

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

HUGO PAULINELE PEREIRA DE LIMA

**UM BREVE ESTUDO ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO
INSTRUMENTO EFICIENTE E OTIMIZADOR DO PROCESSO DE
RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.**

NATAL – RN

2015

HUGO PAULINELE PEREIRA DE LIMA

**UM BREVE ESTUDO ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO
INSTRUMENTO EFICIENTE E OTIMIZADOR DO PROCESSO DE
RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN,

Orientador: Prof. Dr. Fernando Alves.

Área de Concentração: Direito Penal e Processual Penal

NATAL – RN

2015

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Lima, Hugo Paulinele Pereira de.

Um breve estudo acerca das penas alternativas como instrumento eficiente e otimizador do processo de ressocialização do condenado no sistema penal brasileiro / Hugo Paulinele Pereira de Lima. – Natal, 2015. 57 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Alves .

Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Penas alternativas – Monografia. 2. Análise – Monografia. 3. Ressocialização – Monografia. 4. Direito Penal atual – Monografia. I.XXXXXXX. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.2

HUGO PAULINELE PEREIRA DE LIMA

**UM BREVE ESTUDO ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO
INSTRUMENTO EFICIENTE E OTIMIZADOR DO PROCESSO DE
RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte –
UNIRN como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Direito Penal e
Processual Penal.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Alves
Orientador

Prof.
Examinador (a) Titular

Prof.
Examinador (a) Titular

Prof.
Examinador (a) Suplente

A Deus, por me dar força e perseverança, e
a minha esposa e familiares pelo apoio e
confiança, sempre

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da sabedoria;

A minha esposa, pela paciência e apoio incondicional;

Aos meus familiares, pela dedicação e atenção prestadas;

Aos meus amigos, pelos momentos de descontração;

Ao meu orientador, que foi fundamental para a conclusão deste trabalho, e demais professores da Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN, pelos imensuráveis ensinamentos ao longo deste curso;

Enfim, a todos que colaboraram de forma direta ou indireta para a conclusão desta jornada.

“A prisão não são as grades e a liberdade não é a rua. Existem homens presos na rua e livres na prisão. É uma questão de consciência.”

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

A pena de prisão sempre teve como objetivo ressocializar o delinquente. Todavia, o que ela acabou proporcionando foi justamente o contrário, pois, hoje, convivendo com presos de um nível bem mais alto de periculosidade, aqueles que cometeram delitos de menor potencial ofensivo correm o risco de se tornarem grandes criminosos, transformando o estabelecimento prisional numa verdadeira “escola de bandidos”. No Brasil, essas mudanças também vêm ocorrendo, como se constata na Lei nº 9.714/1998 que aumentou as espécies de penas alternativas e ampliou a sua aplicabilidade, além da ênfase dada pelo Governo Federal na utilização das penas de prestação de serviço em substituição à pena privativa de liberdade, no Plano Nacional de Segurança. Como metodologia, utilizou-se basicamente a pesquisa bibliográfica através de livros e artigos relacionados ao tema. Sendo assim, é bastante relevante este trabalho que tem como objetivo analisar as penas alternativas no Processo Penal Brasileiro e sua efetividade no Direito Penal atual.

Palavras-Chave: Penas alternativas. Análise. Ressocialização. Direito Penal atual.

ABSTRACT

The prison sentence has always aimed to re-socialize the offender. However, she was just providing just the opposite, because today, living with prisoners at a much higher level of danger, those who have committed offenses of lower offensive potential risk of becoming serious offenders, making the prison a true “school of thugs”. In Brazil, these changes also have occurred, as noted by Law 9.714/98 that increased the kinds of alternative sentences and broadened its applicability, and the emphasis given by the Federal Government in the use of sentences of services in lieu of deprivation of freedom, the National Security Plan. The methodology used is basically a literature search through books and articles related to the topic. Therefore, it is quite relevant to this work is to analyze the alternative sentences in Brazilian Criminal Process before the effectiveness in the current criminal law.

Keywords: Sentencing alternatives. Analysis. Resocialization. Current criminal law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PENAS	10
2.1 ORIGEM DA PENA	10
2.2 CONCEITOS DE PENA	12
2.3 FINALIDADE DAS PENAS	13
2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS.....	17
3 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS	18
3.1 A COERÇÃO ESTATAL COMO FUNDAMENTO DE PUNIÇÃO OU REPARAÇÃO DO DELITO.....	18
3.2 O DIREITO PENAL COMO FUNDAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A TEORIA NEGATIVA DA PENA	19
3.3 O PODER E A DISCIPLINA COMO INSTRUMENTOS INERENTES À PENA	21
3.4 CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS	25
3.5 BREVE HISTÓRICO ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS	27
4 ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL DAS ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	30
4.1 REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO.....	36
5 IMPORTÂNCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO	39
5.1 AS PENAS ALTERNATIVAS NO CONTEXTO SOCIAL E NO BRASIL	42
6 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVIII, declara que a pena de prisão deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Entretanto, diante da precariedade em que se encontra a maior parte dos estabelecimentos penais brasileiros, resultante do aumento da criminalidade, acarreta uma situação de inobservância da finalidade destas prisões, no atual sistema carcerário.

Ressocializar é o objetivo principal, pelo menos teoricamente, da pena de prisão. Porém, o que a prisão acabou proporcionando foi justamente o contrário, pois, hoje, convivendo com presos de um nível bem mais alto de periculosidade, aqueles que cometeram delitos de menor potencial ofensivo correm o risco de se tornarem grandes criminosos.

Com a Lei nº 9.714/98, ocorreram algumas mudanças que aumentaram as espécies de penas alternativas e ampliaram a sua aplicabilidade, além da ênfase dada pelo Governo Federal na utilização das penas de prestação de serviço em substituição à pena privativa de liberdade.

Este trabalho apresenta algumas considerações sobre as penas, tais como origem, conceito, finalidade e evolução histórica, em que haverá algumas considerações dogmáticas acerca do poder punitivo e disciplinar do Estado e, também, explanação sobre a importância das penas alternativas no cumprimento da função de ressocialização, além de discutir a real aplicação das penas alternativas no contexto social e no Brasil.

Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica através de livros e artigos relacionados ao tema. Sendo assim, é relevante este trabalho que tem como objetivo analisar as penas alternativas como sendo um instrumento otimizador e eficiente no processo de ressocialização do condenado no Sistema Penal Brasileiro e da própria efetividade do Direito Penal atual.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PENAS

2.1 ORIGEM DA PENA

A origem da pena coincide com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e em todas as culturas. Tem o Direito Penal como objetivo principal proteger bens jurídicos, como: vida, liberdade, honra, propriedade e, dentre outros, reintegrar o indivíduo na sociedade.

A ideia da pena, em povos primitivos, surgiu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e, posteriormente, foi levada à categoria de direito.

É o que aponta Bitencourt (2009, p.21), *verbis*:

A pena tinha como significado maior a vingança com o propósito de revidar a agressão sofrida. “Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”), revoltadas com a prática de atos que exigem reparação. Nesta fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade.

É provável que as primeiras penas se encontrem vinculadas às relações totêmicas, onde grupos primitivos aliaram o poder temporal ao poder divino. Deus era o juiz, pela voz de seus representantes na terra.

Na maioria das vezes, os castigos apresentavam um caráter coletivo. Tal fato ocorria, segundo Pimentel (1998, p.118), porque o homem primitivo acreditava que a infração totêmica ou a desobediência *tabu* atraíam a ira da entidade sobrenatural ofendida sobre todo o grupo, caso este não punisse o infrator para desagrar a entidade; razão pela qual, todos participavam do ato de castigar o infrator, com o propósito de eximirem-se da vingança sobrenatural. Neste caso, a função da pena era reparatória.

Entretanto, grande parte dos juristas entende que a pena não tem uma definição genérica, válida para qualquer momento, pois cada código penal tem o seu próprio conceito legal, onde são elencadas sanções, cujas variações refletem as mudanças vividas pelo Estado. A pena é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal. Para René Ariel Dotti (1998, p.31):

A ideia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens.

Houve uma evolução histórica das penas impostas aos transgressores das normas, procurando dar um sentido maior de humanização no decorrer dos anos. No passado, era comum a prática de torturas, penas de morte, prisões desumanas, banimentos, acusações secretas. Nesses termos, Beccaria (1995) revoltou-se contra essa situação, invocando a razão e o sentimento, estabelecendo limites entre a justiça divina e a justiça humana, condenando o direito de vingança. Sua obra “Dos delitos e Das Penas” foi um avanço para a humanidade, muito elogiada por intelectuais e nobres. Nela, argumentava que, para não ser um ato de violência, a pena deve ser essencialmente pública, necessária, proporcional ao delito e determinada por lei. Portanto, as penas desumanas foram aos poucos sendo substituídas por outras mais humanas, que tivessem por finalidade a recuperação do delinquente.

Conforme Campos (2010, p. 25), há duas espécies de sanção penal: “1. A pena, aplicada aos agentes imputáveis, por tempo determinado; 2. A medida de segurança, aplicada aos agentes inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, por tempo indeterminado”.

No Sistema Penal Brasileiro adota-se a Teoria Mista e o entendimento doutrinário majoritário é que: enquanto a pena tem caráter retributivo preventivo (retribuição ao delito praticado e a prevenção a novos crimes), a medida de segurança:

É uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-inimputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado (CAMPOS, 2010, p. 25).

Outra diferença consiste no fundamento de sua aplicação, que para a pena baseia-se na culpabilidade e a medida de segurança na periculosidade. No entendimento de Carlota Pizzaro de Almeida (2000, p. 119):

A pena tem como fundamento, medida e limite, a culpa do indivíduo, enquanto a medida de segurança se funda na perigosidade, revelada nos

actos praticados e avaliada, a partir deles, na personalidade do agente'. Destaca ainda que o crime ou a inclinação para o crime, aparece como resultado de uma 'anomalia de caráter', uma aberração; e a inclinação para o mal é o fruto de elementos que impedem o desenvolvimento 'normal' da personalidade.

2.2 CONCEITOS DE PENA

O conceito de pena, segundo o autor Heleno Fragoso (1994, p. 279) é definido como “*a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime*”.

O conceito de pena dado pelo autor Fernando Capez (2002, p.319) já é mais amplo, onde define-se pena como:

Uma sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja função é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Com relação ao direito de punir, declara que o Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*), sendo tal direito exclusivo e indelegável.

Sobre a prisão-pena, Tourinho Filho (2006, p. 582) assevera o seguinte:

A prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada. Por mais que se queira negar, a pena é um castigo.

Segundo Tourinho, o cárcere não tem função educativa, é simplesmente um castigo, onde os castigados vivem ali como farrapos humanos, castrados até a esperança. Embora digam que a finalidade precípua da pena é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. Em face disso, a tendência no mundo de hoje é reservar a pena privativa de liberdade para os delitos mais graves.

O autor Germano Silva (1999, p. 41), assegura com veemência:

O conceito de sanção penal no direito penal moderno abrange as penas e as medidas de segurança, que, sendo ambas as consequências da prática de um facto objectivamente ilícito, se distinguem na medida em que a pena

traduz a reação jurídica à culpabilidade do delinquente pelo mal do crime enquanto a medida de segurança traduz a reação à perigosidade do delinquente. Só as penas são sanções no seu sentido próprio e seguem-se à culpabilidade do agente pelo crime praticado; sem culpa não pode ser aplicada uma pena. As medidas de segurança não têm verdadeiramente carácter sancionatório, mas são medidas de tutela jurídica que têm como pressuposto a perigosidade do agente revelado ou indiciada pela prática do facto típico.

A pena consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões, e é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal.

Na concepção atual, a pena é o castigo imposto pelo Estado a uma pessoa que infringiu as normas estabelecidas em lei, que praticou uma infração penal. Tal sanção, que deve ser proporcional ao crime praticado, tem como objetivo principal dar oportunidade ao criminoso de pensar sobre o crime cometido, reeducá-lo e readaptá-lo ao convívio social.

2.3 FINALIDADE DAS PENAS

No tocante a este tema vale a transcrição do capítulo XII da obra Dos Delitos e Das Penas onde Cesare Beccaria (1995, p. 62) aborda a finalidade das penas:

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta de um tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.

Para quase toda a doutrina do Direito Penal a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade é unânime. A pena seria um instrumento utilizado pelo Estado para coibir condutas lesivas, tornando possível a convivência em sociedade.

Na lição de Mirabete (2001, p. 243) “perde-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos grupamentos foram levados a adotar certas normas disciplinadoras, de modo a possibilitar a convivência social”. Nas antigas

civilizações, segundo o mesmo autor, predominava a ideia de castigo, de modo que a sanção mais frequentemente aplicada era a de morte, e a repressão alcançava o patrimônio do infrator, bem como seus descendentes, não havendo, então, a vigência do princípio da pessoalidade das penas, que impede a penalização de outras pessoas além do delinquente.

Não resta dúvidas de que a repressão penal, por vários séculos, foi exercida primordialmente por meio da pena capital, que era, na maioria das vezes, executada de forma cruel. Foi somente no Iluminismo, período em que o Direito Penal se corporificou como ciência autônoma, que se iniciou um movimento verdadeiramente preocupado em relação à função das penas, bem como de sua legitimidade. Essas preocupações surgiram com o estabelecimento de um novo racionalismo acerca da Justiça, fundado num modelo jusnaturalista de Estado e de Direito, que estabeleceu o princípio da legalidade como garantia, e abriu a discussão acerca da função das sanções penais.

Segundo Zaffaroni et al. (2006, p. 92), em seu livro *Direito Penal Brasileiro*, a pena:

Delimita o horizonte de projeção do direito penal e seu universo deve abarcar a legislação manifesta, latente e eventualmente penal, indicando a sua forma de delimitação, mas não a própria delimitação em si, que se faz precisar com o conceito de pena.

Diversas teorias foram criadas no intuito de estabelecer o que é a pena, conferindo a esta uma função manifesta, afastando-a de outras formas de repressão estatal. Para a unanimidade dessas teorias a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém. Todas essas teorias positivas apresentam teses contraditórias e incompatíveis entre si. Cada teoria positiva da pena lhe impõe uma função manifesta diferente. Foram praticamente exauridos todos os caminhos lógicos para argumentar que a pena tem uma função racional: a função mais difundida nos últimos anos é a simbólica, que não passa de mais uma função positiva. Cada teoria positiva da pena implica uma teoria de direito penal. Tal fato é uma consequência lógica, já que de cada discurso legitimante se deriva uma função e um horizonte.

De acordo com Zaffaroni et al. (2006, p. 92): “Por conseguinte, as omissões dedutivas e as contradições dos autores em particular não o invalidam, sendo apenas prova de sua própria incoerência”.

Para esses autores o exercício do poder punitivo não é senão um capítulo do modelo de Estado de Polícia que sobrevive dentro de um Estado de Direito.

A legitimação do poder punitivo é também legitimação de componentes do Estado de Polícia atuando em detrimento do Estado de Direito. O Poder punitivo se legitimaria através da racionalização de suas funções manifestas e com a dissimulação do modo real de seu exercício (ZAFFARONI et al., 2006, p. 93).

Segundo os doutrinadores, não há dúvidas de que as teorias que seguem o direito penal liberal tradicional são as preferíveis. No entanto, elas não deixam de legitimar um Estado de Polícia.

No que diz respeito à coerência interna, elas costumam ser mais contraditórias do que as que adotam claramente a defesa do Estado Policial, elas normalmente geram confusões, pois não podem esconder a contradição que implica invocar o Estado de Direito para legitimar, ainda que parcialmente, um poder próprio de Estado de Polícia. Seria muito mais claro renunciar a qualquer teoria positiva da pena, já que todas elas, de algum modo, legitimam o Estado de Política. Nesse sentido, o poder punitivo apenas ocasional e isoladamente cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas (ZAFFARONI et al., 2006, p. 96).

Desse modo fica claro que as teorias positivas não são a melhor escolha quando se trata da teoria para a pena. No entanto, não há a necessidade de se pensar uma nova teoria punitiva, mas sim pensar em uma teoria negativa ou agnóstica da pena. A teoria agnóstica surge do fracasso de todas as teorias positivas em torno de funções manifestas. Essa teoria negativa permite delimitar o horizonte do direito penal sem legitimar os elementos do Estado de Polícia próprios do poder punitivo que pretende limitar. Busca-se um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. A pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo.

Para Zaffaroni et al. (2006), não se pode isolar as funções reais da pena do poder punitivo, segundo o autor:

o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem

controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc. [E ainda conclui]: A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo (ZAFFARONI et al., 2006, p. 99).

Assim, se não se pode conhecer todas as funções da pena, o ideal é procurar o conceito de pena que delimite o universo do direito penal por um caminho diferente de suas funções. Esse caminho seria conseguido através da utilização de dados imanentes ao ser, ônticos.

Com a incorporação de referências ônticas constrói-se um conceito de pena levando em consideração que ela é “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 99). Dessa forma, o conceito de pena é obtido por exclusão, ou seja, ela é um exercício de poder que não abriga função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Segundo a teoria agnóstica, a pena não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos, não integra a coerção estatal reparadora ou restitutiva nem a coerção estatal direta ou policial. A pena é uma coerção que implica em privação de direitos ou dor. Esse conceito de pena é negativo por dois motivos: primeiro porque não atribui à pena qualquer função positiva, segundo porque é obtido por exclusão, é uma coerção estatal que não é obtida nem pelo modelo reparador nem pelo administrativo direto. É agnóstico quanto a sua função, pois, ao contrário das teorias positivas, admite não conhecê-la.

Para os que não admitem a teoria negativa da pena no contexto brasileiro argumentam que ela seria incompatível com os critérios retributivo e preventivo que o Código Penal prevê no que diz respeito à aplicação da pena (Código Penal, art. 59: “Conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”) e também no que diz respeito à finalidade de prevenção especial nitidamente adotada pela Lei de Execução Penal (LEP, art. 1º: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”).

Existem dois grandes grupos que legitimam o poder punitivo, constituídos a partir de funções manifestas da pena.

O primeiro grupo pretende que o valor positivo da criminalização aja sobre os que ainda não cometeram crimes. Este grupo dá vida às teorias da prevenção geral, que se subdividem em negativas e positivas. Já o segundo grupo afirma que o valor positivo da criminalização atua sobre os que já

cometeram crimes, surgem então as teorias da prevenção especial, que também se subdividem em positivas e negativas (ZAFFARONI et al., 2006, p. 115).

Cada uma dessas teorias pode ser criticada de acordo com duas perspectivas: a partir do que indica os dados sociais a respeito da função concedida e a partir das consequências de sua legitimação para o estado de direito.

Em cada um desses pensamentos é preciso levar em conta a função manifesta atribuída à pena, dela deduzindo suas consequências quanto à forma em que concebem a defesa social por eles postulada, ou seja, os valores que querem realizar socialmente, e à essência do delito, como contradição com tais valores e à medida da pena para cada caso (ZAFFARONI et al., 2006, p. 115).

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Gilberto Ferreira, ao referir-se sobre a história da pena, enfatiza que os autores costumam afirmar ter esta atravessado seis períodos; período da vingança, período da vingança divina, período da vingança pública, período da humanização, período científico e período atual ou da Nova Defesa Social. No entanto, declara ser tal classificação arbitrária, elaborada para fins didáticos e que em um mesmo momento histórico poderiam estar presentes características de períodos diversos.

De acordo com Campos (2010, p. 29):

Na Idade Antiga, que começa por volta de 3200 antes de Cristo (a.C), no Egito e na Mesopotâmia, e termina em 476 depois de Cristo (d.C), com a queda de Roma, a pena atribuída sacrifícios e castigos desumanos ao cunho coletivo. Apresentava um caráter puramente religioso. Os encarregados do culto ditavam punições severas àqueles que violavam regras totêmicas ou tabus. Na relação totêmica, instituíam-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (algo sagrado e misterioso). Não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo. A peste, a seca e todos os fenômenos maléficos eram vistos como resultantes das forças divinas.

A pena como castigo, se cumpria sacrificando a própria vida ou com a oferta de objetos valiosos aos deuses. A pena, nada mais significativa do que vingança, com o intuito de revidar a agressão sofrida. A função da pena era reparatória e tinha como finalidade aplacar a ira da entidade ofendida, para que esta não se vingasse castigando todo o grupo.

3 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

3.1 A COERÇÃO ESTATAL COMO FUNDAMENTO DE PUNIÇÃO OU REPARAÇÃO DO DELITO

Dando sequência à discussão acerca da pena, há de se destacar o contexto dogmático-jurídico nela perpetrada. Nesse caso, é de suma importância notar que existem formas singulares de coerção estatal, sendo estas: a pena (que seu conceito se obtém por exclusão), a reparadora ou restitutiva, a coerção direta ou policial e a punitiva.

Diante disso, é necessário destacar as diferenças entre elas, com suas respectivas características. No que concerne à coerção reparadora, como assinala Zaffaroni et al. (2006, p. 101), “ela se destaca por ser o modelo dominante do direito privado e sua extensão amplia o número de conflitos resolvidos e melhora a coexistência”. No que diz respeito à coerção punitiva, Zaffaroni et al. (2006, p.101) também destacam: “se mantém como modelo dominante no direito público (penal), mas não resolve o conflito, apenas suspende-o no tempo e, ainda, estende a margem de puros atos unilaterais do poder e resolve menos conflitos e deteriora a coexistência”.

Noutro sentido, é imprescindível compreender que a pena como coerção, em tempos históricos, não excluía a vítima, pois, os conflitos eram resolvidos por via reparatória (a composição). No entanto, entre os séculos XI e XII, a exclusão da vítima foi firmada definitivamente. Além disso, o confisco da vítima despojou a pena de qualquer conteúdo reparador e limitou a reparação ao direito privado. Nos dias atuais, esta tendência reparadora ainda é perceptível nas infrações penais “de menor potencial ofensivo” (art. 98, inc. I, CF).

Nesse contexto, a coerção direta é aquela de mais complexa delimitação em relação à pena. Pois, implica em uma intervenção na pessoa, ou em seus bens, que pode ter efeitos irreversíveis. Desta forma, é fundamental um estrito controle jurisdicional para evitar que tais coerções se convertam em agentes teóricos do estado de polícia.

Mais ainda, a coerção direta é frequentemente confundida com o exercício do poder punitivo. Como exemplo de coerção direta, o reboque compulsório de um

carro estacionado em lugar proibido, casos de resgates de reféns em poder de sequestradores, liquidação e intervenção em uma sociedade empresarial, cassações de licença, permissões ou concessões, etc.

De acordo ainda com Zaffaroni et al. (2006, p. 101):

A coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público. Porém, a partir do momento em que cesse o perigo, a coerção passa a ser punitiva, a menos que seja ela mantida para impedir o retorno imediato da situação perigosa. A coerção que se exerce só para deter uma pessoa e submetê-la a um processo penal é punitiva.

De qualquer forma, a coerção direta é o agente ideológico perfeito para reduzir a função limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes mais autoritários do estado de polícia, atacando, desta forma, o estado de direito. Lembrando que, a legislação que habilita coerção direta diferida é eventualmente penal.

3.2 O DIREITO PENAL COMO FUNDAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A TEORIA NEGATIVA DA PENA

Neste tópico é indispensável discutir acerca do Direito Penal, e sucessivamente a pena, como “provedor” de segurança jurídica e sua repercussão na Teoria Negativa da Pena. Assim, apesar dos conceitos realistas da teoria negativa, nesta a pena é reduzida a um mero ato de poder que só tem explicação política e a principal problemática continua a existir, ou seja, de saber se é possível programar decisões jurídicas acerca de um poder que não está legitimado ou que, pelo menos, não conseguimos legitimar univocamente nem em toda sua extensão.

Vale ressaltar, que não é tarefa do direito penal a legitimação de toda a criminalização e menos ainda do conjunto vasto do poder punitivo, mas sim legitimar apenas a única coisa que realmente pode programar: as decisões das agências jurídicas.

Porém, conforme afirma Zaffaroni et al. (2006, p. 108),

sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimados, como função necessária à

sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.

Ainda de acordo com Zaffaroni et al. (2006, p. 108):

Não é o saber dos juristas que suprime os poderes ilegítimos, mas, a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas não eliminar. Não se pretende legitimar o poder de outros, mas legitimar e ampliar o poder jurídico, o único cujo exercício é capaz de ver-se orientado, tendo em vista que as agências jurídicas não dispõem diretamente de qualquer outro.

Sendo assim, o direito penal tutela os bens jurídicos de todos os habitantes à medida que neutraliza a ameaça dos elementos do estado de polícia contidos pelo estado de direito. Baseando-se na teoria negativa da pena, pode-se elaborar elementos orientadores de decisões que reforcem a segurança jurídica, entendida como tutela dos bens jurídicos, como anteriormente já afirmado.

Porém, não são considerados os bens jurídicos das vítimas de delitos, que estão confiscados pela criminalização nos poucos casos em que incide e, nesse caso, completamente abandonados na imensa maioria deles, em que o sistema penal nem sequer opera.

Todavia, no que concerne ao caráter funcional da pena, deve ser questionada a concepção orientadora da teoria negativa da pena. Como preconiza os ilustres autores Nilo Batista (1996) e Zaffaroni (2006, p. 112):

A resposta se utilizaria da interpretação progressiva da lei, ou seja, se um conhecimento científico ou técnico demonstrar que a lei prescreve algo impossível de ser realizado, o intérprete deve entendê-la da maneira mais próxima possível ao que prescrevia, portanto, adaptando-a.

Portanto, exemplificando, a fim de esclarecer tal embate, a história do encarceramento penal revela por pesquisas empíricas, principalmente em relação às reincidências de penitenciários, que a prisão nunca pôde proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, bem como, que os efeitos degradantes da prisonização constituem precisamente o oposto do respeito à integridade física e moral dos presos. Assim, neste exemplo, fica evidente que as normas conferem à prisão uma função que as ciências sociais, comprovadamente, declaram ser impossível.

Neste caso, utilizando a interpretação progressiva, cabe adotar todos os cuidados possíveis a fim de evitar que o pretexto de uma finalidade não realizável acentue as características degradantes da prisonização, portanto, intervindo nos critérios jurídicos.

3.3 O PODER E A DISCIPLINA COMO INSTRUMENTOS INERENTES À PENA

Neste tópico é interessante e indispensável explicar acerca dos aspectos e reflexos que o poder e a disciplina incidem no contexto da pena.

Diante disso, cabe, a princípio, afirmar que o poder é algo que funciona estabelecendo relações. Assim, Foucault (2005) afirma que os efeitos de dominação exercidos pelo poder não devem ser atribuídos a uma apropriação, mas a táticas, a técnicas, a funcionamentos. Em outras palavras, o poder não se constitui privilégio da classe dominante, mas expressa o conjunto das posições estratégicas utilizadas por esta classe, e que pode ser manifestado e às vezes até reconduzido pelos dominados. Se o poder “[...] apenas se exercesse de um modo negativo, ele seria muito frágil. Se ele é forte, é porque produz efeitos positivos [...] a nível do saber” (FOUCAULT, 2005, p.148).

Com isso, através da história da violência nas prisões, Foucault (2005) mostra como os regimes de poder se efetivam não só no sistema carcerário, através da pena, mas também na escola, no hospital, na sociedade, por meio de mecanismos de vigilância e controle. A descrição de tais mecanismos tem como referência um domínio institucional (escola, hospital, prisão, quartel, entre outros), no qual o poder disciplinar é exercido por meio da norma produzida.

De acordo com Foucault (2005), o poder se deslocou do soberano e passou a existir através da norma, e assim, deixou de estar centralizado em uma figura e espalhou-se pela sociedade nas instituições. Com isso, a título de exemplo, no século XVII, o Hospital Geral produziu uma nova modalidade de poder, transformou-se em uma instituição disciplinar, na qual a loucura passou a ser regida por leis autoritárias. O Hospital Geral não era simplesmente uma instituição na qual o médico situava-se como sujeito do conhecimento, e assumia a tarefa de resguardar a loucura, demonstrando, enfim, a utilidade dos mecanismos do poder.

No mais, afirmava Foucault (2005) que nos séculos XVII e XVIII o poder era, sobretudo, o direito de apreensão das coisas, do confisco, do tempo, dos corpos e

da vida, o qual tinha o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la. Este confisco passa a ser uma entre outras funções do poder, entre as quais se destacam a função de controle, de vigilância, de majoração e de organização das forças. Para o referido autor:

[...] O poder disciplinar é [...] um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”: ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] “Adestra” as multidões confusas [...] (FOUCAULT, 2005, p.143).

Diante disso, é correto afirmar que o poder disciplinar é fruto de transformações da sociedade burguesa, do deslocamento do poder soberano para o corpo social. A partir disso, o poder se exerceria na forma de pequenos poderes ou de uma micropolítica. Tal poder se exerce sobre os corpos individuais por meio de exercícios especialmente direcionados para a ampliação de suas forças. Estes exercícios tinham como objetivo, o adestramento e a docilização dos corpos. “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, 2005, p.118). Assim, a partir da segunda metade do século XVIII, surgiu o poder disciplinar, o qual controlou a sociedade burguesa que surgia na época. Surgiram, também, as disciplinas que garantiram a articulação harmoniosa da sociedade.

Desse modo, a disciplina passou a controlar os indivíduos estabelecendo relações de poder reguladas pelas normas. Com isso, a disciplina executou a distribuição dos indivíduos no espaço. Para tanto, utilizou-se de técnicas como, por exemplo, o grande encarceramento dos considerados vagabundos e dos miseráveis. Contudo, o corpo só terá utilidade se for produtivo e submisso. Essa sujeição é obtida através de um saber e de um controle que constituem o que o ilustre autor Foucault chamou de uma tecnologia política do corpo, que para ele, trata-se de uma microfísica do poder. Essa nova anatomia política deve ser entendida, como:

[...] uma multiplicidade de processos muitas vezes mínimos, de origens diferentes, de localizações esparsas, que [...] Circularam às vezes muito rápido (entre o exército e as escolas técnicas ou os colégios e liceus), às vezes lentamente e de maneira mais discreta (militarização insidiosa das grandes oficinas) [...] (FOUCAULT, 2005, p. 119).

Além disso, destacando e enfatizando a concepção foucaultiana, o referido autor relata ainda que os dispositivos do poder disciplinar caracterizam-se pela minúcia e pelo detalhe. Nesse sentido, o corpo será submetido a uma forma de poder que irá desarticulá-lo e corrigi-lo através de uma nova mecânica do poder. Através disso, as práticas disciplinares permitem o controle das operações dos corpos e a sujeição constante de suas forças, impondo-lhes uma relação de docilidade e utilidade. Ainda assim, Foucault (2005, p.117) ressalta que “Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder. [...] tratava-se ora de submissão e utilização, ora de funcionamento e de explicação: corpo útil [...]”. Portanto, essa forma de anatomia política ocorreu nos diferentes contextos históricos. No mais, o poder disciplinar adveio inicialmente nas escolas, nos hospitais, nos quartéis e foi aos poucos se disseminando em outras instituições.

Nesse ínterim, é importante destacar algumas técnicas, propostas por Foucault, que contribuíram para a efetivação das disciplinas, sejam elas: a arte das distribuições, o controle da atividade, a organização das gêneses e, por último, o panoptismo. No entanto, será tratado, neste trabalho, com exclusividade o panoptismo, haja vista ser dentre as técnicas a mais relevante e com mais ingerência sobre a pena e suas ramificações.

Tratando-se da técnica do panoptismo, é relevante constatar que foi deveras um avanço na sociedade, em seus diversos aspectos, haja vista que o poder disciplinar incidia sobre o corpo, de forma a controlar suas forças, e a extrair desse corpo um aumento da força produtiva e, por outro lado, uma diminuição da força política. No século XVII precisava-se do corpo adestrado para operar a máquina a vapor. Nessa perspectiva, com a emergência da sociedade burguesa surgiu a necessidade de se controlar a população.

Diante disso, para Foucault (2005, p. 172) “O panoptismo é o princípio geral de uma nova ‘anatomia política’ cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina”. Desta forma, o referido autor observa a formação de uma sociedade disciplinar, nos séculos XVIII e XIX, a qual se expandiu até o início do século XX. Na sociedade disciplinar os indivíduos sentem-se controlados pela força do olhar, uma vez que no poder panóptico, o observador está permanentemente presente a observar e a vigiar os indivíduos. Sendo assim, Foucault (2005, p.169) considera que:

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.

Nesses termos, o poder disciplinar panóptico, por meio da visibilidade, da regulamentação minuciosa do tempo e na localização dos corpos no espaço, possibilitou o controle sobre os indivíduos vigiados, de forma a torná-los dóceis e úteis à sociedade, instaurando, dessa forma, uma nova tecnologia do poder. Assim, conforme Foucault (2005, p.167), o panóptico foi desenvolvido a partir do “*princípio de que o poder devia ser visível e verificável*”. Assim sendo, este dispositivo tornou-se o protótipo dos sistemas sociais de controle e vigilância total presentes na atualidade.

Ainda de acordo com Foucault (2005, p.151): “[...] o exemplo da filantropia no início do século XIX: pessoas que vem se ocupar da vida dos outros, de sua saúde, da alimentação, da moradia. Mais tarde, desta função confusa saíram personagens, instituições, saberes”.

Diante dessa perspectiva, são estes e outros profissionais, dentre eles o médico, o professor e o pedagogo, que coordenam e executam as políticas sobre o corpo, do doente, do aluno, entre outros, instaurando-se uma bio-política da população. Assim, a constituição do biopoder, sua incidência sobre a vida, privilegia a preservação da vida, afastando-a dos eventuais perigos da morte ou da degradação do corpo, seja físico ou mental, do homem.

Diante disso, cabe destacar, numa concepção panóptica-foucaultiana, a ingerência dessa técnica nas formas de punição da nossa sociedade contemporânea. Mais exatamente, nas penas alternativas, tendo em vista que estas correspondem a uma nova forma de poder disciplinar, que prescinde do controle do corpo do apenado na aplicação da pena de privação da liberdade, como se dá na reclusão ou detenção. Assim, o poder disciplinar tende a valorizar mais os fins reais da pena, ou seja, a verdadeira ressocialização do apenado, com a transformação gradativa de seu intelecto e convívio social, sendo uma verdadeira, concreta e eficiente opção político-criminal de controle social, como forma de substituição a uma sanção penal mais degradante e não ressocializadora.

3.4 CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS

Considerando-se um sentido mais amplo, pode-se afirmar que pena alternativa, pena substitutiva, ou medida alternativa, é a denominação dada a toda e qualquer sanção ou medida penal menos rigorosa, utilizada pelo sistema penal como opção político-criminal de controle social, em substituição a uma sanção penal mais rígida.

A pena de prisão já teve seu momento de glória como pena substitutiva, lembrando que foi utilizada como forma de substituição de pena de morte, e é nesse enfoque amplo que se pode afirmar que o Sursis, o livramento condicional, os regimes aberto e semi-aberto, a pena de multa isolada e a suspensão condicional do processo também são alternativas penais.

De acordo com Robaldo (2007, p. 134):

Pena alternativa, substitutiva ou alternativa penal em sentido estrito ou técnico é a denominação que se atribui às penas que substituem diretamente a pena de prisão. É nesse sentido que se deve interpretar as penas restritivas do Código Penal de 1984 e a pena de multa substitutiva.

Medidas alternativas, em sentido estrito, são outras formas de controle social, levadas a efeito, por exemplo, por meio da suspensão condicional do processo, do sursis, da transação penal.

As penas alternativas penais são modalidades de medidas mais suaves, porém não menos importantes que a pena de prisão, as quais, igualmente, ou até com mais eficácia, podem atender aos fins da pena e, em especial, à necessidade de ressocialização ou a não dessocialização do infrator, e que nessa medida podem encontrar amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Elas são, portanto, opções de controle que entram no sistema penal pelo espaço deixado pelas penas privativas de liberdade, porém, com menos agressividade aos direitos fundamentais e com maior probabilidade de ressocialização.

O Estado, ao realizar um controle social, conforme o modelo sociopolítico adotado a partir de uma perspectiva do bem jurídico, da danosidade social e do grau de culpabilidade do agente, pode optar pela pena de prisão ou por alternativa penal, como também pode renunciar o emprego da sanção penal.

No que se refere ao bem jurídico penal, são poucos os autores que dedicaram seus estudos a este tema. Para tanto, há de se citar uma passagem, ainda que breve, de Nilo Batista, que contesta as concepções lógico-formais de bem jurídico, por achar que elas descuidam de uma característica imanente à sociedade atual: a divisão de classes sociais. Para o autor, (1996, p. 116) *“numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou interesses, ou estados sociais, ou valores) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”*.

Já na ótica de Robaldo (2007, p.137):

A tendência atual do Direito Penal moderno, como Ciência, e na concepção do Estado Democrático de Direito, é no sentido de manter – por intermédio das suas normas – a tutela dos valores essenciais para livre desenvolvimento da pessoa humana em sociedade, porém como medida de *ultima ratio*, sem olvidar, todavia, a busca de alternativas à pena de prisão de curta duração. Isso se deve, sobretudo, ao fracasso da finalidade reintegrativa da pena de prisão. Essa preocupação chegou à Organização das Nações Unidas.

Atualmente, a política criminal tenta manter o Direito Penal como forma de controle social, porém, adequado a uma visão humanística, de forma que atenda às suas finalidades, principalmente preventivas, em perfeito equilíbrio com as garantias individuais mínimas do cidadão.

Em virtude disso, há uma necessidade de se utilizar penas menos agressivas à dignidade humana, distintas da pena de prisão e que se mostrem mais eficazes na proteção desejada e na finalidade reintegrativa do condenado, sem abrir mão do controle penal.

O autor Renê Ariel Dotti (2000 apud ROBALDO, 2007, p.138) faz uma advertência quando destaca que é necessário que as penas alternativas sejam bem aplicadas e executadas adequadamente, sob pena de oportunizar o recrudescimento das suas críticas e a defesa da sua extinção.

Essa nova concepção de justiça penal merece que os operadores do direito mudem a mentalidade, no sentido de se adequarem a essa nova concepção, inclusive, chamando a sociedade a participar da sua administração. Necessita, portanto, de um envolvimento sistematizado por parte da União, dos Estados-membros e, por que não, dos municípios, com a participação da sociedade, como vem sendo efetivado em algumas localidades.

3.5 BREVE HISTÓRICO ACERCA DAS PENAS ALTERNATIVAS

O autor C  zar Roberto Bitencourt (1999, p. 24) relata que as primeiras penas alternativas, de que se tem notícia, surgiram na Rússia (1926), seguida pela Inglaterra (1948), Alemanha (1953) e Bélgica.

Para Foulcaut apud Robaldo (2007, p. 141), “a pena de prisão se constitui no grande fracasso da justiça penal”, porque nem pune e nem previne a prática de infrações, ao contrário, fomenta a sua prática, constituindo-se em um duplo erro econ  mico.

As penas e medidas alternativas passaram a fazer parte de forma explícita a partir da reforma penal levada a efeito em 1984 no sistema jurídico-penal brasileiro. Com o advento desse instrumento legal, introduziram-se as penas restritivas de presta  o de serviço    comunidade, de restri  o de direitos e a de limita  o de fim de semana, em substitui  o às penas privativas de liberdade de curta dura  o. Isso, sob o ponto de vista dogmático, para um país que tinha na pena de prisão, até então, a sustentac  o exclusiva do controle social, de fato representou um significativo avanço.

Houve uma mudança legislativa-metodológica que surgiu devido    inquieta  o de juristas brasileiros, quanto    necessidade de se atender as recomenda  es da Organiza  o das Na  es Unidas e encontrar substitutivos penais    pena de prisão, sem prejuízo da finalidade preventiva.

A pena de prisão apresenta inúmeras inconveniências, dentre elas os altos custos sociais, visto que a mesma não pune e nem previne, e muito menos ressocializa o infrator, ao contrário, o rotula. Esse novo enfoque de controle foi, portanto, uma resposta ao movimento moderno de política criminal na busca de outras opções de controle social, ainda que no âmbito do Direito Penal, e que veio ao encontro das orienta  es da ONU, no sentido de redu  o da incidência das penas de prisão. Na Exposi  o de Motivos da Reforma Penal de 1984, no item 28, está explicitada essa preocupa  o: esse questionamento da priva  o da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e    própria Organiza  o das Na  es Unidas a uma “procura mundial” de solu  es alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

   de se ressaltar, todavia, que o legislador constitucional brasileiro, nessa nova perspectiva político-criminal, foi mais além;    o que se v   materializado na

nova Carta. O perfil minimalista do Direito Penal e a tendência despenalizadora da legislação brasileira foram consagradas na Constituição Federal de 1988 em três momentos distintos. Inicialmente, no seu artigo 1º, inciso III, ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos; no artigo 5ª, inciso XLVI, quando estabelece as penas de prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos; e, na sequência, no artigo 98, inciso I, onde prevê a possibilidade de transação nas infrações de pequeno potencial ofensivo. Dessas previsões constitucionais surgiram, respectivamente, a Lei das Penas Alternativas e a Lei dos Juizados Criminais.

A Carta Magna de 1988 não só permitiu uma maior abrangência das penas alternativas, como também recepcionou as modalidades de sanções dessa natureza já existentes, isto é, as previstas no Código Penal de 1984 e até mesmo as que o antecederiam.

Em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, infrações menos significativas do ponto de vista valorativo jurídico-penal, acompanhando as tendências do Direito Penal Moderno, o constituinte avançou permitindo a introdução no nosso sistema penal do instituto da transação nas infrações penais de pequeno potencial ofensivo, cabendo sua aplicação ao Juizado Criminal, e nas de médio potencial ofensivo (suspensão condicional do processo), ao juízo comum, ainda que, em ambas as hipóteses, flexibilizando alguns dos princípios inerentes ao Processo Penal e Pena Material, sem prejuízo da sua funcionalidade.

De acordo com o autor Robaldo (2007, p. 143):

Esses instrumentos legais (alternativas penais) sinalizam que a política criminal do Estado brasileiro, representado pelos poderes Executivo e Legislativo (poder político), pelo menos em regra, com relação à prisão de curta duração, é no sentido de seguir a filosofia apregoada pelo Direito Penal Moderno, em especial, pela moderna Criminologia “crítica”, consistente na sua linha despenalizadora e no respeito à natureza de *ultima ratio* da sanção penal, em especial, a prisão. O que não prevaleceu, lamentavelmente, em relação à Lei dos Crimes Ambientais, na qual até mesmo o dano culposos passou a ser alcançado pela norma penal.

Contudo, não se sabe ao certo se o que tem motivado o governo a ampliar a abrangência desses substitutivos penais são as pressões anteriormente mencionadas, inclusive constitucionais, ou se são os baixos índices de reincidências verificados em relação aos condenados a essas penas, em contraste com os altos índices de reincidência referentes aos condenados à pena de prisão, ou se são seus

baixos custos. Seja qual for o motivo, a verdade é que o fim ressocializador está sendo atingido com esta nova metodologia de controle social, o que comprova o acerto político-criminal.

Com a adoção das penas alternativas, o sistema penal brasileiro estaria se adaptando à orientação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, objetivando-se minimizar a superlotação dos presídios, sem reduzir a eficácia preventiva geral e específica da pena, reduzindo-se os custos do sistema penitenciário, contribuindo para a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o contato carcerário, tudo com vistas a se reduzir a reincidência e, sempre que possível, preservando os interesses da vítima.

O lado social, especialmente com o fornecimento de cestas básicas à comunidade carente, como forma de pena ou medida alternativa, é outro aspecto que vem merecendo destaque no Direito Penal, diversamente da sua tradição formalista, punitiva, passou a prestar um importante serviço de cunho social, que para o Direito Penal Tradicional seria impossível. Essa fundamentação encontra-se na Lei Maior.

De acordo com o autor Robaldo (2007, p. 152):

Louvável iniciativa político-criminal em relação às alternativas penais, de cunho ressocializante, que merece destaque foi a da Secretaria de Administração Penitenciária de Serviços de São Paulo ao criar um “Programa de Prestação de Serviços à Comunidade”, com equipes formadas por psicólogos, assistentes sociais e estagiários de direito, para acompanhar os condenados, ao custo de meio salário mínimo por mês para cada condenado.

Essa iniciativa do Estado de São Paulo é importante, porque vem suprir uma das maiores dificuldades das penas alternativas, que é a sua execução, com reflexos nos seus fins. A prática tem revelado que ditas penas ou medidas, no geral, são executadas aleatoriamente ou de forma precária, quando são executadas. Isso se deve não só à falta de estrutura e de sistematização para tal, mas também a uma questão cultural dos nossos operadores do Direito, ainda apegados ao sistema penal tradicional, ou seja, a um Direito Penal sedimentado na pena de prisão.

Embora haja iniciativa do Governo Federal e de alguns governos estaduais, no sentido da despenalização do Direito Penal, a adoção das penas alternativas no nosso sistema corresponde a apenas 7% dos casos.

4 ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL DAS ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O controle social em relação às infrações de regular, médio e pequeno potencial ofensivo é feito pelas penas restritivas de direitos (alternativas penais), por razões de política criminal. Esse controle é realizado, não por meio da pena de prisão, e sim, por exemplo, pela prestação de serviços à comunidade, restrição de direitos, multas, dentre outras, daí a denominação: alternativas penais. São, pois, opções de política criminal que devem ser justificadas.

A justificação teórica das penas alternativas, em parte, difere da fundamentação teórica das medidas alternativas. Em relação àquelas, a culpabilidade como pressuposto da pena e a reprovabilidade da conduta do agente, devem ficar comprovadas, enquanto que em relação às medidas alternativas, ainda que se exija também a comprovação dos requisitos da culpabilidade, não há o mesmo rigor quanto à reprovação do comportamento do autor do fato. Lá se aplica a pena em face da censurabilidade da conduta, porém aqui, embora presente a culpabilidade, o juízo de reprovação encontra-se ausente/atenuado. Com efeito, por razões de política criminal deixa-se de aplicar a sanção, contentando-se com uma medida alternativa, sem prejudicar, contudo, do seu aspecto preventivo. É o que ocorre, por exemplo, na transação penal, onde, por razões de política criminal, basta uma demonstração prévia dos pressupostos da culpabilidade e dos demais elementos da infração, dando-se por satisfeito com “a comprovação formal do conflito”. Diferente, portanto, dos casos em que se aplica pena alternativa, aqui se exige a comprovação de todos os pressupostos das categorias da infração: da tipicidade, da antijuridicidade, da culpabilidade e da censurabilidade. O que existe em comum entre elas, nesse ponto, é que tanto em uma quanto em outra, ainda que com a culpabilidade reduzida, deve ficar evidenciado a necessidade preventiva de uma resposta sancionatória ainda que diversa da pena tradicional.

O Código Penal, no seu artigo 43, em face das mudanças trazidas pela Lei das Penas Alternativas, elenca as seguintes modalidades de penas:

[...]

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; e
VI – Limitação de fim de semana.

A pena de “interdição temporária de direitos” (inciso V) traz a seguinte subdivisão:

- a) Proibição do exercício de cargo;
- b) Proibição do exercício de profissão;
- c) Suspensão da autorização para dirigir veículo;
- d) Proibição de frequentar determinados lugares.

Ao rol acima soma-se a pena pecuniária substitutiva. Aliás, a pena de multa vem funcionando não como pena substitutiva sob o aspecto estrito, mas como pena alternativa desde o Código de 1940. Logo, a única novidade é que no atual sistema penal ela pode ser aplicada mesmo que não esteja prevista na moldura do tipo penal.

Em relação à nova Lei, duas foram as novidades de maior impacto, a saber: a ampliação do rol de penas alternativas e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada até quatro anos. Isso significa que houve um avanço considerável se comparado com a realidade anterior.

Dentre as novas modalidades de penas alternativas estão: a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviços a entidades públicas; a proibição de frequentar determinados lugares e a prestação de outra natureza.

A lei nova, ao ampliar as penas alternativas, sob o ponto de vista da flexibilização que proporcionou ao julgador, acabou dando ao juiz um leque enorme de opções, permitindo-lhe a escolha da pena que melhor atenda às peculiaridades do caso concreto, a sua individualização e os fins da pena, sobretudo, o preventivo, sem, contudo, violar a dignidade humana, além de possibilitar uma maior atenção à vítima no que tange aos danos provocados pela ação criminosa, o que, de fato, significou um importantíssimo avanço. A vítima, que até então era “vítima duas vezes”, ou seja, do crime e da ação burocrática do Estado, conquistou um espaço de relevo nesse quadro, cuja dignidade passou a ser enfocada com mais e merecida atenção.

Contudo, é necessário ter-se em mente que, embora esse novo modelo traga reprimendas ou medidas alternativas menos estigmatizantes do que as sanções do modelo tradicional, não deixam de serem respostas amargas. Não podemos

esquecer de que são penas, são castigos, que no fundo significam sofrimento, punição e, como tal, devem atender aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Portanto, qualquer que seja a espécie de medida aplicada, ainda que na forma de “cestas básicas” (§2º, do artigo 45), deve-se ter sempre, como propósito, sem prejuízo das garantias individuais, ainda que mitigadas, os fins punitivos e preventivos, em especial o reintegrativo da pena ou da medida. Logo, para sua aplicação, impõe-se que de um lado estejam presentes além dos pressupostos acima e, de outro, que seja executada adequadamente.

O questionamento que surge e, aliás, pertinente sob a óptica do presente trabalho, diz respeito à justificação político-criminal da dogmática penal brasileira no que concerne às modalidades de penas alternativas que adotou. A partir da perspectiva do bem jurídico e da danosidade social, estariam essas modalidades de sanção penal atendendo suas finalidades que são as de proteção subsidiária de bens jurídicos, da prevenção geral e especial e de garantias? Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram respeitados?

De acordo com Robaldo (2007, p. 151):

Pelo que se depreende da própria dogmática, a partir de uma perspectiva do bem jurídico, da danosidade social e da culpabilidade, com vistas à prevenção geral positiva e prevenção especial igualmente positiva, o legislador penal pátrio, procurando atender ao princípio da proporcionalidade (custo x benefício) entre o dano ou perigo concreto de dano causado pela conduta do agente e a resposta penal, agregado ao princípio da dignidade da pessoa humana, optou por um rol de alternativas, entre elas, a pena de multa substitutiva, para fazer frente à tutela dos bens jurídicos, que, embora com dignidade penal, a sua proteção pode ser feita por meio de outra opção que não a pena de prisão, em face, sobretudo, dos males inerentes a esta modalidade de controle, especialmente da estigmatização.

Em relação à substituição da pena privativa de liberdade pela prestação pecuniária, por exemplo, de plano é possível afirmar que: se de um lado, atende aos interesses da vítima, dos seus dependentes, de entidade pública ou privada com destinação social na esfera patrimonial e é de fácil execução, de outra parte, como culpabilidade não é acentuada, não prejudica a confiança da sociedade na ordem jurídica, ao contrário, fortalece as expectativas sociais na medida em que se aplica sanção não estigmatizadora, haja vista ser uma medida que, na pior das hipóteses, não dessocializa. O mesmo pode ser afirmado em relação às prestações de outra natureza, que são normalmente materializadas na forma de cestas básicas. Esta

última, além da significativa função social que poderá exercer, desde que aplicada e executada adequadamente com baixíssimos custos, contribui para fortalecer a crença na validade das normas.

Os aspectos sociais dessas substitutivas, desde que respeitados os parâmetros quantitativos e a individualização dessas sanções em face da capacidade econômica do condenado e do seu grau de culpa, são altamente relevantes, pois, na medida em que se protegem bens jurídicos e as garantias fundamentais com baixos custos, o Direito Penal, no espaço deixado pelas penas tradicionais, cumpre sua função e motiva a sociedade a continuar acreditando na vigência dos valores que elegeu como de fundamental importância para a paz social, sem afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre as inovações de controle implantadas, a perda de bens e valores é uma outra modalidade de pena alternativa, destinada sobretudo ao denominado criminoso do colarinho branco, que é autor de um crime de média potencialidade ofensiva, e que tem patrimônio.

Poderia ser argumentado sobre o perigo que a desproporção do valor determinado na sentença poderia acarretar em desfavor ou do infrator ou da sociedade, o que poderia prejudicar os fins dessa sanção e as garantias fundamentais. Em princípio, esse risco não ocorre. A fixação do quantum não fica a critério subjetivo do juiz, posto que a lei estabelece que deve corresponder ao montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente em consequência da prática do crime. Portanto, a própria norma fornece dados objetivos para determinação do valor econômico, o que barra qualquer subjetividade. Além do mais, dentro desses parâmetros, deve ser determinado um valor, obedecendo-se a proporcionalidade entre a conduta do agente e o mal cometido, para que, dentre outras consequências de política criminal, não cause sensação de impunidade ao infrator e à sociedade.

Essa modalidade de alternativa penal, com efeito, encontra-se justificada, porque se de um lado impede os riscos da dessocialização, de outro, não frustra as expectativas da sociedade na reafirmação dos seus valores.

A pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas foi uma outra forma de controle que o Estado lançou mão, sem abdicar do Direito Penal, cuja sanção, com algumas diferenças, já constava do Código de Penal pátrio desde a reforma de 1984. Essa modalidade de alternativa penal consiste na

atribuição de tarefas gratuitas a serem executadas pelo condenado a pena privativa de liberdade superior a 06 (seis) meses, as quais devem ser realizadas em favor da comunidade ou entidades públicas. Aqui, ao contrário da prestação pecuniária e a perda de bens e valores, não há o propósito reparatório.

Destaca-se que ao estabelecer o patamar mínimo de pena aplicada (superior a seis meses) como requisito para a substituição por esta sub-espécie de alternativa, e, de outro, o patamar máximo (até seis meses) para a substituição por pena de multa, o legislador deixa bem claro a valoração que fez entre esta modalidade de sanção e a pena de multa substitutiva, a partir da perspectiva do bem jurídico, considerado, sobretudo, a danosidade social e o grau de culpabilidade do agente, com vistas à prevenção. Se a pena aplicada não ultrapassar 06 (seis) meses é porque a lesividade e o grau de culpa são mínimos, logo, a pena de multa, nesses casos, já se mostra suficiente para a prevenção do crime sem os malefícios decorrentes da pena privativa de liberdade; de outra parte, se a sanção aplicada for superior a 06 (seis) meses, é porque o fato está a exigir uma reação mais forte por parte do Estado. É nesse espaço que entra a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por ser uma reprimenda superior à pena pecuniária. Nesse aspecto, portanto, o raciocínio político-criminal, guardadas as proporções, é o mesmo que foi adotado em relação à multa substitutiva: proporcionalmente às consequências da infração e ao grau de reprovabilidade, a prestação de serviço à comunidade ou à entidade pública já se mostra, destarte, apta à proteção desejada, sem os gravames da pena original.

A prestação de serviços deve ser executada em forma de tarefa, à razão de 01 (uma) hora por dia de condenação, respeitando as aptidões do condenado, sem prejudicar sua jornada normal de trabalho. E mais, a pena superior a 01 (um) ano pode ser cumprida em menos tempo.

Essa modalidade de alternativa – à exceção da parte que diz respeito à proibição do seu cumprimento em menor tempo quando a pena for até 01(um) ano – está bem construída. O legislador, ao estabelecer a proporção de 01 (uma) hora de trabalho para cada dia de pena e o respeito às aptidões do condenado para a distribuição da tarefa, cumpriu bem o seu papel, pois, por meio da atividade laborativa, sem prejudicar as atividades normais de trabalho e mantendo – se o condenado, no seu meio social, procurou conciliar a punição com algo que fosse imediatamente útil – algo propício tanto ao condenado como para a sociedade.

O infrator cumpre a condenação que lhe foi imposta, exercendo uma atividade socialmente útil, fazendo aquilo que sabe e, na pior das hipóteses, não o dessocializa. A sociedade, de um lado, está sendo beneficiada pelo serviço gratuito, de outro, não está suportando os ônus econômicos que a pena originária lhe traz, e o que é mais importante, a dignidade humana do seu cidadão, embora infrator ela é respeitada, sem abalar, contudo, as finalidades preventivas da pena.

Embora o juiz tenha ampla margem de liberdade na escolha das alternativas penais e nas formas de sua execução, sua flexibilidade de ação encontra limite no princípio da dignidade da pessoa humana. As tarefas atribuídas devem ser condizentes com os direitos fundamentais da pessoa. É defeso ao juiz, por exemplo, no caso de um médico infrator, fazer a substituição da sua condenação atribuindo-lhe a tarefa de limpeza de uma repartição pública. Não que o trabalho de limpeza, em si, não seja digno de respeito, mas porque se a atribuição da tarefa deva ser compatível com as aptidões do condenado, incumbir à vista do que aquele profissional poderia fazer na sua área de competência em benefício da comunidade carente de saúde, é, no mínimo, em face das circunstâncias, desaconselhável.

De outra parte, a dogmática penal, todavia, não andou bem quando facultou ao condenado à pena superior a 01 (um) ano o cumprimento em menor tempo e o impediu de cumprir em tempo menor quando a pena for inferior a esse tempo, premiando – se o autor de infração maior em detrimento daquele que executou uma conduta menos grave.

Nesse caso, é evidente a violação do princípio da proporcionalidade. Se a consequência penal é maior, é porque a danosidade social é mais acentuada e a conduta do autor da infração é mais reprovável, logo, não é razoável que um fato punível mais danoso e com maior grau de censurabilidade, venha receber um tratamento menos rígido do que uma conduta menos danosa. Tem-se, aí, uma inconstitucionalidade que deve ser reconhecida pelo julgador, a quem cabe, nesse momento, fazer a adequação político-criminal. Por uma questão de equidade, a possibilidade do cumprimento de pena em tempo menor deve ser estendida a todos os condenados a prestação de serviços gratuitos – independente da quantidade da pena – desde que o número de horas de trabalho seja cumprido.

Com a pena de interdição temporária de direitos, o ordenamento jurídico, recorrendo-se ao Direito Penal, procura impedir temporariamente o exercício de determinados cargos ou atividades profissionais ou de frequentar certos locais.

Dogmaticamente, a essa modalidade de pena não comporta nenhum tipo de censura. O Estado não está privando ninguém do exercício desta ou daquela profissão, deste ou daquele cargo público ou ofício, assim como também não está interferindo na liberdade constitucional de ir e vir ou de liberdade de opção. As proibições ou restrições são limitadas no tempo.

O poder público, por meio da sanção penal, está simplesmente proibindo o exercício temporário desses direitos, em função da tutela de bens jurídicos lesados ou ameaçados quando no exercício dessas atividades, ofícios ou profissionais, não os privando. Impõe-se ao condenado a obrigação de não fazer em face da prática de um fato punível e reprovável, atendendo, assim, em face das considerações de política criminal anteriormente expostas, a função do Direito Penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos e as finalidades preventivas da pena.

Uma última consideração dogmática a respeito das penas alternativas: o artigo 44, §4º, da lei específica, prevê a possibilidade de conversão da pena substitutiva para a sanção original, por descumprimento injustificado das condições impostas. Até aí, sem nenhuma restrição. O problema surge quando a norma determina que na detração deve ser respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de pena privativa de liberdade, ou seja, restando 02 (dois) meses para o cumprimento integral da condenação, uma vez concretizada a conversão, o condenado deve cumprir os dois meses restantes da sanção original. Até aí, também sem nenhuma censura. Porém, na hipótese de restar 15 (quinze) dias para a integralidade do cumprimento da pena, o condenado deverá, assim mesmo, cumprir 30 (trinta) dias. É uma situação, no mínimo, inusitada.

No nosso Sistema Penal quem aplica a pena é o juiz, e, nesse caso, é o próprio legislador. A pena se torna superior ao da culpa do tipo penal. Enfim, uma série de irregularidades que torna inconstitucional essa norma, posto que fere, dentre outros, os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

4.1 REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

A aplicação das penas alternativas, a exemplo da aplicação de qualquer outra espécie de sanção penal, é monopólio do Estado, que o faz por intermédio do Poder Judiciário, submetido ao princípio da jurisdicionalidade. A Constituição Federal, no inciso LIII, do seu artigo 5º, estabelece como garantia individual que: “ninguém será

processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Na tripartição dos poderes, coube ao Poder Judiciário o poder-dever de aplicar ou declarar a norma penal ao caso concreto.

A autoridade competente para aplicar qualquer medida que enseje “lesão de direito individual” é a autoridade judiciária, que o faz atendendo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ressalvadas as mitigações apontadas, previstas no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, dentre outros.

A nova sistemática penal, implantada pela Lei das Penas Alternativas, como observado no item anterior, oferece uma gama de opções de medidas alternativas ao juiz, cabendo-lhe, portanto, a escolha da(s) medida(s) que funcionalmente melhor se amolde(m) ao caso concreto, sem perder de vista os seus fins. Contudo, para que o condenado tenha o direito de ter a pena privativa de liberdade que lhe foi aplicada substituída por uma pena ou medida alternativa, é necessário que atenda aos requisitos exigidos, explicitamente, no ordenamento jurídico-penal, com vistas a atender os fins da pena, sobretudo, preventivos.

É necessário que as circunstâncias judiciais, tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, as consequências da infração, a personalidade do condenado, dentre outras circunstâncias judiciais, sejam analisadas para que haja substituição como medida eficaz de controle social.

Como efeito, estando presentes os requisitos acima, impõe-se, obrigatoriamente, a substituição, por se tratar de direito subjetivo do condenado, visto que a pena substituída, ainda que teoricamente, é a mais severa e a nova é suficiente para os seus fins.

A ideia central é a de que, em se tratando de condenado que atenda às exigências acima, pode ser punido de uma ou outra forma que não por meio da pena de prisão, atendendo-se, assim, aos princípios da subsidiariedade da pena, da culpabilidade, da proporcionalidade e, especificamente, ao princípio da *ultima ratio* da pena tradicional. Em não sendo possível abrir mão do controle penal, é exigência de política criminal que o mesmo seja realizado por outra forma menos violenta à dignidade da pessoa humana. A mesma lógica se aplica à transação, cuja admissibilidade também fica condicionada à satisfação de certos requisitos vinculados à culpabilidade leve, à danosidade social, entre outros.

As penas e medidas alternativas, ou seja, as alternativas penais, tais quais as penas privativas de liberdade e de multa, devem ser executadas pelo Estado,

igualmente sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, onde a parceria com a sociedade, para sua eficácia, é de extrema importância, de modo a atender suas finalidades.

5 IMPORTÂNCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Em razão de vários fatores, dentre os quais o aumento contínuo da criminalidade e da violência, a tendência das legislações criminais modernas é valorizar mais as penas restritivas de direitos e reservar as penas privativas de liberdade aos delitos mais graves e quando o réu demonstra sinais de alta periculosidade, maus antecedentes ou péssima conduta.

Para Campos (2010, p. 261):

A prisão deveria ser reservada apenas para os delitos mais graves, como por exemplo: homicídios, assaltos, estupros, latrocínios e sequestros. Os presídios vivem lotados e sempre ocorre indisponibilidade de recursos financeiros para reaparelhar os existentes ou até mesmo construir outros e capacitar os profissionais que lá desempenham suas funções.

Seria interessante oferecer mais programas educacionais preparando os detentos para uma profissão ao deixarem os presídios, facilitando seu ingresso no mercado de trabalho e estimulá-los para os estudos. Deveria ocorrer a seleção dos criminosos, no sentido de evitar que os autores de pequenos delitos convivessem diretamente com os de alta periculosidade, como assaltantes, traficantes, estupradores e criminosos profissionais. Desta forma, pretendemos com este trabalho demonstrar a importância das penas alternativas no cumprimento da função preventiva e ressocializadora.

O objetivo essencial da prisão é a ressocialização, a reeducação do preso visando o seu retorno à sociedade de forma ajustada, equilibrada, ciente das consequências do ato praticado e com uma visão diferente. Para delitos leves, que não demonstrem insegurança para a sociedade, as penas alternativas têm um papel fundamental neste processo, uma vez que promovem a ressocialização do condenado resgatando sua cidadania. Sem dúvida, tais penas têm demonstrado ser um instrumento eficaz de prevenção à reincidência em razão do seu caráter educativo e socialmente útil.

A pena privativa de liberdade não tem demonstrado ser o instrumento mais eficiente na repressão do crime, na prevenção da violência e nem capacitado o indivíduo punido pela prática de um delito a retornar à vida em sociedade.

Devemos valorizar cada vez mais a adoção de penas e medidas alternativas, para delitos menos graves, de menor potencial ofensivo que não demonstrem insegurança para a sociedade. As penas alternativas proporcionam oportunidades para os condenados exercerem ocupações lícitas, mantendo, assim, contato com pessoas de ambientes diferentes, honestas, contrárias à prática de atos ilegais, estranhas à marginalidade e com um propósito de vida digna e honesta. Por sua vez, não retiram o indivíduo do seu trabalho, do seu ambiente familiar e social, além de serem menos dispendiosas para o Estado.

Assim como Newton Fernandes (2000, p. 86) entende que “a aplicação das penas alternativas pode vir a ser uma das soluções para o sistema penitenciário. Embora careça de meios de fiscalização capazes, custariam menos para o Estado do que investir em casas de reclusão”.

Segundo o referido jurista, a população carcerária no Brasil, assim como no resto do mundo, é formada basicamente por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade. Argumenta que devido à pobreza e antecedentes à margem da sociedade, eles e seus familiares possuem pouca influência política, o que se traduz em poucas chances de obter apoio para colocar um fim nos abusos cometidos contra eles.

A justiça, através das penas alternativas, dá uma oportunidade ao infrator a fim de corrigir seu erro, no sentido de reintegrá-lo à sociedade. Pode ser vista também como uma forma de reparar o dano. Uma instituição beneficiada, ao receber mão de obra dessas pessoas, além de economizar verba, oferece oportunidade para o condenado voltar ao convívio social, evita o encarceramento, e procura estimular o senso de responsabilidade no infrator, tendo como meta a sua ressocialização por vias alternativas.

Além de todos os argumentos já mencionados, evita que criminosos de alta periculosidade dividam a cela com os infratores que cometeram pequenos delitos, não desvirtuem suas condutas e de lá não saiam mestres na arte do crime. Com efeito, além de ajudarem na ressocialização de sua auto-estima, ao sentir-se útil à sociedade, pode contribuir para a redução do índice populacional dos presídios, nos quais constantemente ocorrem rebeliões, estão superlotados, gerando, assim, revolta aos presos e contribuindo para um clima tenso no local e de proliferação de doenças entre os internos. O índice de reincidência tem aumentado muito, já que o

Estado não tem conseguido reinserir o egresso do sistema penitenciário e os presos continuam submetidos a péssimas condições nos presídios.

A busca por alternativas à pena de prisão, ainda que baseado originariamente em pressupostos reabilitadores e de direito penal mínimo, faz parte da nova tendência mundial de expansão do direito penal, que decorre dos fundamentos globalizantes do sistema punitivo norte-americano e que se traslada aos demais centros do planeta, implantando uma política de recrudescimento da punição e ampliação do controle social pelo Direito Penal.

A voluntariedade da participação dos reclusos como pressuposto para o tratamento penitenciário, nos moldes traçados pelos chamados programas mínimos de ressocialização, é, segundo Anabela Rodrigues (2002, p. 58) dominante no direito comparado:

No Brasil, tanto a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 quanto a Lei nº 7.209, ambas de 1984, consagram a função de reintegração social de pena privativa de liberdade, protegem todos os direitos do detento, não somente os condenados, mas também os provisórios, não atingidos a perda da liberdade e impõem a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral.

A Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210/84) estatui em seu artigo 1º que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão judicial e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Em relação à assistência ao preso e internado, dispõe o artigo 10 ser dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A individualização da pena também é observada por este diploma legal.

Percebe-se assim, que a integração e a ressocialização social do preso são alguns dos seus principais objetivos. Deve ser ele tratado com dignidade, inerente a todo ser humano, e respeito. Esta posição defendida pela Lei de Execução Penal brasileira decorre do princípio da humanidade, claramente explícito na Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º da CF/88, por exemplo, que trata dos direitos individuais e coletivos, estabelece nos incisos III, XLIX e XLVII o seguinte: III – Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; XLVII – Não haverá

penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

5.1 AS PENAS ALTERNATIVAS NO CONTEXTO SOCIAL E NO BRASIL

As Penas Alternativas são sanções de natureza criminal, sanções estas, diversas da prisão, como a prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais. As penas alternativas são indicadas para os condenados até quatro anos, não reincidentes, de boa conduta, que praticaram delitos de baixo potencial ofensivo, sem violência ou qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposos. Caso seja feito um levantamento pormenorizado nas penitenciárias, sem dúvida encontrariam vários presos portando estes requisitos. Os delitos mais comuns são: pequenos furtos, apropriação indébita, lesão corporal leve, ameaça, dano, acidentes de trânsito, desacato a autoridade, crimes contra a inviolabilidade do domicílio, crimes contra a honra.

As penas alternativas são indicadas como forma efetiva de diminuir o problema da superlotação carcerária, contribuir para os índices de recuperação dos condenados e de reincidência e inibir a prática do delito, continuando o condenado integrado, convivendo no seio da sociedade, da família e exercendo sua atividade profissional.

No dia 25 de novembro de 1998, foram alterados alguns dispositivos do Código Penal Brasileiro de 1940, em complementação à reforma penal procedida com a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que tinha como meta atender às exigências do Direito Penal moderno. O Código Penal, entretanto, já contava com algumas espécies de alternativas penais, como a pena de multa, sursis e livramento condicional. Com a reforma penal de 1984, as referidas penas foram aplicadas e a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aumentou ainda mais a sua abrangência, sendo criadas novas alternativas à prisão.

Em 13 de janeiro de 2012, com a vigência da Lei nº 10.259, de 12.07.2001, foram instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Em relação à Lei nº 9.099/95, a nova legislação, que é muito menor (possui apenas 27 artigos), trouxe uma grande inovação com repercussão imediata nos Juizados Especiais Criminais dos Estados. Trata-se da nova definição de infração de

menor potencial ofensivo. É que o único artigo da nova lei que dispõe sobre a matéria (artigo 2º e seu parágrafo único), informa que “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Posteriormente, a Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, alterou os artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o artigo 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes às competências dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal, conforme já relatamos anteriormente.

Em vários aspectos o sistema penal brasileiro apresenta falhas, tendo em vista que a prisão não demonstra eficiência na diminuição da taxa de criminalidade e nem no índice de reincidência. As cadeias públicas e sistemas prisionais vivem lotados, não há distinção de presos, separação por idade, infração e condição processual. Na maioria das vezes não recebem tratamento adequado e humano.

Vários autores contribuem para a discussão da questão penitenciária com vistas à reformulação do atual sistema de penas, especialmente no que concerne a uma maior aplicabilidade de sanções não privativas de liberdade. A consciência jurídica de hoje, atenta aos princípios constitucionais de garantia dos direitos do homem, clama por medidas alternativas que realizem o objetivo maior das sanções, que é a recuperação do sentenciado.

Segundo Nilo Batista (1996, p. 84):

Dentro desta concepção, o Direito Penal moderno deve restringir-se a uma intervenção mínima e subsidiária, cedendo às outras disciplinas legais a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana, atuando somente em último caso, *ultima ratio*. Dada as suas características, só deve agir quando os demais ramos do direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela.

Sob a ótica de Damásio de Jesus (1999, p. 13) é crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade 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 personalidade diferentes.

Percebe-se que a própria sociedade só sente-se satisfeita se o criminoso for conduzido ao cárcere, não importando as condições deste e nem mesmo se oferece condições para o preso ressocializar-se e ter uma vida digna na sua comunidade. Sem dúvida, para os criminosos de baixo e médio potencial ofensivo, que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, o encarceramento deveria constituir exceção.

Portanto, inegavelmente, para o Brasil, a Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, foi um avanço para o nosso sistema punitivo, pois além de ter ampliado as penas alternativas permite ao condenado cumprir a sua pena no convívio social e familiar, o que facilita a sua reintegração à sociedade.

O artigo 1º da Lei nº 9.714/98, sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, substituiu parte das disposições impostas pela Lei nº 7.209/84, introduzindo modificações no Decreto – Lei nº 2.848, de 07/12/1940, o Código Penal, nos artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77, que passaram a vigorar com as seguintes alterações:

Artigo 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 (BRASIL, 1998).

As penas alternativas deixaram de ser acessórias à prisão para serem autônomas e substitutivas. Os artigos 44 a 47; 55 e 77 do Código Penal brasileiro dispõem sobre suas formas de aplicação.

Então, no Brasil, com a promulgação da Lei nº 9.714/98, a legislação penal passou a contar com as seguintes penas alternativas:

1. Prestação pecuniária (artigo 43, I): consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (artigo 45, I);
2. Perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (artigo 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido por ele ou terceiro (artigo 45, §3º);

3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (artigo 43, IV, e artigo 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (artigo 46, §1º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais etc (artigo 46, §2º);
4. Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (artigo 47, I, CP);
5. Proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (artigo 47, II);
6. Suspensão de autorização ou autorização para dirigir veículo (artigo 47, III);
7. Proibição de frequentar determinados lugares (artigo 47, IV);
8. Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (artigo 47, V);
9. Limitação de fim de semana ou “prisão descontínua” (artigo 43, VI, e artigo 48);
10. Multa (artigo 44, §2º);
11. Prestação inominada (artigo 45, §2º), em que o juiz, havendo aceitação do condenado, pode substituir a prestação pecuniária (artigo 43, I, e artigo 45, §1º), que se cumpre com o pagamento em dinheiro à vítima, em “prestação de outra natureza”.

O artigo 44, caput, da nova Lei de Drogas do Brasil, Lei nº 11.343, de 23/08/2006, veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em se tratando de condenação por crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, e artigos 34 a 37.

Para que os sentenciados sejam beneficiados com as penas alternativas, é necessário que demonstrem o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos, que são:

- **Requisitos objetivos** - tratando-se de crimes dolosos, é possível a substituição quando: a pena aplicada não for superior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Nos crimes culposos, em razão de imprudência, negligência ou imperícia, qualquer que tenha sido a pena aplicada, admite-se a substituição, desde que presentes os requisitos legais (artigo 44 do CP);

- **Requisitos subjetivos** – o réu reincidente em crime doloso, em princípio, não pode obter a substituição. Todavia, embora ele seja reincidente em crime doloso poderá obter a substituição, nos termos do artigo 44, §3º, em uma única hipótese, desde que em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude de prática do mesmo crime. O segundo requisito exigido dispõe que a substituição somente é possível quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indicarem que essa substituição seja suficiente.

Ao fixar a pena, o juiz deve obedecer aos requisitos mencionados no artigo 59 do Código Penal brasileiro, que assim dispõe:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Ao estipular a pena de multa, o juiz atenderá o disposto no artigo 60 do Código Penal, que assim dispõe: “[...] na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu” (artigo 60, caput). “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo” (artigo 60, §1º).

Por conseguinte, qualquer modalidade de pena depende de requisitos objetivos e subjetivos do condenado, como também na segurança de sua efetiva execução. A pena privativa de liberdade pode ser substituída por penas restritivas de direitos em dois momentos: “a. Na sentença condenatória (artigo 59, CP); b. Na fase executiva da pena de prisão (artigo 180, LEP)”.

As penas restritivas de direitos, como prescreve a legislação penal brasileira, podem ser convertidas em privativas de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta; quando sobrevier condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, incompatível com a pena substitutiva anterior e quando

sobrevier condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime compatível com a pena substitutiva anterior.

As penas alternativas obedecem a alguns critérios: a) são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade; b) são substitutivas, ou seja, o juiz fixa a pena privativa de liberdade e, na mesma sentença penal condenatória, substitui por uma das penas restritivas de direitos (penas alternativas), cuja duração não pode ser superior à pena privativa de liberdade substituída (salvo em relação às penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, inovações da Lei nº 9.714/98).

Tanto as penas alternativas quanto as medidas alternativas poderão ser revogadas, isto é, poderão ser convertidas em pena privativa de liberdade quando o condenado descumprir a restrição imposta ou, quando sobrevier condenação à pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese a conversão é obrigatória, já na segunda a conversão é facultativa. Antes do advento da Lei nº 9.714/98, contávamos com seis penas alternativas substitutivas (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo ou função, proibição do exercício de profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo). Com a nova lei, quatro novas sanções restritivas foram previstas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

A interdição temporária de direito subdivide-se em quatro: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares.

Segundo o artigo 43 do Código Penal Brasileiro, as penas restritivas de direitos que logo abaixo serão explicadas minuciosamente, são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana.

- **Prestação Pecuniária:** nos termos do artigo 45, parágrafo primeiro, do Código Penal Brasileiro, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus descendentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um) salário mínimo

nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, podendo o valor pago ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Apesar da pena de prestação pecuniária ter a mesma natureza que a pena de multa, elas se apresentam diferentes. Enquanto a pena de prestação pecuniária apresenta caráter apenas de substitutiva da pena privativa de liberdade, a pena de multa tem diversas funções. Pode, por exemplo, ser aplicada isolada, alternativa e/ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade, caso haja para o crime ou contravenção uma previsão legal. Analisadas pelo lado do beneficiário, observamos que, na pena de multa, o *quantum* fixado pelo juiz é destinado ao Fundo Penitenciário, enquanto que na prestação pecuniária o destinatário pode ser a vítima, os dependentes desta, a entidade pública ou privada com destinação social.

- **Perda de Bens e Valores:** Segundo o mesmo dispositivo legal supra, a perda de bens e valores pertencentes ao condenado, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o que for maior, seja o montante do prejuízo causado ou o lucro obtido pelo agente ou por terceiros, em consequência da prática do crime. Esta pena destina-se principalmente a um autor de média potencialidade ofensiva e que possua certo patrimônio; e não deve ser confundida com o confisco, pois através dela o condenado perde bens e valores lícitos, que fazem parte do seu patrimônio, enquanto que no confisco, os bens são intrinsecamente antijurídicos, como os instrumentos e produtos do crime.

A pena de perda de bens e valores só pode ser executada após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Sendo o agente condenado nesta pena e morrendo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, enseja a extinção da punibilidade, tornando-se ineficaz a perda determinada na sentença, segundo o artigo 107, inciso I, do Código Penal. Não é comum o seu uso por tratar-se de bens obtidos com o crime. Um exemplo deste tipo de penalidade é o caso do funcionário público que pratica apropriação indébita. Tem caráter punitivo e não reparatório.

- **Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas:**

Observamos no artigo 46 do Código Penal Brasileiro que esta pena é aplicável às condenações superiores a 06 (seis) meses de privação de liberdade. Consiste em atribuições de tarefas gratuitas ao condenado, destinadas a entidades assistenciais, escolas, orfanatos, hospitais, asilos, creches ou outros estabelecimentos congêneres em programas comunitários ou estaduais. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumprida a razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado, em geral de 08 (oito) horas semanais. As entidades devem encaminhar relatórios mensais das atividades e presenças dos apenados. Se a pena substitutiva for superior a 01 (um) ano, é facultado ao condenado cumpri-la em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa fixada. Por conseguinte, esta pena é pessoal, de caráter personalíssimo e constitucional. Não cria relação empregatícia e nem admite o instituto da remição. As tarefas são atribuídas conforme as aptidões dos apenados e podem ser destinadas a múltiplos beneficiários ou programas comunitários. Caso ocorra a inexecução injustificada da prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, a pena restritiva de direito converte-se em pena privativa de liberdade, após o exame do fato e competente decisão pelo juiz da execução penal.

A prestação de serviços à comunidade, assim denominada no Brasil, constitui um dos maiores exemplos da evolução do Direito Penal Moderno, porque ao mesmo tempo em que pune a transgressão praticada, valoriza o condenado dando-lhe oportunidade de, por meio do trabalho, demonstrar suas aptidões profissionais e artísticas, as quais serão certamente aproveitadas para o cumprimento da sanção, retirando do meio criminoso o infrator, levando-o ao exercício consciente da cidadania e ao convívio familiar. A Lei de Execução Penal do Brasil, Lei nº 7.210/84, trata da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, nos artigos 149 e 150.

- **Interdição Temporária de Direitos:** São penas restritivas e substitutivas da prisão, não podendo ser aplicadas junto com a prisão, isto é, não são penas acessórias, dentro do sistema do Código Penal (as leis especiais disciplinam o tema de modo contrário). Conforme Newton Fernandes (2000, p. 112):

Consiste na proibição que se faz ao condenado de, em espaço de tempo igual ao da privação de liberdade resultante da condenação, não exercer certas atividades ou frequentar determinados lugares, a cujo exercício de frequência ordinariamente não são defesos ou proibidos por lei". Implicam numa obrigação de não fazer e são sempre temporárias. Não deve ser confundida com as privações de direito do artigo 92, inciso I, do Código Penal, que prevê, como efeitos da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: 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, e quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

O Código Penal Brasileiro, no seu artigo 47, diz que as penas de interdição de direitos são: a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público; c) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; d) proibição de frequentar determinados lugares.

- **Limitação de Fim de Semana (ou “Prisão Descontínua”):** o condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar cursos ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou qualquer local destinado às de sua moradia habitual.

Consoante a nossa legislação penal, a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. E, durante a permanência, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

- **Multa:** Nas condenações iguais ou inferiores a 01 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direito. Se superior a 01

(um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa, ou por 02 (duas) restritivas de direito. Transitada em julgada a sentença condenatória, o valor da multa deve ser inscrita como dívida ativa a ser cobrada pela Fazenda Pública em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

6 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, nota-se na doutrina a afirmação categórica de que a pena deve ressocializar o preso e inseri-lo na sociedade, deve ter caráter preventivo e punitivo, no entanto, a realidade dos presídios brasileiros mostra exatamente o contrário: a única finalidade da pena é punir o preso, destacando que os nossos presídios mais parecem depósito de pessoas do que local de ressocialização.

É notório que na maioria absoluta das penitenciárias brasileiras os presos convivem em pequenas celas, com péssimas instalações elétricas, mau cheiro e com banheiros impróprios para higiene, porém bem diferente do que regulamenta a Lei de Execução Penal em seu artigo 13, que dispõe que: “O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Diante desta situação complexa, não há como inserir ainda mais presos em ambientes carcerários desumanos, daí a relevância do surgimento e aplicação das penas alternativas. Tais penas influenciam a sociedade na medida em que trazem vantagens em relação às penas privativas de liberdade, tais como: a diminuição do custo do sistema repressivo, a permissão ao juiz de adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado, evitando assim, o encarceramento nas infrações penais de menor potencial ofensivo, afastando-o do convívio com outros de maior periculosidade, onde se vê que tal aproximação é extremamente nociva àquele que cometeu um delito menor, pois é aí onde nascem as escolas do crime e suas facções, a redução dos índices de reincidência, além de não afastar o delinquente da sociedade, que não precisa deixar sua família ou comunidade, nem abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego.

Por mais mazelas que vivenciamos, é inegável a vontade do legislador em criar leis que dêem ao condenado a condição da dignidade da pessoa humana que a nossa Constituição Federal de 1988 nos revela, sendo esta a mais democrática já vista dentre as Cartas Magnas.

Nesse sentido, há esperança na lei, a exemplo da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), que humaniza a condição do indivíduo, na qual a sociedade busca e anseia por isso. A Constituição em seu artigo 5º, que trata dos

Direitos e Garantias Fundamentais, nos enche de ânimo, a despeito das adversidades encontradas, e nos motiva a manter a constante busca na militância sadia dos direitos do cidadão e de sua condição humana, resgatando-o ao seio social.

Pode-se afirmar que este estudo só engradece nosso aprendizado dentro e fora do ambiente acadêmico, uma vez que as penas alternativas é um ramo do Direito que merece atenção, pois tem muito a contribuir e facilitar o progresso da sociedade, uma vez que através delas é possível melhorar o sistema prisional e o Processo Penal Brasileiro como um todo, fomentando uma mudança comportamental do homem dentro do ambiente social.

Trata-se da melhor resposta penal para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com penas de pouca duração que podem ser executadas fora do sistema prisional, ou seja, sem a necessidade de retirar o condenado do meio social.

As penas alternativas são vantajosas em relação às penas privativas de liberdade, como, por exemplo: redução dos gastos com o Sistema Penitenciário; evita o encarceramento dos condenados que praticam crimes de menor potencial ofensivo; o condenado não precisa deixar sua família e nem se afastar do seio da sociedade; afasta o sentenciado do convívio com outros detentos mais perigosos; permite ao magistrado adequar a pena às condições pessoais do condenado e à gravidade do fato; possibilita a redução da reincidência; evita as violências intrínsecas das prisões; os serviços prestados pelo sentenciado terão cunho social; têm mais eficiência na reeducação e ressocialização do condenado; bem como evitam a entrada forçada de condenados em facções criminosas.

Na minha visão, a pena alternativa mais eficiente é a prestação pecuniária, abordada no artigo 43, inciso I do Código Penal, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus descendentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, de importância fixada pelo juiz. Nesse caso, a vítima é colocada em primeiro plano. É a demonstração da preocupação de satisfazer em primeiro plano a vítima. No que diz respeito à vítima ou seus dependentes, esta reparação tem cunho indenizatório, seja de danos morais, seja de danos materiais. É a tão esperada reparação do dano, a qual é a indenização à vítima aplicada pelo próprio sistema criminal, reconhecendo sua natureza jurídico-penal.

A intenção da vítima é, geralmente, de ser ressarcida efetivamente pelos danos causados, ou de uma indenização no sentido de que se faça justiça, ou que o

agressor seja punido de alguma forma. Para a vítima, não basta apenas a punição por uma pena privativa de liberdade, mas sim, que haja a efetiva reparação do dano.

As penas alternativas não vão resolver o problema da criminalidade e muito menos vão acabar com as penas privativas de liberdade. Sua missão, em relação à criminalidade, será de auxiliar a diminuir a violência, reduzir o crescimento populacional no sistema carcerário e, conseqüentemente, a reincidência dos condenados por crimes de menor potencial ofensivo, restringindo a aplicação das penas privativas de liberdade para os delitos de maior gravidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlota Pizarro de Almeida. **Modelos de ininputabilidade**: da teoria à prática. Lisboa: Almedina, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, v. 2**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília-DF, 1940.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília-DF, 1984.

BRASIL. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998**: altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília-DF, 1998.

CAMPOS, Teresinha Borges. **Das Penas Privativas de Liberdade às Penas Alternativas**. São Paulo: Almedina, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Paloma, 2001.

COSTA, Cláudia Pinheiro da. **Sanção Penal**: sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime:** da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Newton. **A Falência do sistema prisional brasileiro.** São Paulo: RG, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRISPGNI, Filippo. **Direito Penal Italiano.** Buenos Aires: [s.n], 1949.

JESUS, Damásio de. **Penas Alternativas.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Penas e Medidas Alternativas:** reflexões político-criminais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RODRIGUES, Anabela Rodrigues. **Novo olhar sobre a questão penitenciária.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

SILVA, Germano Marques da. **Direção penal português:** parte geral. III. Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. Lisboa: Verbo, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Vade Mecum Acadêmico do Direito Rideel. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume: teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.