tratar de um direito público subjetivo do sentenciado, não cabendo

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 104-130.

discricionariiedade ao juiz para decidir sobre a substituição ou não da pena, existindo apenas a discricionariiedade quanto à escolha da pena restritiva de direitos a ser aplicada, devendo, neste aspecto, ser considerada à personalidade e habilidades do sentenciado.

Não existe cominação das penas restritivas de direito de forma independente na parte especial do Código Penal, isto porque, basta o preenchimento dos requisitos essenciais para a substituição, para que ocorra a sua aplicação.

4.4. Pressupostos necessários à substituição

Para haver a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, faz-se necessário o implemento de pressupostos objetivos e subjetivos, estabelecidos no artigo 44 do Código Penal, os quais devem estar presentes concomitantemente, pois, na falta de um deles, não será admitida a substituição.

Os pressupostos estabelecidos pelo referido dispositivo são de duas ordens: de ordem objetiva, referente ao crime e a pena, e, de ordem subjetiva, referente à pessoa do condenado, cumprindo analisar cada um destes pressupostos.

4.4.1. Pressupostos Objetivos

Verifica-se através da análise do disposto no artigo 44 do Código Penal que os pressupostos de ordem objetiva referem-se à quantidade da pena privativa de liberdade imposta na sentença; a natureza da infração cometida e a forma de cometimento desta.

Quanto ao primeiro pressuposto, o legislador estabeleceu um limite quantitativo da pena privativa de liberdade fixada na sentença, limite este de 4 (quatro) anos para os crimes dolosos, independentemente do máximo da pena cominada abstratamente ser superior aos quatro anos. Todavia, com relação aos crimes culposos, o legislador não utilizou o mesmo critério dos crimes dolosos, isto é, a aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos independe do *quantum* fixado na sentença.

Os demais pressupostos referem-se à natureza da infração e a sua forma de cometimento. Desta forma, para que seja aplicada a pena restritiva de direitos em substituição à privativa de liberdade, faz-se necessário que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Caso sejam verificadas estas circunstâncias, prejudicada estará referida substituição, considerando-se, aqui, não só o desvalor do resultado da conduta praticada, mas, fundamentalmente, o desvalor da ação, que nos crimes violentos, é, sem

dúvida, muito maior, e, conseqüentemente, seu autor não deve merecer o benefício da substituição.

4.4.2. Pressupostos Subjetivos

O primeiro pressuposto subjetivo refere-se à reincidência, que consiste no cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença que no país ou no estrangeiro, tenha condenado por crime anterior, conforme preceitua o artigo 63 do Código Penal.

Veja-se que o artigo 44, inciso III do Código Penal prevê a reincidência específica, ou seja, aquela em que o agente comete dois delitos dolosos da mesma espécie.

Para que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos seja possível, o réu não poderá ser reincidente em crime doloso. Caso o novo crime ou o anterior seja culposos, não se verificará tal óbice, bem como, se os dois delitos forem da modalidade culposa.

O segundo pressuposto diz respeito às circunstâncias subjetivas que estão diretamente vinculadas ao condenado, também conhecidas como circunstâncias judiciais, isto é, a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social e a sua personalidade, bem como se os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição será suficiente (artigo 44, III, do Código Penal).

Desta forma, o juiz só decidirá pela substituição se estiverem presentes todas estas condições essenciais elencadas na legislação penal sem as quais, fica inviabilizada a aplicação da substituição.

4.5. Modalidades de Penas Restritivas de Direitos estabelecidas no Código Penal

A lei nº 9.714/98 ampliou o rol das penas restritivas de direitos, acrescentando ao artigo 43 do Código Penal, a pena de perda de bens e valores e a pena de prestação pecuniária.

Referida lei criou também uma nova modalidade de pena de interdição temporária de direitos, qual seja, a pena de proibição de frequentar determinados lugares (artigo 47, IV, do Código Penal), além das já anteriormente previstas pela legislação penal.

4.5.1. Prestação Pecuniária

A pena de prestação pecuniária, segundo a definição contida na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 45 do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Verifica-se que o objetivo desta modalidade de pena restritiva de direitos é reparar o dano sofrido pela vítima em face da infração penal, tendo a natureza de multa reparatória.

O valor da prestação pecuniária será fixado pelo juiz na sentença condenatória, observado o valor mínimo e máximo fixados pelo artigo 45, parágrafo primeiro do Código Penal, levando-se em conta o valor do prejuízo da vítima. Poderá, de acordo com as circunstâncias do caso, determinar a forma de pagamento.

O artigo 45, parágrafo primeiro do Código Penal em sua segunda parte, prevê a dedução do valor pago a título de prestação pecuniária do montante de eventual condenação do infrator e ação de reparação civil, caso os beneficiários sejam coincidentes.

O parágrafo segundo do artigo 45 do Código Penal estabelece a possibilidade da conversão da prestação pecuniária em prestação de outra natureza se houver aceitação do beneficiário.

Convém ressaltar que a prestação pecuniária, embora pareça ser semelhante com a pena de multa, difere-se desta, pois aquela se trata de pena substitutiva enquanto esta se trata de uma espécie de pena que pode ser aplicada de forma isolada, cumulativa ou alternativa; aquela tem a natureza reparatória e esta tem caráter retributivo, aquela é fixada em salários-mínimos enquanto que esta é fixada em dias-multa, aquela é destinada à vítima ou seus dependentes e esta é destinada ao Fundo Penitenciário.

4.5.2. Perda de Bens e Valores

A perda de bens e valores está prevista no parágrafo terceiro do artigo 45 do Código Penal o qual dispõe que a perda de bens e valores pertencentes ao condenado dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do fundo penitenciário nacional, e seu valor será fixado considerando-se como teto o que for maior: o prejuízo causado a vítima pela infração penal ou o proveito pelo agente ou por terceiro.

Essa modalidade de pena restritiva de direitos está prevista na alínea “b” do inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, mas trata só de perda de bens. Já a perda de valores foi uma inovação trazida pela Lei nº 9.714/98.

Os bens passíveis de serem restringidos por tal sanção são todos os bens corpóreos, móveis ou imóveis, e incorpóreos que possuem conteúdo econômico, enquanto os valores são todos os papéis e títulos suscetíveis de valor econômico, como por exemplo um título de crédito e ações.

A legislação penal fixou como destinatária dos bens ou valores arrecadados por essa pena o Fundo Penitenciário brasileiro. Mas, o dispositivo pertinente à pena, ora em comento, fez uma ressalva quanto a legislação especial, de modo que o produto da perda de bens e valores, excepcionalmente, caso haja previsão em lei especial, será destinado a outras entidades e fins.

4.5.3. Prestação de Serviços à Comunidade

A prestação de serviços a comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas a serem executadas em escolas, orfanatos, hospitais e outros estabelecimentos congêneres em programas estatais ou comunitários. Essas tarefas são atribuídas ao apenado conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas em dias e horários em que não prejudique a sua jornada normal de trabalho.

Esta modalidade de pena restritiva de direitos tem se mostrado, com o passar do tempo, ser a alternativa penal de maior eficácia no processo de ressocialização do apenado, por ser uma sanção educativa que possibilita ao apenado uma reflexão sobre a influência de sua conduta na sociedade através da capacidade transformadora do trabalho prestado.

O trabalho imposto ao condenado é de grande importância, e, embora gratuito, posto que inexistente vínculo empregatício entre aquele e o Estado, como salienta Luiz Regis Prado, “não implica em trabalho forçado, dado que a gratuidade, *in casu*, constitui ônus para o condenado, assumindo aí o seu caráter retributivo ou expiatório, sem o qual a prestação de serviços à comunidade não seria uma pena propriamente dita. Demais disso, enquanto a pena de prestação de serviço é aplicada por tempo limitado, considerando a proporcionalidade entre a pena e o delito, bem como a aptidão do condenado, de sorte que o serviço a ser prestado como pena não se afasta da atividade exercida habitualmente, e também não prejudica o seu

exercício, as penas de trabalhos forçados caracterizam-se, em geral, por serem perpétuas submetendo os condenados a atividades penosas¹⁶.”

Essa medida é aplicada somente às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade (artigo 46 do Código Penal), de modo que, na hipótese de condenação inferior a este limite, a substituição é admitida, em tese, somente pelas demais espécies (artigo 43, I, II, V e VI do Código Penal).

Tal medida é cumprida na proporção de uma hora de serviço por um dia de condenação. Logo, as tarefas a serem realizadas têm uma duração de sete horas semanais, devendo ser exercidas em horário compatível com outras obrigações do apenado. Oportuno salientar que as tarefas serão atribuídas ao condenado considerando as suas aptidões.

Caso seja imposta ao condenado uma pena superior a um ano, é facultado a ele cumprir a pena substituída em menor tempo, mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (artigo 46, parágrafo 4º do Código Penal).

Não só os apenados são beneficiados com a aplicação da prestação de serviços a comunidade, na medida em que através desse trabalho, existe a possibilidade de aprendizado de novas atividades laborativas que futuramente poderão auxiliá-los, como também, a sociedade e as entidades sociais beneficiadas pela mão-de-obra gratuita e muitas vezes qualificadas, acabam sendo beneficiadas com esta aplicação, na medida em que acabam economizando a verba que seria gasta para o custeio daquela atividade.

Por fim, cabe destacar ainda que a entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre a ausência ou falta disciplinar (artigo 150, da Lei de Execução Penal – 7.210/84).

4.5.4. Interdição Temporária de Direitos

Esta modalidade de pena restritiva de direitos visa inibir abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais inerentes a cada atividade, tendo pois grande reflexo econômico.

A interdição temporária de direitos, tem por escopo impedir que o infrator continue a praticar a atividade ou os atos, através dos quais delinquiram, evitando deste modo que o condenado incorra em nova conduta delituosa, reduzindo, assim, a reincidência.

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 571

A sanção ora em questão se divide em: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e proibição de frequentar determinados lugares.

4.5.4.1. Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo

Com esta espécie de pena de interdição temporária de direitos, o legislador buscou abranger toda e qualquer atividade desenvolvida por quem usufrui da condição de funcionário público. A suspensão temporária perdurará o mesmo tempo da duração da pena privativa de liberdade substituída.

Sua aplicação é particularmente indicada nas hipóteses de violação do dever funcional relativo ao regular desempenho de cargo público (lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente), função pública (conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais) ou atividade pública (toda aquela remunerada ou não, desenvolvida em benefício do Estado e sujeita a nomeação, escolha ou designação pelo Poder Público).

Cezar Roberto Bitencourt afirma que é indispensável que a infração penal tenha sido praticada com violação dos direitos inerentes ao cargo, função ou atividade. Não é necessário, porém, que se trate de crime contra a Administração Pública; basta que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe¹⁷.

Após o cumprimento da pena, o condenado, em não havendo impedimento de ordem administrativa, poderá voltar a exercer sua atividade normalmente.

Mister destacar que a interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo não se confunde com sua perda, já que esta é efeito da condenação (artigo 92, I, do Código Penal) que advém quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração Pública ou quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

¹⁷ *Idem, ibidem.*

4.5.4.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilidade especial, licença ou autorização do Poder Público

Esta modalidade de pena restritiva de direitos é muito específica, pois só poderá ser aplicada aos crimes cometidos no exercício da atividade (ocupação remunerada ou não), ofício (trabalho não especializado e remunerado, geralmente manual) ou profissão (trabalho especializado e remunerado de natureza intelectual) e se houver violação dos deveres a estas inerentes (art. 56, CP).

Isto porque, algumas profissões exigem autorização do poder público ou habilitação especial, isto é, requerem inscrições em Conselhos Regionais (advogados, médicos, engenheiros), cursos superiores ou técnicos, registros especiais, licenças, dado que devem ser rigorosamente fiscalizadas e controladas pelo poder público.

Cumprindo ainda ressaltar que, não afasta a aplicação da medida em exame, a aplicação de sanções de natureza extrapenal, tais como a suspensão de exercício profissional infligida por Conselho Regional de Engenharia ou Medicina ou pela Ordem dos Advogados do Brasil.

4.5.4.3. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

Essa modalidade de pena alternativa consiste também em uma sanção específica por ter sido reservada exclusivamente aos delitos culposos de trânsito. Todavia isso não significa dizer que em todos os crimes culposos de trânsito o Juiz irá aplicar tal punição, podendo ser cominada outra pena restritiva de direitos dependendo das circunstâncias do fato.

A suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo já era prevista no artigo 47, III, Código Penal antes da vigência do novo Código de Trânsito Nacional (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997). Com esse novo diploma legal, a suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como pena principal, isolada ou cumulada com outras penas (artigo 292 do Código de Trânsito Brasileiro). A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor tem duração de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos (artigo 293, do Código de Trânsito Brasileiro) e, sendo o réu reincidente na prática de crime previsto no citado diploma, poderá o juiz aplicar a referida sanção sem prejuízo das demais que forem cabíveis (artigo 296, do Código de trânsito Brasileiro).

A intenção do legislador foi afastar do trânsito os motoristas negligentes ou imprudentes, que cometem delitos culposos, em face do alarmante crescimento da

criminalidade no trânsito, garantindo, com isso, a segurança tanto dos demais motoristas como dos transeuntes.

4.5.4.4. Proibição de frequentar determinados lugares

Com a edição da Lei nº 9.714/98, a proibição de frequentar determinados lugares foi inserida dentre as penas de interdição temporária de direitos, disposta no inciso IV do art. 47 do Código Penal.

Tal medida consiste na vedação do condenado em frequentar determinados lugares, porém urge ressaltar que o impedimento não pode englobar lugares indeterminados ou escolhidos aleatoriamente, devendo o lugar proibido ter relação direta com a conduta criminosa¹⁸.

Precisa-se ter presente que, para se justificar a proibição de frequentar determinados lugares, é indispensável que exista, pelo menos em tese, uma relação de influência criminógena com o lugar em que a infração penal foi cometida e a personalidade e/ou conduta do condenado e que, por essa razão, pretende-se proibir a frequência do infrator beneficiário da alternativa à pena privativa de liberdade. Desta forma, o juiz deverá consignar na sentença o lugar ou lugares os quais o apenado estará proibido de frequentar.

4.5.5. Limitação de Fim de Semana

A limitação de fim de semana é uma pena restritiva de direitos que consiste na obrigação de permanecer o condenado, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado para a efetiva execução dessa sanção (artigo 48, do Código Penal).

Tal pena alternativa objetiva fracionar as penas privativas de liberdade de curta duração, evitando que o condenado seja submetido ao ambiente carcerário, mantendo-o em casas de albergado ou estabelecimento adequado, durante dez horas do final de semana, sem prejudicar as atividades laborais e o convívio familiar e social do condenado.

Durante essa permanência na casa de albergado, aos condenados poderão ser ministrados cursos, palestras ou outras atividades (artigo 152 da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/884), evidenciando-se, assim, seu caráter educativo e ressocializador.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 148.

A casa de albergado, segundo o disposto no artigo 93 da Lei de Execução Penal consiste em prédio situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, caracterizado principalmente pela ausência de obstáculos físicos contra fuga, além de possuir aposentos para a acomodação dos presos, local adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (artigos 94 e 95 da Lei de Execução Penal).

Conveniente ressaltar que a limitação de fim de semana tem pouco, ou quase nenhuma, aplicabilidade, em face da inexistência dos estabelecimentos adequados para sua execução. Diante da crise econômico-financeira dos Estados e do descaso da Administração Pública para com o sistema penitenciário brasileiro, a omissão mencionada nunca foi suprida, inviabilizando quase que totalmente a aplicação dessa sanção, posto que são raros os locais destinados à execução da restrição.

Vale, por fim, destacar, que o estabelecimento designado para o cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana tem a incumbência de encaminhar relatório, além de comunicar, a qualquer tempo, a ausência o falta disciplinar do condenado.

4.6. Penas Alternativas na Legislação Extravagante

Não só no Código Penal Brasileiro se podem encontrar as penas restritivas de direitos, como também em legislações extravagantes, existe esta previsão, cabendo uma breve análise no que tange a esta previsão no Código de Trânsito Brasileiro e na Lei de Crimes Ambientais.

5. O CARÁTER PUNITIVO DAS PENAS ALTERNATIVAS

As alternativas penais, por serem formas de punição, mais adequadas aos crimes de média ou pequena gravidade, não deixam de ser punitivas e, portanto, devem ter uma carga de reprovação ética da conduta do infrator. No entanto, a ausência de reflexão e de critérios seguros da proporcionalidade e equivalência entre o crime e a sanção não carcerária, ante a ênfase ao conteúdo reabilitador e substitutivo ao encarceramento é um fator que deve ser analisado.

Ao tempo em que se reconhece a importância de sanções não encarceradoras como resposta penal para os crimes considerados de média ou pequena relevância e lesividade, identificam-se, ainda, questões éticas que muitas vezes são subestimadas pela empolgação com que o tema é tratado, principalmente no que tange a proporcionalidade na escolha do tipo de pena e o modo de seu cumprimento em relação à gravidade da conduta ilícita, a individualização da resposta penal, bem como a intensidade da intervenção na vida tanto do agente infrator quanto de terceiros e da sociedade.

Para abordar essa questão, é necessário redimensionar a concepção de que “qualquer coisa é melhor do que a prisão”, concepção esta que deriva do senso comum de, por ter feito algo de errado, ninguém pode reclamar da pena que lhe foi imposta.

Por entender que essa máxima parte de um raciocínio artiloso, sendo a prisão a pior das penas, a ninguém é dado recusar a alternativa dada. Porém, as alternativas penais não podem apenas ser associadas aos ideais utilitários ou meramente como substitutivas da prisão, devem ser consideradas verdadeiras formas mais racionais de punição aos crimes de médio e pequeno potencial ofensivo.

As penas não carcerárias não perdem a sua natureza punitiva, bastando que o grau de severidade reflita o grau de censura atribuída à conduta ilícita do indivíduo. Devem ser consideradas como manifestação do poder estatal na vida do indivíduo e da comunidade, pois implicam em restrições de direitos e de liberdades em determinados horários, supervisão e mesmo intromissão externa no ritmo de vida e muitas vezes na intimidade do indivíduo, quer por aparatos eletrônicos, como por visitas domiciliares, por exemplo, e, por diversos outros modos.

Não significa a pena somente a privação de um bem jurídico, mas também significa a censura e a desaprovação da comunidade sobre a conduta do infrator, para que este reflita e reavalie as suas ações. Como o objetivo da pena é a reflexão do infrator para que ele assuma a

sua ação lesiva ante a comunidade e não volte a delinquir, a humilhação e o vexame perante a sociedade terão o efeito oposto ao desejado nele e na comunidade.

Por isso, a pena imposta deve ser do tipo que possa ser suportada com dignidade pelo indivíduo a ela submetido. Os indivíduos devem ser capazes de cumprir a pena imposta com dignidade, reconhecendo a culpa ou protestando por sua inocência. Mas na condição de pessoas, e não de objetos ou coisas. O indivíduo pode suportar a privação de muitos bens e liberdades com dignidade, mas é difícil manter-se digno ao ser submetido a rituais humilhantes.

Pertinente, neste aspecto, o brocardo cunhado por Miguel Reale Júnior tratando as reformas legislativas nos anos de 1990 como *mens legis insana* que, sob a justificativa de introduzir alternativas menos degradantes e mais modernas ao cárcere, retirou a coerência e logicidade do sistema de penas amplamente debatido em 1984, possibilitando a imposição de reações penais arbitrariamente desenhadas, sem o devido processo legal, com a quebra da proporcionalidade estabelecida pela culpabilidade e com vistas a resolver o problema de morosidade da justiça criminal¹⁹.

O reflexo da minimização estatal e da conseqüente incapacidade de fazer frente às necessidades sociais transformou, por completo, os parâmetros precedentes de segurança e controle social, fazendo com que cada vez mais a sociedade se tornasse descrédula da intervenção estatal como meio de controle social.

Diante desta situação, o aumento do Estado repressor e a utilização do direito penal como fator de controle social, em substituição às políticas públicas de proteção social são características do mundo atual, decorrente da lógica do capital e da exigência de diminuição da responsabilidade social.

Isso porque nas atuais condições, o Estado penal é desenvolvido para responder as desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e diversos outros fatores que acabam por desviar a finalidade do Estado quanto a punição para situações que efetivamente lesem bens jurídicos mais relevantes e que, portanto, dependeriam da intervenção estatal penal para a sua proteção, atraindo-a para situações que não mereceriam a intervenção penal para serem resolvidas.

A crise do sistema econômico e político, leva o direito penal a uma degeneração justificada pela urgência dos fenômenos que é chamado a enfrentar e a multiplicidade de áreas

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Mens legis insana in corpo estranho*. In _____. Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas – Lei nº 9.714/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 23-61.

que deve controlar. O direito penal deixa de ser subsidiário e passa a ser considerado como a panaceia com a qual se pretende enfrentar os mais diversos problemas sociais e se transforma ao mesmo tempo num instrumento repressivo e simbólico.

Juarez Cirino dos Santos observa que a explicação real para adoção dos substitutivos penais tem origem na crise fiscal do Estado e na sua incapacidade financeira de arcar com o custo do preso. Salienta o autor, que, muito embora acolhida como consequência de uma suposta humanização do direito penal, a busca de alternativas a pena de prisão deve-se mais à alteração da estrutura econômica da sociedade capitalista, ampliando e redefinido o controle da população criminalizada através de formas alternativas de penas e novas modalidades de controle social²⁰.

Desta forma, mesmo ao estabelecer as penas não carcerárias como substitutivas da prisão e impeditivas da ação criminógena do cárcere, mantém-se a prisão como centro da política penal e forma principal de punição, aperfeiçoada agora com o novo rigor retributivo para os crimes considerados mais graves.

Como adverte Alessandro Baratta, numa sociedade livre e igualitária e no desenvolvimento que conduz a ela não basta substituir a gestão autoritária por uma gestão social de controle da conduta desviante, mas rever o próprio conceito de desvio, fazendo perder progressivamente a conotação exclusivamente normativa para recuperar significados e funções diferentes, não exclusivamente negativos. Afirma Baratta que a sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de espaço à expressão do diverso, porque

a diversidade é exatamente o que a igualdade garante, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem e consequente maximalização na contribuição criativa e crítica do homem para a edificação e para o enriquecimento de uma sociedade de livres produtores, na qual os homens não se encontrem disciplinados como simples portadores de papéis, mas sejam respeitados como portadores de capacidade e de necessidades positivas²¹.

As alternativas penais são apresentadas como a humanização do direito penal, por serem alternativos ao cárcere. Entretanto, apontadas como fator de redução da população prisional, estas alternativas são aplicáveis somente nas hipóteses de crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, que não admitiriam a manutenção dos infratores na prisão, exceto os multi-reincidentes, pelo que não reduzem o número de presos e tampouco diminuem os

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.78-80.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1999, p. 21.

custos na execução penal, eis que com a ampliação do número de pessoas submetidas ao controle penal, ocorre a conseqüente necessidade de planejamento e contínuo investimento público para a adequada execução dos programas criados.

Assim, não obstante ao avanço consistente em ampliar as alternativas à pena de prisão, vale o alerta de Cezar Roberto Bitencourt de que o incentivo aos substitutivos penais no sistema penal brasileiro não pode ser visto isoladamente. Ressalta o autor que a principal causa da não aplicação das penas restritivas de direitos e dos regimes progressivos de cumprimento de pena de prisão introduzidos pela Reforma Penal de 1984 não foi somente a mentalidade dos juristas, como se apregoa, mas principalmente, a falta de investimentos do Estado no setor, o que impossibilita um cumprimento efetivo e eficaz da medida eventualmente imposta²².

Na mesma linha de raciocínio, Alberto Silva Franco salienta que desde a Reforma de 1984, prevalecia o “toque de realismo” das penas restritivas de direitos ante aos precários recursos financeiros e operacionais que o Estado destina á questão penitenciária, ainda que a sua previsão legal possibilitasse um espaço para um posicionamento crítico e criativo em relação às penas privativas de liberdade²³.

Verifica-se, que entre a pena de prisão e a impunidade das violações dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, existe um grande espaço a ser ocupado pelas sanções penais diversas da privação da liberdade.

René Ariel Dotti assevera que numa sociedade fundada na dignidade, justiça e segurança, a pena criminal é um dos instrumentos para enfrentar a criminalidade, mas não o único, pois dentro do sistema penal existem muitos tipos de sanções penais idôneas para o combate à violência e criminalidade, sem significar a renúncia ao poder de punir do Estado, num repertório diferenciado e melhor adequado a combater os crimes e prevenir a reincidência²⁴.

As penas alternativas são menos degradantes do que a pena privativa de liberdade, cuja iniquidade é notória na realidade, especialmente nas condições de superlotação das prisões dos países subdesenvolvidos. Tal condição, no entanto, não autoriza olvidar que as alternativas à pena de prisão são respostas punitivas à prática de um ilícito penal e que, assim, devem ser tratadas.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 70-72.

²³ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 134.

²⁴ DOTTI, René Ariel. Ob. cit., p. 318-319.

Em última análise, o fracasso da pena de prisão como resposta penal ao ilícito nas sociedades contemporâneas, pelas condições degradantes, aflitivas e contraproducentes em que é executada na grande parte dos países e em especial nos países periféricos, e sobretudo pelos altos custos econômicos e políticos e ineficácia para a execução do exercício do controle social difuso exigido pelo atual momento socioeconômico, levou às sanções substitutivas e alternativas punitivas ao cárcere.

Com a crise da pena de prisão, principal resposta ao ilícito penal, e a tendência da expansão dos domínios do direito penal, a busca de sanções alternativas visa, acima de tudo, relegitimar o controle social por parte do Estado.

As alternativas penais como sanções eficazes para acabar com a sensação de impunidade que assola a sociedade brasileira, necessitam não só de políticas públicas eficazes e fiscalizadoras, como também, e principalmente, do envolvimento comunitário para viabilizar a sua execução, numa proposta mais difusa de controle do crime e principalmente numa conscientização da sociedade quanto ao caráter punitivo que elas apresentam.

A sociedade precisa compreender que a adoção indiscriminada da pena de prisão, além de economicamente inviável, é principalmente ineficaz. Essa nova política em favor das penas alternativas é fruto da constatação empírica, corroborada por outros países, de que mandar pura e simplesmente mais pessoas para a prisão não tem contribuído para a diminuição dos índices de criminalidade.

Adequadamente aplicadas, as penas alternativas têm se demonstrado um instrumento muito mais eficiente que a prisão para controlar a criminalidade, além de mais humano e mais barato, pois envolve a sociedade na responsabilidade de reinserção social do condenado.

As penas alternativas não se constituem na panaceia da criminalidade, mas dela se poderão extrair decisões mais adequadas às infrações e aos anseios da sociedade, com sentido educativo determinado pelo ideal humanitário, procurando adaptar as sanções à personalidade do condenado, estendendo o tratamento criminal em liberdade, apoiando a pena com medidas assistenciais de tutela social, orientando a execução da pena a ressocialização do condenado e, acima de tudo, com um esforço de substituição da pena carcerária por outras penas ou tratamento criminal em liberdade.

CONCLUSÃO

Considerando tudo o que foi pesquisado, exposto e comentado, algumas conclusões podem ser extraídas, que apontam para a necessidade de aprofundamento da reflexão sobre o tema, principalmente, no que tange a conscientização e o engajamento da sociedade para a viabilização de uma melhor aplicação das penas alternativas.

Nesse sentido conclui-se:

1. A aplicação das penas e medidas alternativas começou a avançar, com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, recomendadas pela ONU, com a finalidade de se instituírem meios mais eficazes de melhoria na prevenção da criminalidade e no tratamento dos delinquentes.
2. A busca por alternativas à pena de prisão faz parte da tendência mundial de expansão do direito penal, com o recrudescimento da punição e ampliação do controle social pelo sistema penal.
3. A prisão permanece como sendo a coluna vertebral do sistema de penas, mas esta deve ser reservada para os casos de maior gravidade, aplicando-se aos crimes de menor gravidade as alternativas existentes na legislação penal.
4. No Brasil existem diversas modalidades de penas alternativas, entretanto, a falta do aparato judicial para o efetivo cumprimento das penas estabelecidas pela legislação acaba por muitas vezes dificultando a sua aplicação.
5. Como pontos positivos referentes à aplicação das penas alternativas podemos citar algumas vantagens éticas e pecuniárias: a) diminuição da população carcerária.; b) evitar que o condenado não perigoso tenha o primeiro contato com o sistema prisional causando danos de difícil reparação; c) uma efetiva recuperação do réu condenado, principalmente com a pena de prestação de serviços à comunidade; d) redução da reincidência, evitando-se a estigmatização do cárcere; e) permitir ao juiz adequar a pena à gravidade objetiva do fato; f) permitir que o condenado não seja afastado do seu meio social; g) capacitação dos responsáveis por acolher os condenados; h) diminuição dos custos do sistema penitenciário e redirecionamento das verbas para os problemas de violência mais agudos; i) mão de obra gratuita para as entidades que irão receber os condenados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. v. III.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11.ed. Curitiba: Hemus, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- COSTA, Tailson Pires. *Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo à impunidade?* 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1997.v. I.
- NORONHA, Eduardo Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 11-58

REALE JÚNIOR, Miguel. Mens legis insana in corpo estranho. *In* _____. Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas – Lei nº 9.714/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.