

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/05/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33422-penas-alternativas-e-a-sua-eficacia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

Autore: Fábio Santos Ferreira

Penas alternativas e a sua eficacia no ordenamento juridico brasileiro

ARTIGO

PENAS ALTERNATIVAS E A SUA EFICACIA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Fábio Santos Ferreira

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO - 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS - 2 - TEORIA GERAL DA PENA - 2.1 -
TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA - 2.2 – TEORIA PREVENTIVA DA PENA - 2.3 –
TEORIA MISTA DA PENA - 3 – PRINCIPIOS - 4 - FUNÇÃO SOCIAL DA PENA - 5 -
CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS - 6 - PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE - 7 -
REGIME PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA - 8 - REVISÃO CRÍTICA DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - 9 - ABOLICIONISMO PENAL - 10 - REGRAS DE
TÓQUIO - 11- PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO - 12 - ESPÉCIES DE PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITO - 13 – APLICABILIDADE - 14 - CRIMES HEDIONDOS - 15 -
AS PENAS ALTERNATIVAS NO BRASIL E A SUA EFICACIA - 16 – CONCLUSÃO –
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

Diante dos problemas enfrentados pelo sistema penal brasileiro, esse artigo aborda sobre os fins da pena e sua real eficácia na sociedade brasileira, que passa por uma crise nesse sistema. A falência das penas privativas de liberdade faz com que se busque novas alternativas, para que o Estado, o detentor do poder de punir, possa atuar contra os crimes e prevenir novos delitos.

A atuação das leis penais fora do âmbito normativo, mas sim no aspecto prático, é necessária para que possa atingir uma maior eficácia da sua aplicação. As brechas do Estado não podem existir e a sua atividade deve ser destinada a atingir a sociedade como um todo, sem discriminar ninguém nem aplicar com mais rigor as penas destinadas a sociedade marginalizada.

A ideia principal do trabalho é traçar paralelo entre a eficácia das penas de prisão e das penas alternativas. Tentar assim, compreender como o discurso das penas alternativas não pode ser inteiramente válido caso não se atente para uma drástica mudança no entendimento

da construção social, pois apenas uma sociedade tolerante e comprometida pelos ideais da construção das diferenças de conhecimento e do pluralismo social pode indicar o caminho para uma aplicação penal verdadeiramente justa.

ABSTRACT

Given the problems facing the criminal justice system, this article focuses on the purposes of punishment and its real effectiveness in Brazilian society, which passes through a crisis in this system. The failure of custodial sentences makes them look for new alternatives to the state, the holder of the power to punish, to act against crimes and prevent new crimes.

The action of the criminal laws outside the norm, but in practicality, it is necessary for you to achieve greater effectiveness of its implementation. The gaps of the state can not exist and its activity should be designed to achieve the society as a whole, without discriminating against anyone or to apply more rigorous penalties for marginalized society.

The main idea of the work is to draw parallels between the effectiveness of prison sentences and alternative sanctions. So try to understand how the discourse of alternative sanctions can not be entirely valid if they do not watch out for a drastic change in the understanding of social construction, because only a tolerant society and committed to the ideals of the construction of differences in knowledge and social pluralism may indicate the way for a truly just criminal enforcement.

PALAVRAS-CHAVE:

Delito – Pena Privativa de Liberdade – Pena Restritiva de Liberdade – Prisão – Ressocialização – Fins da Pena – Estado Repressivo

INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual se desenvolve esse artigo é referente ao assunto das alternativas à prisão, que é algo que desperta o interesse da sociedade, pois se trata de um de um enigma, que é a questão penitenciária. A abordagem se trata no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Compreender a estrutura das Penas Alternativas no Brasil e entender a sua eficácia é uma tarefa que requer uma aplicação histórica, remontando as origens da aplicação penal e expondo o seu desenvolvimento.

O modelo clássico de justiça penal está cedendo espaço para as penas alternativas. Não justifica crimes diferentes e de realidades diferentes a mesma punição. A pena alternativa se adequa ao preso e por isso, verdadeiramente o reeduca.

Sempre que um crime choca a sociedade, o debate sobre a criminalidade ganha ênfase, na busca de meios necessários para tornar a vida viável, principalmente em centros urbanos. Uma das soluções para que isso aconteça, é uma alteração no sistema penal brasileiro como um todo, passando a disciplinar aqueles que cometem crimes e não os incentivar, mesmo que de forma implícita, a cometer novos delitos.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para se atingir o tema principal desse artigo, algumas considerações anteriores são necessárias. Uma análise dos fatores responsáveis pelo surgimento das penas alternativas é obrigatória para se entender seus objetivos enquanto substitutivo penal e analisar sua eficácia.

O controle social é exercido de várias formas, dentre elas o Sistema Penal, o qual se utiliza do *ius puniendi* para tentar manter a ordem e o bem estar comum, quando os demais ramos do Direito não atingem seus fins. O Direito Penal se traduz na *ultima ratio*, ou seja, nas palavras de Muñoz Conde “o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”¹.

Essas perturbações são consideradas como crime ou delito.

Do entendimento de que delito é conduta típica, antijurídica e punível segundo a lei penal, a pena é considerada como o meio mais hábil de se realizar a punibilidade, que é uma necessidade do bem comum, atingindo um equilíbrio social.

2 - TEORIA GERAL DA PENA

As penas são sanções impostas pelo Estado ao autor de alguma infração, crime ou contravenção, como retribuição de seu ato ilícito. Como reação contra o crime, ela surgiu junto com as primeiras comunidades de pessoas. Seu surgimento coincidiu com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de sanções penais. São consideradas

¹ MUÑOZ CONDE, Bosch, 1975, p. 59

como a consequência jurídica principal que deriva do delito. De acordo com Von Liszt, "Direito Penal é o conjunto das regras jurídicas, estabelecidas pelo Estado, associando o crime como um fato, com a pena como sua legítima consequência jurídica." ²

Cesare Beccaria, abordando sobre a proporcionalidade entre as penas e os crimes, condenando a utilização das penas abusivas expressou o seguinte pensamento: "Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada nos crimes, ditadas pelas leis" ³.

Violenta e repressora nos primeiros tempos, a pena, era utilizada como o sentimento natural de vingança do ofendido ou de toda a sociedade que se revoltava. Ela passa por um processo de disciplinamento junto com o progresso do povo, abandonando conceitos extrajurídicos e tomando o sentido atual, que é de manutenção da ordem e segurança social posta nas mãos do poder público. Destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos.

Para Beccaria⁴, é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. Todo legislador sábio deve procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação é a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservar-los de todos os sofrimentos, segundo o cálculo dos bens e males da vida.

Diversas são as teorias para a aplicação de uma pena. Os absolutistas veem na pena uma espécie de vingança. Já os relativistas entendem que a pena possui um caráter retributivo. Ainda há aqueles que, adeptos da teoria mista, associam a vingança à retribuição.

No Código Penal, artigo 59, verificamos que a aplicação da pena é baseada na teoria mista, ressaltando o caráter retributivo, sob o aspecto da prevenção. Seguindo a classificação de Claus Roxin⁵, os doutrinadores observam que a interpretação deste artigo, 59 do CP, é padronizada no sentido da adoção de uma teoria mista aditiva, em que não existe a prevalência de um determinado fator. Não existe assim, prevalência da retribuição, nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, completando-se, sem que exista uma hierarquia.

² HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología, pág. 226.

³ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002, pág. 143.

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 27.

⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, pág. 229.

2.1 - TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA

Essa teoria considera que a pena possui como fim único, a ideia de retribuição, a reação punitiva, ou seja, fazer com que o delinquente pague pelo mal que causou com um outro mal, que é a pena.

De acordo com Hassemer e Munoz Conde, “existe uma variante subjetiva da Teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de "expiación", ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo”.⁶

2.2 – TEORIA PREVENTIVA DA PENA

Essa teoria, diferentemente da outra, procura um fim utilitário para a punição, sendo o delito não causa da pena, mas ocasião para que ela seja aplicada. Não se traz o ideal de justiça, mas de necessidade social. Possui finalidade preventiva no sentido de evitar a prática de novos delitos. Sua prevenção é dividida em geral e especial.

Na geral, o fim da pena é atingir todos os destinatários da norma penal, visando impedir que novas pessoas pratiquem crimes. Ela se divide em positiva, que é a demonstração e reafirmação da existência do Direito Penal e a sua eficiência, e em negativa, que é o poder intimidativo que a mesma apresenta.

Na especial, a pena visa o autor do delito, retirando-o do convívio com a sociedade, impedindo-o de delinquir e tentando corrigi-lo. A mesma se divide em positiva, que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, e em negativa, que é a intimidação ao autor do delito para que ele não volte a agir do mesmo modo.

2.3 – TEORIA MISTA DA PENA

Todos os aspectos relacionados às teorias da pena não justificam a sua verdadeira função, em razão disso Claus Roxin criou uma Teoria Eclética ou Mista, que são as que buscam um entendimento mais amplo da pena. Para Roxin, o Estado só poderia punir as lesões de bens jurídicos se for imprescindível, se não forem eficazes outros ramos do Direito.

⁶ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología, pág. 167.

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Simultaneamente, ela deve castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como à sociedade. Ela assume um tríplice aspecto, que é de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. É essa a teoria adotada pelo direito penal brasileiro.

De acordo com Gamil⁷, Roxin afirma que a finalidade do Estado na função da pena é dupla, tanto como protetor dos bens jurídicos mais importantes, quanto de satisfazer moralmente os cidadãos. O aspecto das penas, para Claus Roxin, deve ser analisado para que se atinja a finalidade da pena, que é a reinserção do sujeito à convivência social.

2 - PRINCÍPIOS

Para aplicar-se as penas, alguns princípios devem ser respeitados, que são: o da legalidade, da anterioridade, da personalidade, da inevitabilidade, da intervenção mínima, da humanidade, da proporcionalidade e o da individualização.

O princípio da legalidade emana do brocardo *nulla poena sine lege*, que é o que diz que não há pena sem lei que os defina, como previsto no artigo 1º do Código Penal.

O da anterioridade é o que indica que a lei que comina a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir. O brocardo do qual esse princípio se baseia é o *nulla poena sine praevia lege*.

Ao se aplicar a pena, a mesma não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado. É vedado alcançar familiares do acusado ou pessoas alheias à infração penal. Apenas alguns efeitos da condenação, como reparo de dano, podem ser estendidos aos sucessores. Isso é o que trata o princípio da personalidade.

O que trata o princípio da inevitabilidade é que, caso existe os requisitos necessários para condenação, a pena não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida.

Em relação ao princípio da intervenção mínima, o aplicador do direito, deve impor a pena somente nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido.

⁷ EL HIRECHE, Gamil Föppel, **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1ª Edição. Editora Forense: São Paulo, 2004, pág. 75.

O princípio da humanidade diz que a pena deve respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano. Não pode violar a sua integridade física e nem receber nenhum tratamento cruel, desumano ou degradante ao preso. É por essa razão que a jurisdição brasileira não adota como penas a prisão perpetua e a de morte.

Por ultimo, o princípio da individualização tem como significado, eleger a justa e adequada sanção penal para cada condenado. Evita-se assim, a mecanização da aplicação da pena, ou seja, a padronização da pena. Para que não exista um modelo penal injusto e pobre, o juiz deve aplicar a quantidade que, no caso concreto, atenda à finalidade da pena, ou seja, a recuperação social do criminoso.

4 - FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

A função social da pena, relacionada à função social do Direito Penal, direciona eficazmente à sociedade a qual se destina, pois em relação a ela que a pena tem as tarefas de protegê-la e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal.

Não basta a retribuição pura e simples, pois ainda que a teoria mista seja a acolhida pelo sistema pela brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.

Em sua aplicação prática, a pena necessita passar pela análise de raciocínio mais atuais, impedindo que torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor.⁸

5 - CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

O bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitação pode ser a liberdade (pena privativa de liberdade), o patrimônio (pena de multa), a vida (pena de morte), nos casos excepcionais previstos no art. 5º, XLVII, “a”, da CF ou outro direito qualquer, de acordo com a legislação em vigor (penas restritivas de direito).

⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. P.110

Quanto ao critério constitucional, as penas estão definidas pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. O rol é exemplificativo, pois se admite, dentre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Por outro lado, não são permitidas penas de morte, salvo em casos de guerra declarada, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Quanto ao critério adotado pelo Código Penal, as penas previstas, em seu artigo 32, são as privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

6 - PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Largamente utilizada nas modernas legislações, a prisão era utilizada antigamente apenas como forma de evitar que o acusado fugisse, podendo assim aplicar as penas que normalmente eram utilizadas, como mutilamento, pena de morte, dentre outras.

Como pena, a prisão surge com o direito canônico, que usava a mesma para que pudesse recolher, em cela, os religiosos que houvessem praticado delitos eclesiásticos, como também aqueles submetidos a julgamento pelos tribunais de liberdade. Por muito tempo foi utilizada sem que houvesse condições mínimas de segurança e salubridade. Na segunda metade do século XVI, houve um movimento para que se desenvolvesse as penas privativas de liberdade, sobretudo com a construção de prisões, que eram originalmente destinadas a acolher todo tipo de pessoas que eram julgadas como fora da sociedade, como mendigos, prostitutas, etc.

A natureza da pena privativa de liberdade já está contida em seu próprio nome, que é a retirada do condenado, de uma forma rígida ou não, o direito a liberdade. Também é conhecida como pena de prisão, que são as que têm como objetivo privar o condenado do direito de ir e vir.

O meio pelo qual se efetiva o cumprimento da pena privativa de liberdade é o regime ou sistema penitenciário. São divididos em fechado, semiaberto e aberto, assim como elenca o art. 33, parágrafo 1º.

O Direito Penal brasileiro admite três espécies de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção, relativas a crimes (CP, art. 33, caput), e prisão simples, inerentes às contravenções penais (LCP, art. 5º, I).

Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, existem basicamente cinco: a primeira é que a reclusão é cumprida inicialmente nos regimes

fechado, semiaberto e aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto; a segunda é que a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; a terceira é que a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial; a quarta é que a reclusão é cumprida em primeiro lugar; e por último, a reclusão é prevista para crimes mais graves; já a detenção, é reservada para os mais leves, motivos pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito.

Há ainda, algumas diferenças refletidas no processo penal, tais como a proibição de fiança aos delitos apenados com reclusão, cuja pena mínima cominada for superior a dois anos, o que acaba gerando outros efeitos, como o caso da intimação da sentença de pronúncia, que deve ser pessoalmente feita ao réu, quando se tratar de delitos contra a vida apenados com reclusão.

Em relação ao cumprimento das penas, as mais graves devem ser cumpridas primeiro lugar, independentemente da ordem de chegada às guias de recolhimento, que são as peças iniciais da execução penal. Portanto, cumpre-se primeiramente a pena de reclusão e, na sequência, se houver a pena de detenção (art. 69, caput, CP).

A competência para execução da pena privativa de liberdade é do juízo das execuções penais (LEP, art. 1º). E, nos termos da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça: “competem ao juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

7 - REGIME PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA

A progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrente do princípio da individualização penal.

O artigo 112 da Lei de Execução Penal traz que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e

ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que impedem a progressão.

Significa dizer que, a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando, caso demonstre merecer o benefício.

É vedada a progressão por saltos, que é a passagem do regime fechado para o aberto. Não se pode pular o estágio no regime semiaberto, em atenção à necessidade de recuperação gradativa do condenado para retorno à sociedade.

Já a regressão por saltos, que é a passagem direta do regime aberto para o fechado é permitida, uma vez que o artigo 11, caput, da Lei de Execução Penal permite a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos.

8 - REVISÃO CRÍTICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No estudo de Foucault, a instituição da prisão substitui o meio punitivo existente na sociedade feudal. Em seu escrito, *Vigiar e punir*, Foucault irá demarcar o nascimento da prisão no século XIX, como uma instituição de fato. Esta surge sem uma justificativa teórica, aparecendo num determinado momento como necessária na construção da rede de poder para controlar todas as formas de ilegalismos, dividindo e opondo uns aos outros.

É considerada como sendo a espinha dorsal do sistema penal brasileiro, por ser considerada a forma principal de punição.

Analisando fatos, uma boa parcela da sociedade comete delitos e somente uma pequena parcela da mesma sofre alguma punição. Inúmeros crimes são cometidos e apenas uns poucos são retribuídos com pena, logo, o Direito Penal passa a não valorizar mais o ato delitivo, mas as características de quem o comete.

A maior parte da população que se encontra presa hoje, não possui o primeiro grau completo e é pobre⁹. Isto retrata bem a já tratada seletividade do sistema penal e confirma que qualquer política criminal deve partir de uma ampla política social que objetive minorar a chamada violência estrutural.

⁹ Itens 23 e 39 do Censo Penitenciário Nacional realizado em 1994.

Esta seletividade colabora para o distanciamento das funções da pena privativa de liberdade, até por que não é possível falar, intimidação ou confiança no ordenamento legal enquanto impunidade ainda for regra.

Em relação à ressocialização, que é um dos fins da pena segundo a teoria preventiva especial negativa, a situação é ainda mais grave. A violência, o consumo de drogas, a falta de higiene, a superlotação, falta de perspectiva, enfim, o desrespeito à própria integridade física do detento, realidade dos presídios brasileiros, tornam a ressocialização impossível.

O sistema penal conduz a marginalização do delinquente. É praticamente impossível falar em ressocialização quando a função única atingida pela prisão é a de separar o criminoso da sociedade, através de uma cela. Além disso, a população não é preparada para receber um ex-detento.

É por essas e por outras, que uma vez iniciada a vida criminosa, é muito provável que essa situação se perpetue, pois é fato que nossas prisões se tornaram ótimos ambientes a desenvolver a violência nos detentos. O índice de reincidência no Brasil ultrapassa os 80%¹⁰.

Para Foucault¹¹, a história da prisão é a história de 200 anos de fracasso, reforma, novo fracasso e assim por diante. Além disso, ele considera o sistema carcerário um local marcado por eficácia invertida, pois ao invés de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência.

Os objetivos reais do sistema carcerário são os de legitimar a relação de poder da classe mais abastada, que são os que normalmente detêm o poder, com a escala mais pobre da sociedade, definindo assim, a lei penal como instrumento de classe.

Infelizmente, o Estado não tem condições de manter condignamente todos os presos condenados. Faltam recursos humanos e materiais para garantir a tão sonhada reeducação e ressocialização do infrator. A prisão, em vez de um organismo de custódia tendente à recuperação de presos, é hoje uma verdadeira escola para a prática de toda espécie de delito e um forno de produção do aumento da criminalidade.

A pena privativa de liberdade é prescindível e chega até a ser injusta em certos casos. A grande massa da população associa a ideia de justiça na esfera penal com a pena de prisão, portanto, não se faria justiça se o infrator não fosse condenado e preso. Por menor que fosse o conflito, a vítima sempre se acha no direito de reclamar e pedir a prisão do seu ofensor.

¹⁰ Cf. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2003)

¹¹ FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 251-254.

Para que evite a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade, surgem as penas restritivas de direito, também conhecidas como penas alternativas.

9 - ABOLICIONISMO PENAL

O movimento abolicionista consiste em uma nova forma de pensar o Direito Penal, mediante o debate crítico do fundamento das penas e das instituições responsáveis pela aplicação do desse ramo do Direito. Para enfrentar a crise penitenciária que cresce a cada dia, nos mais variados cantos do mundo, existe a proposta de descriminalização de determinadas condutas, que é quando o crime deixa de existir, e a despenalização de outros comportamentos, que subsiste o crime, mas desaparece a pena. Em outros casos, atenuam-se consideravelmente as sanções penais dirigidas às condutas ilícitas de maior gravidade.

De acordo com um dos principais escritores da corrente abolicionista, Louk Hulsman, o sistema penal constitui-se como um problema em si mesmo, pois cuida de uma inutilidade, incapaz de resolver os problemas que se propõe a solucionar. Sustenta assim, a abolição total do mesmo.¹²

Para a corrente abolicionista, a forma atual de punição, escolhida pelo Direito Pena, é falha, pois a reincidência aumenta diariamente. Além disso, a sociedade não cede a prática de infrações penais, principalmente se for considerada a cifra negra da justiça penal, ou seja, nem todos os crimes praticados são conhecidos e apurados pelos operadores do Direito. Dentre os apurados, somente alguns resultam em condenação e menos ainda são os que cumprem integralmente a pena imposta.

De acordo com Luigi Ferrajoli¹³, o abolicionismo penal, diante da sua proposta central, que é de eliminar o sistema penal, descriminalizar condutas e acabar com penas, o abolicionismo penal é considerado uma utopia até mesmo pelos representantes do direito penal mínimo e do garantismo penal.

10 - REGRAS DE TÓQUIO

¹² HULSMAN, Louk. Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa. Trad. Espanhola Sergio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984. Pág. 31.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 6ª.ed.trad. por Ana Paula Zomes, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes, Roma: Laterza, 2000, pág. 317-318.

Com a constatação de que a pena privativa de liberdade não atinge mais seu fim precípua, ou seja, a ressocialização do apenado, o mundo passou a repensar os sistemas punitivos vigentes e, os estudiosos do Direito Penal reuniram-se para tentar criar novas formas de punição, diversas da pena de prisão, que recuperem o delinquente.

As regras mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade, regras de Tóquio, são o resultado de debate e intercambio de experiências mundiais iniciadas em Tóquio, entre vários países do mundo. Esse encontro foi comandado pela ONU, que foi a instituição de maior destaque nesse movimento despenalizador, a qual passou a realizar congressos e reuniões para que houvesse um intercâmbio de experiências mundiais entre os criminalistas e autoridades de diversos países.

As Regras de Tóquio constituem um passo importante para aumentar a eficiência da resposta da sociedade ao delito, tendo como finalidades precípuas a aplicação de medidas não privativas de liberdade e a garantia do respeito aos direitos e dignidade humana, independente de serem delinquentes.

Outro fator primordial estabelecido pelas Regras de Tóquio é a participação intensa da comunidade na execução das medidas não privativas de liberdade. Com essa participação da sociedade, auxiliando o Estado na administração da Justiça Penal, melhora-se a compreensão e aceitação dessas medidas alternativas, posto que o público tem mais acesso aos resultados benéficos do processo de recuperação do apenado, resultados esses, oriundos da aplicação eficaz dessas medidas despenalizadoras, as quais acabam ganhando mais credibilidade dentro do cenário penal.

De acordo com Damásio, As Regras de Tóquio são consideradas como instrumento internacionalmente reconhecidos sobre direitos humanos, pois revolucionou o sistema penal do mundo inteiro ao introduzir medidas alternativas à prisão.

É importante ressaltar que as Regras de Tóquio influenciaram a edição da Lei nº 9.714/98, e estimularam a efetiva aplicação das penas alternativas no Brasil, bem como, estabeleceram diretrizes para a execução de tais medidas.

11- PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Com origem no positivismo criminológico do século XIX, as penas alternativas à prisão, além dos pressupostos humanísticos da pena, são reflexos das alterações que o Estado

vem sofrendo a respeito de suas concepções sobre o sistema de justiça penal e os fins da pena numa sociedade complexa e cheia de variações. No entanto, as alternativas a pena privativa de liberdade, adquirem maior dimensão e grau de importância com a globalização do modelo norte-americano de controle social sobre o delito.

A busca de alternativas à pena de prisão começa pela efetiva adoção de um Direito Penal de intervenção mínima, de atuação em ultima ratio, onde se recomenda sua atuação somente na defesa dos bens juridicamente imprescindíveis à convivência harmônica em sociedade.

Fala-se atualmente, eu falência da pena de prisão, provocada por diversos motivos, e também pelo seu fator contrario a um dos objetivos da mesma. A privação, muitas vezes estimula o crime.¹⁴

As penas restritivas de direito são penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através da restrição de determinados direitos. É um movimento conhecido como fuga da pena.

São sanções penais autônomas e substitutivas. São substitutivas porque derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Não há, no Código Penal, tipos incriminadores prevendo, no preceito secundário, pena restritiva de direito. Portanto, quando o juiz aplicar pena privativa de liberdade, pode substituí-la por restritiva de direito. São autônomas porque subsistem por si mesmas após a substituição.

Apesar de já citado o caráter substitutivo da pena restritiva de direitos, atualmente já se pode encontrar exemplos de penas restritivas, com montantes próprios, aplicáveis independentemente das penas privativas de liberdade. Como por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro, no art. 292, dispõe que suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidade.

As penas alternativas são mecanismos que proporcionam aos apenados uma experiência socializadora positiva, bem como um envolvimento da sociedade no processo de

¹⁴ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pag. 157.

recuperação de suas relações interpessoais, familiares e sociais, de forma que os mesmos retornem regenerados à sociedade, livres das mazelas que os infectaram.

12 - ESPÉCIES DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas restritivas de direitos podem ser genéricas ou específicas. Genéricas, são as que substituem as penas privativas de liberdade em qualquer crime, desde que presentes os requisitos legais. Específicas, são as penas restritivas de direitos que substituem as penas privativas de liberdade aplicadas como decorrência da prática de crimes determinados.

No Código Penal, art. 43, em um rol exaustivo, estão expressos as modalidades das penas restritivas, que são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito a vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Pode, conforme o caso, transformar-se em prestação de outra natureza, conforme veremos no item próprio.

A perda de bens e valores consiste na transferência, em favor do Fundo penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais.

A interdição temporária de direitos é a mais autêntica pena restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida, ou frequentar determinados lugares.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas.

13 - APLICABILIDADE

A substituição da pena privativa de liberdade está condicionada ao atendimento de diversos requisitos indicados pelo art. 44, I a III, do Código Penal, de duas ordens: objetivos e subjetivos.

Requisitos objetivos:

Quantidade da pena aplicada – pena não superior a quatro anos, ainda que seja o crime de natureza dolosa, pois sendo a pena in concreto não superior a quatro anos, torna-se passível de substituição, desde que preenchidos os demais requisitos. Quanto aos crimes culposos, independe a quantidade da pena aplicada.

Natureza do crime cometido – neste caso, como dito antes, não importa a natureza crime cometido, seja ele doloso ou culposos, cabe a substituição, contudo ao crime culposos é dado o privilégio da substituição, em caso de pena superior a quatro anos, o que não é cabível quando nos dolosos.

Modalidade de execução - sem violência ou grave ameaça à pessoa. Aqui se considera o meio pelo qual foi praticado o crime. Assim se o meio utilizado foi o da violência ou grave ameaça, não será cabível a substituição.

Requisitos Subjetivos:

Referem-se à pessoa do condenado. De acordo com o artigo 44, II, do Código Penal, o criminoso não pode ser reincidente no crime doloso. Porém, existe uma exceção, que é quando, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. Assim, o reincidente em crime doloso pode ser beneficiado pela substituição quando estiverem presentes dois requisitos cumulativos, que são, não se tratar de reincidente específico e que a medida seja socialmente recomendável.

Nos casos de crimes culposos, a reincidência não é impedimento de substituição de pena privativa por pena alternativa.

14 - CRIMES HEDIONDOS

Fernando Capez¹⁵, adepto da teoria da não aplicabilidade das penas alternativas aos crimes hediondos, afirma que, normalmente os requisitos legais por si só impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação aos crimes hediondos ou equiparados, pois a plena aplicada é superior a quatro anos, ou então são cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

Segundo a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, a pena por crime previsto deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, já que de grande nocividade social estes são delitos. Diante disto, o benefício da pena alternativa não poderá ser concedido.

Entretanto, poderá o preso progredir de regime conforme venha adquirindo condições graduais de retorno ao convívio social, o que cumpre o Princípio Constitucional da individualização da pena.

15 - AS PENAS ALTERNATIVAS NO BRASIL E A SUA EFICACIA

Além da ideia de se atingir uma maior ressocialização e uma menor reincidência criminosa do delinquente, as penas alternativas no Brasil possuem outros propósitos, que são, de acordo com Luiz Flavio Gomes¹⁶, as abaixo:

- 1) Diminuir a superlotação dos presídios, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena;
- 2) Reduzir os custos do sistema penitenciário;
- 3) Favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização;
- 4) Reduzir a reincidência;
- 5) Preservar, sempre que possível, os interesses da vítima.

Se todos os crimes tivessem como pena a prisão, o sistema prisional não aguentaria, pois já abriga muito mais presos do que suporta.

Atualmente, existem 20 varas especializadas em penas alternativas em funcionamento em todo o País. E 389 centrais e núcleos de monitoramento, coordenados pelo Departamento Penitenciário Nacional, controlam o cumprimento das penas, com a colaboração de uma rede

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, pág. 349.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

de cerca de 12 mil escolas, hospitais, organizações não governamentais (ONGs), movimentos sociais, entidades comunitárias e institutos mantidos por centros universitários e até por empresas particulares.

Além de ajudar a desafogar prisões superlotadas, as penas alternativas têm reduzido os índices de reincidência criminal. Uma pesquisa realizada pelo grupo de criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília¹⁷ entre condenados a penas alternativas, por crime de furto e roubo no Distrito Federal, revelou que a reincidência entre eles é de 24,2% ante uma taxa de 54% entre os condenados que cumprem pena em penitenciária. No caso dos crimes mais leves, como rixa e delitos de trânsito, a reincidência cai para 1,6%, segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça.

Mais do que o perfil punitivo, a pena alternativa tem se mostrado eficiente quando no trato dos defeitos e problemas do sistema carcerário brasileiro, que são a não recuperação e não reeducação dos presos, a reincidência ou a prática de novos crimes, a superlotação, os altos custos, as condições precárias a que são submetidos tanto os funcionários como os apenados, a violência gerada nas penitenciárias e o seu reflexo na sociedade, além do preconceito que irão enfrentar os egressos do sistema carcerário.

Em números podemos avaliar a eficiência da pena alternativa. De acordo com o Ministério da Justiça, Pronasci (2008), apenas 60% dos que estão em presídios cumprem integralmente a pena estabelecida, contra 90% dos que receberam penas alternativas. Além disso, mais de 80% das pessoas que estão nos presídios são reincidentes. Essa taxa baixa para menos de 10% em se tratando do sistema alternativo.

Segundo a Comissão Nacional de Penas Alternativas (Conapa)¹⁸, no Brasil, a aplicação de penas alternativas cresceu 412% nos últimos cinco anos. Com isso, o Estado também gasta menos, cada apenado custa aos cofres públicos aproximadamente R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos) reais ao mês, nas penitenciárias federais esse valor pode chegar a cerca de R\$ 4.800, 00 (quatro mil e oitocentos) reais. O valor para os que receberam penas alternativas é menor que R\$ 50 mensais. Com relação à reincidência, no máximo 12% das pessoas que cumprem penas alternativas voltam a cometer delitos. Já em relação aos encarcerados, esse percentual fica entre 70% e 85%.

¹⁷ <http://www.unb.br/noticias/bcopauta/index2.php?i=603>, 23/08/2001, 14h54min.

¹⁸ <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ8F939E3DITEMIDEA34D33CA3D64EF2B3BCE74FD22C01EBPTBRNN.htm>, 15/06/2011, 14h25min.

Dos 422 mil presos do país, metade se encontra em situação provisória, ainda sem condenação. Grande parte poderia estar aguardando o julgamento em liberdade, por não ser reincidente. E destes, em torno de 66 mil (30%) estão sujeitos a receber penas alternativas à prisão, pelo fato do delito cometido não ultrapassar quatro anos, se houver condenação.

O Sistema Penal Brasileiro, repressivo e muitas vezes ineficaz, que atinge em sua maior parte, a população mais pobre, serve para demonstrar qual o grupo social reinante. Exclui os marginalizados, para que aqueles, que são considerados como os cumpridores da lei, que são os que possuem capacidade de viver uma vida digna, possam se sentir em paz.

Alguns dos princípios da pena, que é de evitar que ocorram novos crimes e dar uma nova oportunidade aos criminosos, não são exercidos, principalmente porque as leis penais são puramente repressivas.

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis.

As penas alternativas sem dúvida representam o melhor caminho para que, os condenados por crimes de menor potencial tenham a oportunidade de cumprir o que lhes for estipulado na pena, de forma menos traumática.

16 - CONCLUSÃO

A execução da pena privativa de liberdade merece atenção desde que ela passou a ser a principal forma de sanção penal com o desenvolvimento das instituições penais. O estudo da mesma é relevante, pois ela não possui, em teoria, uma finalidade retributiva e repressiva, mas também, um fim utilitarista, que é o da reeducação e recuperação do apenado.

Varias mudanças aconteceram nas funções da pena durante a evolução humana, mas não deixou de ser um mal imprescindível e indispensável na sociedade atual. Infelizmente, mesmo que em crise, a pena privativa de liberdade ainda é necessária, para aqueles que infringem os bens jurídicos mais importantes, sendo para outros, aqueles que cometem delitos mais leves, apenas uma forma de castigo imposta pelo Estado.

A crise enfrentada pela pena privativa de liberdade acontece, pois ela não consegue alcançar adequadamente, hoje em dia, os fins da prevenção geral, especial e ressocializador.

Há várias deficiências presentes nos nossos presídios, assim como a superlotação, a mescla dos presos, a corrupção dos agentes, a falta de preparo da equipe, falta de assistência psicológica, ausência de assistência ao egresso, falta de trabalho, falta de higiene e de condições adequadas que possibilitem a vivência dentro dos ditames da lei, as quais acarretam no aumento da criminalidade, na expansão das facções criminosas e na indignação dos presos, gerando rebeliões que acabam por afetar a sociedade aqui fora.

As penas alternativas surgem com o pretexto de reduzir custos ao Estado, acelerar os processos judiciais penais e como forma de abrandar as penas definidas aos delinquentes.

A aplicação de penas alternativas é uma das soluções para o sistema penitenciário, porém, carece de meios de fiscalização capazes, mas que certamente custariam muito menos para o Estado do que investir em casas de reclusão. Sendo que o retorno social e educacional seria muito mais proveitoso para a comunidade.

Ainda assim, mesmo que existam todos os requisitos necessários para que haja a ressocialização do preso, como assistência psicológica, trabalho, dentre outros, ela continuaria a ser eficaz, porque falar de ressocialização só se tem sentido quando a sociedade na qual se pretende reintegrá-lo é uma sociedade com uma ordem social e jurídica justa. O desenvolvimento do sistema penal deve andar lado a lado com o da sociedade, que deve aprender a viver em liberdade, respeitando os valores sociais e trabalhando como fiscal, cooperando com o Estado.

Para que a sociedade possa atuar na finalidade de reinserção do condenado, ela deve ser incentivada, principalmente, através de políticas públicas impostas pelo Estado. É necessário extinguir a ideia solitária de vingança que gira em torno da pena de prisão, já que há outros objetivos a serem alcançados, como preparar o indivíduo para o retorno ao convívio social, de modo a impedir que ele volte a delinquir.

Por fim, a execução penal deve ser analisada no aspecto prático da norma, passando a individualizar a punição e tentando atingir os fins sociais da pena, para que a sociedade na qual vivemos, mesmo que um pouco utópica, um local melhor de se viver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

Censo Penitenciário Nacional realizado em 1994.

Choukr, Luiz Flávio Gomes, Roma: Laterza, 2000.

EL HIRECHE, Gamil Föppel, **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1ª Edição. Editora Forense: São Paulo, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 6º.ed.trad. por Ana Paula Zomes, Juarez Tavares, Fauzi Hassan, 2003.

FOUCAULT, **Vigiar e Punir**. Petrópolis, Vozes, 1977.

GOMES, Luiz Flávio, **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia

HULSMAN, Louk. **Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia uma alternativa**. Trad. Espanhola Sergio. Politoff. Barcelona: Ariel, 1984

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. P.110

MUÑOZ CONDE, Bosch, 1975 .

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General

Fábio Santos Ferreira

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

Matrícula: 11011DIR091

