



**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO**

**A LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIAS À
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

GEDER LUIZ ROCHA GOMES

ORIENTADOR: PROF. DR. FERNANDO JOSÉ SILVA

**LISBOA
MAIO DE 2018**

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

**A LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIS À
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

GEDER LUIZ ROCHA GOMES

**Tese submetida ao
Departamento do Curso de
Doutoramento em Direito,
Universidade Autónoma de
Lisboa para a obtenção do
grau de Doutor em Direito,
sob a orientação do Prof. Dr.
Fernando José Silva.**

ORIENTADOR: PROF. DR. FERNANDO JOSÉ SILVA

Lisboa

Mai de 2018

GEDER LUIZ ROCHA GOMES

**A LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIS À
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Departamento
de Direito da Universidade Autónoma
de Lisboa, no Curso de Doutoramento
em Ciências Jurídicas, como requisito
parcial para obtenção de Título de
Doutor em Direito.

Lisboa, ____ de _____ de 2018.

Orientador:

Prof. Fernando José Silva, Doutor.

Prof. _____, Doutor

Prof. _____, Doutor

A Hítalo Rocha Gomes, Erick Rocha Gomes, Gêder Rocha Gomes, Tamir Rocha Gomes e Giovanna Rocha Gomes, filhos amados. A prova de que se pode viver mais de uma vez.

A Gislaine Rocha Gomes, mãe, extremamente dedicada, responsável pela maior parte da minha construção como ser humano.

A Cynara Rocha Gomes, minha mulher, por todo o amor, dedicação e companheirismo

AGRADECIMENTOS

São vários e sinceros:

A Othon Figueredo Gomes, *em memória*, pai, sempre presente nos momentos decisivos da vida.

A José Carlos Machado e Francisco Rocha, tio e avô, referências humanas da minha formação.

À Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça (CONAPA), pelo convívio e oportunidade da inserção e do engajamento na causa das alternativas penais.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, pela colaboração.

Ao Orientador, Professor Doutor Fernando José Silva, pela consideração, compreensão e apoio na condução da profícua orientação deste trabalho.

Quando cheguei a reconhecer nos piores dos encarcerados um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; então compreendi que os homens não se podem dividir em bons e maus, tampouco em livres e encarcerados, porque há fora do cárcere prisioneiros mais prisioneiros do que os que estão dentro e há, dentro do cárcere, mais libertos, assim da prisão, dos que estão fora. Encarcerados somos todos, mais ou menos, entre os muros do nosso egoísmo.

Francesco Carnelutti, 1995.

RESUMO

A punição é um fato que sempre permeou a trajetória do homem. Discute-se, predominantemente, não a necessidade de sua existência, mas de que forma realizá-la. A História registra uma variedade de fundamentos para a punição, perpassando por razões que envolveram os fenômenos naturais, a religião, a vingança privada, a vingança pública, a formação do Estado, a defesa social, entre outros. Neste processo, a punição evoluiu desde a utilização de sanções horrendas e grotescas, como mutilações, açoites, banimento, morte, privação da liberdade, multa, até as contemporâneas penas e medidas restritivas de direitos. Todas estas formas de punir sempre buscaram respaldo em sustentação teórica, para, cumprindo suas finalidades declaradas, considerarem-se adequadas. Atualmente, as finalidades da pena repousam nos fundamentos das teorias da pena, principalmente nas denominadas retributivas, preventivas e ecléticas. Com o modelo de Estado Social Democrático de Direito, a punição passou a ser orientada por princípios de teor humanístico, balizados no respeito à dignidade da pessoa humana, como se verifica no Estado brasileiro, conforme disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Assim, legítimas são as penas que obedecem a este regramento. Neste cenário, a pena privativa de liberdade que se tornou, a partir do século XVIII, a principal modalidade de punição utilizada perde a credibilidade e entra em crise por não atingir suas finalidades declaradas e demonstrar incapacidade de obedecer aos princípios constitucionais garantidores do caráter humanitário e do respeito à dignidade da pessoa humana. Surge, então, um conjunto de medidas sancionatórias denominadas alternativas penais à prisão, destinadas às infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, cuja punição, por meio da prisão, revela-se desproporcional e excessiva. No Brasil, as alternativas penais foram introduzidas pela Lei nº7.209/94 e, após as denominadas Regras de Tóquio, foram expandidas pelas Leis nº9.099/95 e 9.714/98. Destarte, questiona-se acerca da legitimidade e adequação da utilização da prisão como regra para as infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, em face do conteúdo principiológico constitucional e da existência de um sistema alternativo de penas. Conclui-se que a utilização das alternativas penais é a forma mais legítima e adequada para o cumprimento das finalidades declaradas da pena, no sistema penal brasileiro, no que tange às infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo. Em razão disto, propõe-se uma reordenação do sistema punitivo, conformando-o aos comandos constitucionais vigentes, por meio da inversão das sanções previstas nos tipos penais de menor e médio potencial ofensivo, para cominar as alternativas penais como regra e a prisão como exceção.

Palavras-chave: alternativas penais; legitimidade; adequação; infrações de pequeno e médio potencial ofensivo.

ABSTRACT

Punishment has always been part of mankind's history. If its very own importance isn't commonly put into question, the ways to exercise it are deeply and frequently discussed. History records many justifications for punishment, such as forces of nature, religion, revenge, public revenge, State's organization, social defense, among others. During this evolution, punishment have consisted in a wide range of sanctions, from horrendous and cruel ones, like mutilations, whipping, banishment, death penalty, imprisonment, fines, to contemporary and alternative restrictions on some individual rights fruition. All those forms of punishment have always found support on theories according to which, if they accomplished their declared goals, they could be justified and, thereby, legitimated. Currently, these theories present punishment goals as retribution, as prevention, or as both of them. In a democratic State under the rule of law, penalties become oriented by humanitarian principles, such as dignity of the human person, inscribed in the Brazilian Constitution (art. 1º, III). Thus, no punishment can be legitimated when in disregard of these principles. Then, imprisonment, that has become, since the 1700s, the main form of punishment, collapses and loses credibility for not accomplishing its goals, neither respecting the dignity of the human person. So, a number of alternate measures emerges, in order to sanction minor and medium offences, to which imprisonment would be extremely harsh and disproportional. In Brazil, alternate measures came first with Law nº 7.209/84 and, after Tokyo Rules, were expanded by Laws nº 9.099/95 and 9.714/98. With all that was said above, this work questions if imprisonment is legitimate or adequate to sanction minor and medium offences, considering the constitutional principles and the currently available alternate measures. Conclusion is: alternate measures are the most legitimate and adequate way to accomplish punishment's goals, concerning minor and medium offences, as declared in brazilian criminal system. Because of that, a rearrangement of the punitive system is proposed, that could mold it to the constitutional principles, by establishing alternate measures as a rule, and imprisonment as an exception.

Keywords: alternate measures; legitimacy; adequateness; minor offences

SOMMARIO

La punizione è un fatto che da sempre ha permeato la traiettoria dell'uomo. Ciò di cui si discute, prevalentemente, non è la necessità della sua esistenza, ma la forma in cui si deve mettere in atto. Nella storia dell'Uomo si registra una varietà di argomenti a favore della punizione, ove si intrecciano motivi che coinvolgono, tra gli altri, i fenomeni naturali, la religione, la vendetta privata, la vendetta pubblica, la formazione dello Stato e la difesa sociale. In questo processo, la punizione si è evoluta a partire dall'utilizzo di sanzioni orrende e grottesche quali le mutilazione, le flagellazioni, la messa al bando, la morte, la privazione della libertà, la multa, fino a giungere alle attuali pene e misure restrittive dei diritti. Tutte queste forme di punizione cercano di appoggiarsi ad argomentazioni teoriche al potersi considerare adeguate nel momento in cui realizzino le finalità che si propongono di attuare. Attualmente, i fini della pena si basano sui fondamenti delle teorie della pena, in particolare in quelle c.d. retributive, preventive e eclettiche. Con il modello dello Stato Sociale Democratico di Diritto, la punizione ha cominciato a permearsi dei principi di tipo umanistico, fondati dal rispetto della dignità umana, come accade nello Stato Brasiliano, secondo a quanto dispone l'art. 1°, III, della Costituzione Federale. In questo modo, sono legittime le pene che rispettano tale disciplina. In tale scenario, la pena della privazione della libertà, che a partire dal secolo XVIII era considerata la principale e più utilizzata modalità di castigo, finisce col perdere di credibilità e entra in crisi non riuscendo a realizzare le proprie finalità dichiarate e dimostrando la sua incapacità di rispettare i principi costituzionali a garanzia del carattere umanitario e del rispetto alla dignità della persona umana. Si afferma così un insieme di misure sanzionatorie alternative al carcere, destinate alle infrazioni di basso e medio potenziale offensivo, che sarebbe sproporzionato e eccessivo punire con la prigione. In Brasile, le pene alternative sono state introdotte dalla L. n°7.209/94 e, dopo le c.d. Regole di Tokio, ampliate dalle L. n°9.099/95 e 9.714/98. Di conseguenza, si è discusso sulla legittimità e adeguatezza dell'utilizzo del carcere per le infrazioni di basso e medio potenziale offensivo, in relazione al contenuto dei principi costituzionali e all'esistenza di un sistema alternativo della pena. Si è giunti pertanto alla conclusione che – in Brasile, e per ciò che riguarda le infrazioni penali di basso e medio potenziale offensivo – l'utilizzo delle pene alternative è la misura più legittima e adeguata per il raggiungimento delle finalità che la pena si propone. Per tali motivi, si propone un riordino del sistema punitivo, che si conformi ai precetti costituzionali vigenti, attraverso l'inversione delle sanzioni previste per le fattispecie penali di minore e medio potenziale offensivo, al fine di individuare nelle pene alternative la regola e nel carcere l'eccezione.

Parole chiave: pene alternative; legittimità; adeguamento; infrazioni di basso e medio potenziale offensivo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AJUFE	Associação dos Juízes Federais
APAC	Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
CEAPA	Central de Penas e Medidas Alternativas
CEAPA/BA	Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas da Bahia
CEMA	Central de Medidas Alternativas
CENAPA	Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas
CEPEMA	Central de Coordenação da Execução das Penas e Medidas Alternativas
CESEC	Centro de Estudos de Segurança e Cidadania
CF	Constituição Federal
CGPMA	Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CONAPA	Comissão Nacional do Programa de Penas e Medidas Alternativas
CONEPA	Congresso Nacional de Execução de Penas Alternativa
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRM	Conselho Regional de Medicina
CRP	CRP Constituição da República Portuguesa
CSPCCO	Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
FIPP	Fundação Internacional Penal e Penitenciária
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
GEPAIS	Gerência de Penas Alternativas e Integração Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ILANUD	Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente
LEP	Lei de Execução Penal
MJ	Ministério da Justiça
MP	Ministério Público
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
PAI-PJ	Programa de Assistência Integral ao Paciente Judiciário
PRONASCI	Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
SAP/SP	Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENASP	Secretaria Nacional de Segurança Pública
SNDH	Secretaria Nacional de Direitos Humanos
SNJ	Secretaria Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SUSP	Sistema Único de Segurança Pública
TIG	Trabalho de Interesse Geral
TJ	Tribunal de Justiça
UNAFRI	Instituto das Nações Unidas Africanas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

CAPÍTULO I — INTRODUÇÃO	<u>25</u>
CAPÍTULO II — A PUNIÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS	<u>29</u>
2.1 AS RAZÕES DA INTERVENÇÃO PUNITIVA	<u>29</u>
2.2 A PENA	<u>35</u>
2.2.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA	<u>35</u>
2.2.1.1 A PENA E SEUS PRIMÓRDIOS	<u>35</u>
2.2.1.2 A PENA E A ANTIGUIDADE	<u>37</u>
2.2.1.3 A PENA E O PERÍODO MEDIEVAL	<u>38</u>
2.2.1.4 A PENA E A ÉPOCA MODERNA	<u>40</u>
2.2.1.5 A PENA E A ÉPOCA CONTEMPORÂNEA	<u>42</u>
2.3 AS TEORIAS DA PENA	<u>48</u>
2.3.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS	<u>49</u>
2.3.2 TEORIAS PREVENCIONISTAS OU RELATIVAS	<u>52</u>
2.3.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS	<u>57</u>
2.4 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	<u>62</u>
2.4.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	<u>62</u>
2.4.2 A CRISE DA PENA DE PRISÃO E SUA DISFUNÇÃO	<u>66</u>
CAPÍTULO III — O CONSTITUCIONALISMO E O SISTEMA PUNITIVO	<u>77</u>
3.1 A LEGITIMIDADE PENAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	<u>77</u>
3.2 O PARADIGMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	<u>92</u>
3.3 DIREITO DE PUNIR, DEFESA SOCIAL E RESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	<u>98</u>
3.4 O ESTADO BRASILEIRO, O SISTEMA CAPITALISTA E O DIREITO DE PUNIR	<u>109</u>
CAPÍTULO IV — O SISTEMA PUNITIVO EM PORTUGAL	<u>129</u>
4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	<u>129</u>
4.1.1 ORDENAÇÕES	<u>130</u>
4.1.2 CODIFICAÇÕES	<u>131</u>
4.2 PENAS EM ESPÉCIE	<u>134</u>
4.2.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	<u>136</u>

4.2.2 PENA DE MULTA	<u>138</u>
4.2.3 PENAS DE SUBSTITUIÇÃO	<u>141</u>
4.2.3.1 PENA DE MULTA SUBSTITUTIVA DA PENA DE PRISÃO	<u>141</u>
4.2.3.2 PENA DE PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO, FUNÇÃO OU ATIVIDADES PÚBLICAS OU PRIVADAS	<u>144</u>
4.2.3.3 PENA DE PRESTAÇÃO DE TRABALHO A FAVOR DA COMUNIDADE	<u>148</u>
4.2.3.4 PENA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE PENA DE PRISÃO	<u>152</u>
4.2.3.5 PENA DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO	<u>156</u>
4.2.3.6 PENA DE PRISÃO POR DIAS LIVRES	<u>159</u>
4.2.3.7 PENA DE REGIME DE SEMIDETENÇÃO	<u>161</u>
CAPÍTULO V — ALTERNATIVAS PENAS À PRISÃO	<u>165</u>
5.1 DAS ALTERNATIVAS PENAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL	<u>166</u>
5.2 AS ALTERNATIVAS PENAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	<u>177</u>
5.3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO BRASIL	<u>182</u>
_ 5.3.1 DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES	<u>183</u>
_ 5.3.2 DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA	<u>185</u>
_ 5.3.3 DA PENA DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS	<u>187</u>
_ 5.3.4 DA PENA DE MULTA SUBSTITUTIVA	<u>193</u>
_ 5.3.5 DAS PENAS DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DA PRESTAÇÃO DE OUTRA NATUREZA	<u>199</u>
5.3.6 DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS	<u>206</u>
5.4 DAS HIPÓTESES E FORMA DE APLICAÇÃO E DA CONVERSÃO EM PRISÃO	<u>220</u>
5.5 A TRAJETÓRIA DA CENTRAL NACIONAL DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	<u>228</u>
CAPÍTULO VI — LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAS	<u>245</u>
6.1 DA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS ALTERNATIVAS PENAS	<u>245</u>
_ 6.1.1 O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	<u>246</u>
6.1.2 ALTERNATIVAS PENAS E INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA	<u>247</u>
6.1.3 ALTERNATIVAS PENAS E INFRAÇÕES DE MENOR E MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO	<u>255</u>

6.2 DA ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAS	<u>259</u>
_ 6.2.1 O SISTEMA DAS CEAPAS	<u>266</u>
_ 6.2.2 ALTERNATIVAS PENAS E REINCIDÊNCIA CRIMINAL	<u>281</u>
_ 6.2.3 ALTERNATIVAS PENAS E DESCUMPRIMENTO DA PENA	<u>286</u>
_ 6.2.4 ALTERNATIVAS PENAS E CUSTO FINANCEIRO DA PENA	<u>290</u>
6.2.5 ALTERNATIVAS PENAS E REINserÇÃO SOCIAL	<u>295</u>
_ 6.3 AS ALTERNATIVAS PENAS COMO REGRA E A PRISÃO COMO EXCEÇÃO	<u>308</u>
CAPÍTULO VII — CONSIDERAÇÕES FINAIS	<u>315</u>
REFERÊNCIAS	<u>321</u>

“Mais que uma prisão melhor, o sensato é procurar alguma coisa melhor do que a prisão”.

Gustav Radbruch.

A presente abordagem versa sobre a perspectiva da liberdade como regra, no sistema punitivo estatal brasileiro, principalmente na aplicação e efetivação das sanções penais destinadas às infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal, CF) e da concepção hodierna do direito punitivo mínimo, dentro dos limites conceituais de legitimidade e adequação.

Assim, suscita-se a problemática: como o Estado pode sancionar, legítima e adequadamente, o autor de infrações de menor e médio potencial ofensivo, resguardando sua dignidade e, ao mesmo tempo, dando uma resposta (defesa social) efetiva à comunidade?

O trabalho demonstra que a aplicação de alternativas penais à prisão se traduz em recurso punitivo legítimo e adequado para a retribuição e a prevenção dos delitos de menor e médio potencial ofensivo.

Nessa linha de raciocínio, é forçoso afirmar que a Constituição brasileira expressa serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança, etc., e traz, também, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

A incidência dos princípios constitucionais no âmbito da ciência jurídica criminal, se estreita com a sua própria finalidade, uma vez que esta tem como instrumento, exatamente, restrições ao exercício de direito relativo a um bem jurídico, traduzido nas sanções.

Os principais estudos sobre a pena são construídos tendo como foco a ideia da identificação de suas finalidades. Contudo, é visível a incompatibilidade entre as finalidades declaradas da pena e sua dinâmica executória em face das constantes violações a direitos individuais do infrator, o que se percebe, acentuadamente, nos

dias atuais, particularmente na utilização da pena privativa de liberdade.

Neste contexto, torna-se imperativa a conscientização do divórcio existente entre as penalidades e as estruturas meramente de cunho emotivo que remetem, insistentemente, o sistema ao labirinto da vingança e do suplício.

Ressalte-se ainda que, nesse referencial, baseia-se o histórico das medidas aflitivas no que tange à sua saga desde o surgimento do próprio direito penal, com os primeiros agrupamentos humanos, no arcaico binômio crime-castigo que, de um lado, ressoa como fragmento de uma era, mas de outro, vive intensamente, hoje, em forma de feixe de regras que continuam a funcionar como meio de controle social.

Os sinais reprobatórios de todas essas formas de punir estão embrionariamente vinculados à ideia de Estado Democrático de Direito, a qual refuta quaisquer condutas que importem em torturas físicas ou morais, supressão de direitos fundamentais, degradação e humilhação do ser humano, limitação para o trabalho e o exercício dos direitos afetos à cidadania, não atingidos pelos efeitos da sentença penal condenatória.

Por óbvio, para se conceber política criminal adequada, mister se faz torná-la racional, combatendo as verdadeiras causas do crime e estabelecendo sanção eficaz, o que se tem revelado no emprego das chamadas “penas exequíveis”, obedecendo ao caráter da proporcionalidade, princípio constitucional que nas sanções, em regra curtas e médias, passíveis de conteúdo distinto da privação da liberdade, encontra melhor assentamento.

A partir dessa vertente, busca-se evidenciar uma identificação entre os fundamentos que, por vezes, viraram a página da história no que se refere a sistemas punitivos penais considerados violadores da dignidade da pessoa humana e os que hoje protagonizam a crítica ao encarceramento como principal alternativa punitiva, mormente nos delitos de menor e médio potencial ofensivo.

Destarte, a presente abordagem analisou a legitimidade e a adequação da substituição da pena privativa de liberdade, para tanto, utilizando-se as alternativas punitivas à prisão dispostas no sistema jurídico penal brasileiro, para as infrações de menor e médio potencial ofensivo. Objetiva-se, nesta linha, não só um enfoque constitucional do conceito de *legitimidade*, a partir do respeito à dignidade da pessoa humana e dos ditames do princípio da humanização da pena e da intervenção mínima do direito penal, mas, de igual modo, o conceito de “adequação” como sinônimo do atingimento das finalidades declaradas da pena.

Essa tarefa perpassa pela análise, aqui inserida, dos conceitos de “defesa social” e seu desvirtuamento na atualidade, no qual se verifica uma identificação simbiótica com a justiça criminal e a pena privativa de liberdade.

O Estudo, por sua vez, traz uma proposta de reordenação do sistema punitivo brasileiro para sugerir uma inversão na previsão dos tipos penais de menor potencial ofensivo, pleiteando a cominação de penas alternativas como regra e a privação da liberdade como exceção.

Opta-se por uma apreciação comparativa entre o sistema calcado na pena privativa de liberdade e o das alternativas penais, identificando-se aspectos positivos e negativos de ambos, por meio dos conceitos de legitimidade e adequação propostos.

Frise-se que a escolha do Tema retratado neste Estudo, deve-se ao envolvimento profissional do autor com a temática, haja vista integrar os quadros do Ministério Público Brasileiro por mais de duas décadas, com atuação na área de execução penal por mais de dez anos, tendo participado diretamente da construção do Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas à Prisão implementado no Brasil, inclusive ocupando as funções de Presidente da Comissão Nacional de Apoio a Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) e de Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Brasil (CNPCCP), órgãos do Ministério de Estado da Justiça do Brasil.

Como procedimento metodológico escolheu-se a pesquisa bibliográfica, para o referido Estudo. Tal preferência se deu porque permite ao pesquisador uma maior visão de dados mais significativos para análise, compreensão e interpretação dos dados. É importante fazer uma leitura seletiva, como lembra Salvador¹, a fim de que o material recolhido possa ser de utilidade para o pesquisador.

Essa importância da leitura é reforçada por Duhamel *apud* Dusilek².

Já se disse, inclusive, que aprende-se com os bons e os maus autores: os bons a imitá-los, os ruins a como não proceder.

Com relação à pesquisa bibliográfica, pode-se citar Gil³ para explicar suas vantagens.

¹ (1986).

² “Ler é eleger, ou seja, escolher. O ato de escolher implica em duas etapas: 1) distinguir os elementos importantes daqueles que não o são — caso da separação do joio do trigo, 2) optar pelos mais significativos e sugestivos”. (1983, p.49).

³ “A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Esta vantagem se torna particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço. Por exemplo, seria impossível a um pesquisador percorrer todo o terri-

Ribeiro⁴ faz uma observação pertinente com relação à pesquisa bibliográfica.

Manzo *apud* Marconi⁵ lembra que a bibliografia contribui para sedimentação de novos estudos.

Ferrari *apud* Marconi⁶ reforça que a bibliografia oferece ao pesquisador o fundamento de sua prática.

As limitações da metodologia em epígrafe também são destacadas por Gil⁷.

É importante destacar, também, a questão da neutralidade científica, como discute Japiassu⁸.

tório brasileiro em busca de dados sobre população ou renda per capita; todavia, se tem à sua disposição uma bibliografia adequada, não terá maiores obstáculos para contar com as informações requeridas. A pesquisa bibliográfica também é indispensável nos estudos históricos. Em muitas situações, não há outra maneira de conhecer os fatos passados se não com base em dados bibliográficos". (1996, p.50).

⁴ "A pesquisa bibliográfica não deve ser entendida como '[...] mais fácil de realizar, porque é só buscar o que está escrito nos livros'; nesse sentido, que contribuição iria o pesquisador fornecer à comunidade científica com o seu trabalho? Há, inclusive, alguns temas estudados exclusivamente através dessa metodologia, por exemplo, se se desejasse estudar o Código Comercial e a relação social, quando de sua publicação. Ter-se-ia de recorrer à pesquisa bibliográfica e, possivelmente, cumular com a análise documental, pois não haveria a possibilidade de encontrar pessoas para submetê-las ao questionário ou à entrevista". (2007, p.17).

⁵ "[...] oferece meios para definir, resolver não somente problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente". (2000, p.52)

⁶ "[...] o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações". (2000, p.52)

⁷ "Muitas vezes as fontes secundárias apresentam dados coletados ou processados de forma equivocada. Assim, um trabalho fundamentado nessas fontes tenderá a reproduzir ou mesmo a ampliar esses erros. Para reduzir esta possibilidade, convém aos pesquisadores assegurarem-se das condições em que os dados foram obtidos, analisar em profundidade cada informação para descobrir possíveis incoerências e utilizar fontes diversas, cotejando-as cuidadosamente". (1996, p.50).

⁸ (1981).

**“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”,
Voltaire.**

Neste Capítulo, abordar-se-á, desde a questão das razões para a intervenção punitiva até o quê tanto se comenta, inclusive pelo povo, que é a crise da pena de prisão, enfocaremos, ainda, um breve histórico sobre a pena, bem como suas teorias.

2.1 AS RAZÕES DA INTERVENÇÃO PUNITIVA

O conceito de punição é cultural e atravessa o tempo. Por vezes, nossas culturas entendem da existência de um paradoxo entre o ideal a ser buscado quanto à forma legítima e adequada de punir e a superação da impunidade.

A ideia de punição sedimentou a crença de que através dela podemos melhorar a nós mesmos bem como toda a sociedade. Assim, buscamos criar e educar os filhos. Assim, empreendemos rotina pessoal e no trato com familiares, funcionários, amigos etc. Desta forma, cultivamos a ideia de que a disciplina é precedida pela punição.

As punições são frutos de arranjos históricos e culturais, não estritamente necessárias ou convenientes para o alcance de um objetivo almejado. Nem sempre precisamos punir, e normalmente as punições não engrandecem e nem melhoram os homens ou a sociedade.

O porquê da punição tem conteúdo essencialmente antropológico, não sendo indispensável, mas meramente circunstante para a vida social. A decisão de punir ou não é política e não científica. Os homens punem e estão orgulhosos disto.

Ressaltamos que a punição apresenta-se propriamente como uma sanção, ulterior ao próprio conflito que a origina em espaço temporal não imediato ao fato conflitivo, permitindo, entre estes dois pontos, um momento procedimental e de conteúdo reflexivo. Não se afigura como reação, mas como fórmula que busca

eliminar o conflito originário.

A par de todo o questionamento acerca da utilidade da punição, não se pode simplesmente ignorar que o homem quer continuar punindo. A esse respeito, cabe a citação de Bobbio⁹

Assim, o que resta, então, é estruturar, da melhor forma possível, como fazer tal punição.

O fenômeno punitivo decorrente da não aceitação de comportamentos individuais que agredem o senso coletivo, manifestou-se em todos os períodos da vida das coletividades humanas. A partir da mínima forma de convivência em grupo que a História registra como clã, tribo etc., o homem exerceu ou tentou exercer esta via de controle.

Nessa fase do desenvolvimento humano, o enfrentamento do tema, ocorria tomando-se como base a ideia de que o crime era um fenômeno biológico e natural. Com a organização mínima da vida em comum, passa a ser considerado como violação da ordem social estabelecida e da estrutura da vida em grupo.

Dessa forma, a quebra da paz social e a interrupção do desejado ritmo harmônico coletivo surgem como crime e, conseqüentemente, enseja medida que busque proteger toda esta ordem concebida (pena), seja esta medida dotada de um caráter de castigo, de expiação, de vingança ou de defesa social¹⁰

Inicialmente, a punição se dava, como é sabido, de maneira rude, incivilizada e desproporcional, buscando o restabelecimento do equilíbrio da convivência coletiva, quebrado a partir do comportamento infrator.

Focado na crença em seres sobrenaturais, que, dotados de poderes especiais, distribuíam benesses ou castigos, o homem da era primitiva, punia com a visão de que, através deste instrumento, o refazimento da normalidade se daria.

Era um momento em que o resgate da normalidade justificava a punição que ocorria baseada em conteúdo condenatório.

O aspecto vingativo da punição só surge quando os agrupamentos humanos se subdividem e, por força desta divisão, passam a se enfrentar, originando a chamada vingança coletiva, que, posteriormente, dá origem à vingança individual¹¹.

⁹ “[...] a sanção apenas interior (sanção moral) não é suficiente para compor um mecanismo destinado a tornar a norma socialmente eficaz e conduzir com segurança a ação de todos os indivíduos da comunidade em direção à concórdia e à paz”. (BOBBIO, 2003, p.16).

¹⁰ Motta filho (1928).

¹¹.Tema abordado no item 2.2.1.1, relativo à pena e seus primórdios.

Por volta do século XIII, d. C., surge o confisco do conflito pelo Estado, retirando a vítima da relação conflituosa e introduzindo o modelo do monopólio do exercício do poder punitivo.

Todo o discurso justificador da adoção do modelo que atribui exclusividade ao Estado para punir é reflexo de ideologias que permeiam as diversas formas de poder em uma determinada época e local, tais como o econômico, o político e o social.

Seguindo essa linha de raciocínio, saliente-se que o Estado não possui um poder punitivo como direito atribuído pelo sistema jurídico formal, fruto de uma concepção estanque, pois o poder punitivo é uma realidade social, um fato de poder que é tão-somente tolerado e noticiado por ela, sendo fruto das relações de poder subjacentes de uma determinada sociedade.

Percebemos, contudo, que a concepção do poder de punir do Estado, ao longo da História, foi alvo de diversas justificativas: Maquiavel (1469-1527) buscava justificar o poder de punir do Estado como a maneira mais adequada para manter a segurança da sociedade e preservar o poder do soberano, argumentando que a qualificação de cruel que pudesse recair sobre o príncipe quando este impunha a manutenção da união dos súditos através do suplício, àqueles que praticassem desordens ou as deixassem ocorrer, “fazendo surgir rapinagem ou assassinatos”, era descabida uma vez que as consequências dos crimes recaíam sobre todo o povo, já as ações do príncipe só sobre o criminoso¹².

Para Thomas Hobbes (1558-1679), o direito de punir do Estado tem origem contratual, levando em conta a indisciplina instintiva da natureza humana e a necessidade de contenção da violência generalizada que decorre das ações humanas que naturalmente dão vazão a esta natureza.

Em sua obra, argumenta Hobbes¹³ que o instinto de conservação dos homens é o que os faz viver em sociedade, pois, sendo egoístas e buscando a conquista do poder, o contrato social não seria suficiente para contê-los, devendo existir um soberano. Assim, o poder absoluto assentar-se-ia em um pacto social e não num direito divino.

Segundo Jacques Bossuet (1679-1709), citado por Marques¹⁴, todo poder punitivo, como qualquer outra forma de poder, é fruto da vontade de Deus, não

¹² (MAQUIAVEL, 1983, p. 70).

¹³ (1983).

¹⁴ (2000, p. 38).

importando se tal poder ou representante deste fosse justo ou injusto, pacífico ou violento. Deste modo, o poder de punir é totalmente legítimo não importando sua forma e quem o afrontar é inimigo do povo por ser inimigo de Deus.

O poder de punir, conforme considerado naquela época, não necessitava de qualquer caráter de proporcionalidade nem finalidades quanto à recuperação do punido, visando tão-somente exortar a autoridade do soberano, representante da autoridade divina.

O sistema punitivo, portanto, ainda que exercido unicamente pelo Estado, buscava até o fim da época moderna a expiação da culpa do condenado e a demonstração do poder do Estado como instrumento de controle social, através do suplício ao considerado infrator.

Da mesma maneira que ocorria na vingança privada, a vingança pública não se despiu do objetivo de impor o sofrimento ao criminoso, apenas buscando agregar justificativas de cunho religioso, com elementos restaurativos da alma do infrator para uma vida eterna.

O caráter político embutido no poder punitivo evidenciava-se em função de não ser admitida qualquer violação às ordens do soberano ou daqueles que, em seu nome, agiam, acarretando aos que assim se comportavam, o rótulo de inimigo de Deus, merecendo, portanto, as punições mais severas.

Com os ventos humanistas soprados no século XVIII, que culminaram com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, o poder de punir do Estado sofre profundas alterações em face das modificações nas estruturas do poder político, decorrentes das conquistas liberais do chamado Ambiente das Luzes.

O denominado princípio da legalidade, hoje consagrado nos textos constitucionais das nações por todo o planeta, nem sempre reinou como requisito fundamental para o convívio harmonioso da sociedade com o Estado. Surgiu como reflexo do Movimento Iluminista do século XVIII, impulsionado pelas ideias de Voltaire, Rousseau e Beccaria, entre outros.

Passa-se a conceber a fundamentação do poder de punir não mais no caráter de reafirmação do poder soberano, mas na preservação do pacto social. Ocorre uma mudança de eixo quanto à visão da punição que deixa de ser de caráter religioso para ser de caráter racional.

O criminoso é visto como agressor da sociedade, devendo em nome desta sofrer

uma reprimenda que busque restabelecer o equilíbrio quebrado por sua ação delitiva.

Cesare Beccaria, com sua obra *Dos Delitos e das Penas*, em 1764, pugnando pelo fim das penas cruéis, bem assim das injustiças e barbáries cometidas no período absolutista, defende a racionalização da punição através do limite da necessidade da reprimenda, não devendo ser considerada qualquer punição desproporcional à infração cometida, levando em conta a ideia de prevenção geral.

Segundo a ótica de Beccaria e de seus seguidores, a finalidade da pena ou castigo tem esteio na ideia de proteção à sociedade, evitando que o criminoso possa prejudicá-la ao tempo em que sirva a sanção para afastar o homem do crime.

Ressalte-se que Beccaria baseou-se em Rousseau (*O contrato social* – 1762), para advogar a tese do princípio da legalidade, esculpido, posteriormente, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Afirmou Beccaria¹⁵ que as penas desnecessárias são injustas por sua natureza, e justas são aquelas capazes de propiciar a maior liberdade possível aos súditos.

Numa visão sequencial àquela que norteou os ares do Iluminismo, porém estabelecendo um enfoque utilitarista para o poder de punir do Estado, Jeremias Bentham (1748-1832) definiu este poder como sendo aquele que se justificava pela finalidade de prevenir infrações futuras. No entanto, questionava sua eficiência caso fossem desprezadas análises quanto às causas que favoreciam a criminalidade.

Ali se constata a visão da utilidade do exercício do poder punitivo através da possibilidade de prevenir novos delitos, gerando economia para o Estado, devendo fazer da pena um caminho para se evitar o desperdício dos recursos de que o Estado dispõe num enfrentamento dos conflitos sociais.

Essa justificativa exige não só a imposição de penas estritamente necessárias como um cunho subjetivo de análise quanto à prática criminal e, sobretudo, quanto ao criminoso. Nesse sentido ensina Bentham, citado por Marques¹⁶.

Merece registro a obra de Giandomenico Romagnosi (1761-1835) que, a despeito de também lastrear a ideia de justificativa do poder punitivo do Estado como defesa da sociedade, ao contrário do pensamento majoritário à época que pugnava por uma

¹⁵ (BECCARIA, 2003).

¹⁶ (2000, p. 56): “A pena causa um mal na primeira ordem, e um bem na segunda: faz passar o criminoso por um padecimento, em que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em um bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade”.

visão com olhos focados no passado, entendia que a punição deveria ser focada na *relação da sociedade com o futuro*, pois somente assim, divorciando-se o Estado da ideia de passado, estaria também expurgando a ideia de vingança e, portanto, de injustiça semelhante ao delito¹⁷.

Romagnosi entendia que o exercício do poder do Estado não restabelecia o equilíbrio rompido pelo crime, porém funcionava como mecanismo intimidativo para prevenir futuros delitos, o que legitimava o emprego dos instrumentos de que este poder dispunha para propagar esta prevenção, através da perspectiva do temor.

Na visão de Emanuel Kant (1724-1804), o poder punitivo do Estado se fundamenta não na prevenção geral ou especial, tampouco na recuperação do condenado, mas como imperativo categórico de justiça, pois o crime, que reclama consequentemente uma sanção, fere o Estado, constitui uma afronta, um ataque contra o direito de cidadania, merecendo retribuição idêntica, repristinando as linhas que fundamentaram o talião. Pugnava pelo exercício do poder de punir do Estado sem fins políticos ou utilitários, pois apenas através de um direito de punir justo e puro seria restaurada a ordem social violada pela transgressão¹⁸.

Hegel (1770-1831) retoma as ideias de Kant quanto ao poder de punir do Estado, acrescentando, todavia, a autonomia de vontade do criminoso na imposição da pena, esclarecendo que, dotado o homem de livre-arbítrio, no momento em que pratica o crime demonstra vontade e aceitação quanto à imposição da punição pelo Estado. A punição é justa porque reafirma o direito e não por impor castigo ao criminoso. Ela, a punição, restabelece a justiça e não se justificaria por qualquer outra causa que não esta, pois, se assim o fosse, ofenderia a dignidade humana¹⁹.

A seguir, cumpre instar-se um breve retrospecto histórico relativo à pena, como principal instrumento de punição construído pela cultura humana, levando-se em conta a divisão por períodos que encontra assentamento na didática doutrinária.

¹⁷ (ROMAGNOSI, 1956).

¹⁸ (KANT, 1993).

¹⁹ (HEGEL, 1959).

2.2 A PENA

2.2.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA PENA

2.2.1.1 A PENA E SEUS PRIMÓRDIOS

O homem primitivo pode, em parte, ser revisitado a partir de uma similitude com aqueles que, ainda hoje, vivem como selvagens.

Ao se considerar essa premissa como um ponto de partida, tenta-se estabelecer um elo com as raízes históricas do controle social através da pena. Indissociável é a abordagem de cunho religioso, tendo em vista a semelhança entre os primórdios da ideia de punição (pena) com as práticas verificadas nos grupos sociais selvagens, ainda atualmente detectados.

O fundamento para uma prática punitiva calcada em esteios religiosos é, exatamente, o desconhecimento do homem primitivo acerca dos fenômenos naturais, gerando assim uma profunda cultura mística, entre crenças, rituais e incertezas, portanto cercada de mistérios e dissensos.

O homem primitivo refugiava-se no grupo social, buscando proteção, o que resultava nas estreitas ligações de cunho sanguíneo e familiar e que, portanto, estabeleciam a demarcação de interesses normalmente vinculados à sobrevivência.

As agressões e violações praticadas de forma individual, dentro de um mesmo grupo, eram alvo de ações que visavam expurgar o agressor daquela célula, jogando-o à própria sorte, à mercê da ação de outros grupos que, obviamente, não o reconheciam como integrante. Era o desterro primitivo, que se impunha por intermédio de fórmulas sacras e desprovia o expulso de qualquer amparo por parte do seu grupo originário.

Quando as ações eram praticadas de forma coletiva, frise-se, de um grupo contra outro, o revide também se dava de forma coletiva.

Assim, de uma forma ou de outra, a pena simbolicamente buscava o desfazimento do mal causado através da vingança coletiva ou do banimento individual. Traduzia, portanto, o sentimento de repulsa por parte daquele agrupamento humano em relação à atitude contrária ao interesse coletivo, encerrando neste sentimento todo conteúdo e sentido da sanção.

Registre-se que a pena primitiva baseada na vingança de sangue não obedecia a

um controle central e nem externo quanto a sua extensão, o que produziu constante atrito e prejuízo profundo no que se refere à perspectiva de sobrevivência das famílias, principalmente pela vulnerabilidade diante de batalhas externas.

Esse fenômeno redirecionou a cultura penal, possibilitando a centralização do poder de punir, alterando a concepção da vingança privada, que deixou de ser a realização da justiça para tornar-se infração, pois a justiça pelas próprias mãos deixa de ser lícita para ser considerada como ilegal²⁰.

Esse passo permite uma certa racionalidade, ainda que mínima, no sentido do abrandamento à forma desmedida de punir, o que pode ser observado por ocasião do talião no Código de Hamurabi (século XXIII, a.C.).

Extraí-se dessa primeira análise que a mudança da legitimidade para impor a pena do âmbito pessoal privado para um poder central não teve como finalidade a imposição de fronteiras à essência contida no ato da vingança, mas sim a mínima racionalidade necessária à preservação do próprio corpo social.

Também merece destaque a existência da chamada era dos *totens* e dos *tabus*, que consistiam em formas simbólicas de tentar explicar os fenômenos naturais, através de idolatria a imagens, bem como a convenções oriundas de um discurso firmado sobre possíveis forças sobrenaturais.

O *totem* simbolizava a origem do clã, o seu espírito guardião, que preserva a existência daquela coletividade e oferece perigo aos estranhos, cabendo aos membros do clã protegê-lo. O *totem* representava um animal ou um fenômeno natural, também poderia representar um vegetal.

O *tabu* traduzia-se em uma convenção sagrada, desprovida de racionalidade. Porém fazia parte da própria formação do clã, como um valor transmitido de geração a geração, como um dogma inquestionável.

A punição através da pena tinha como missão a anulação do crime que devolvia àquele agrupamento social a pureza perdida com a infração. Era necessário achar-se um culpado para lhe atribuir a pena e devolver a normalidade perdida pela ação agressora.

Conforme se pode verificar, a preocupação de punição da época focava-se na necessidade de não deixar a desagregação contida no fato criminoso sem uma resposta, por se considerar mais importante do que a dimensão da verdade sobre o

²⁰ (MARQUES, 2000).

culpado, o sofrimento das vítimas que precisavam ser vingadas.

A atribuição da pena, através da vingança regida pelas orientações totêmicas e os preceitos contidos nos tabus, marcaram a ideia de punição na era primitiva do homem.

Merece comentário o fato de que, a despeito das mais diversas abordagens acerca da pena, o sentimento de vingança contido em sua fase mais incipiente, ainda habita, nos dias atuais, a discussão que a cerca.

2.2.1.2 A PENA E A ANTIGUIDADE

Nessa fase da história da humanidade (século XII a.C.), a pena ganha contornos, praticamente absolutos, de fundamentação teológica. Daí fincar-se o sentido de sua existência na ideia da satisfação à divindade, que era atingida quando da ocorrência da infração.

O que se observa nesse momento histórico é a transmutação do eixo de visão acerca do conceito da sanção penal, que deixou de ser legitimada pela vingança privada para ser legitimada pela vingança divina.

Os conflitos sociais se ampliaram, bem assim a necessidade de regulá-los. A impessoalidade com que se dava a ideia de ofensa à divindade, permitiu a utilização da pena como meio para impedir a ampliação da violência contida na vingança generalizada.

Estabeleceu-se a catarse sacrificial, através da qual objetivava-se acalmar a ira dos deuses, que era despertada toda vez que ocorria o descumprimento de uma “convenção divina”.

Esse método permitia um sentido para a pena, distinto daquele dado por ocasião da vingança. Isto porque, sendo o sacrifício a forma de punir, não se atribuía o mal nele causado à satisfação da vítima, mas sim da própria divindade que, estando acima de todos, era compensada pelo crime e, mediante esta compensação, operava a purgação dos pecados de todo aquele corpo social.

Apesar de ser clara a orientação do conceito de pena focado em conteúdo teológico na Idade Antiga, não se pode negar que os homens se serviam desta concepção para aplacar seus próprios sentimentos de inconformismo com o crime.

E, portanto, por via obliqua, exerciam a vingança.

Os antigos vinculavam-se, de forma veemente, à ideia de autoridade divina, o que permitiu a representação desta por meio do soberano a quem competia o direito de punir, o que invadiu, inclusive, a História em períodos posteriores como o absolutista na era moderna. É o que se pode verificar no Egito, na Pérsia, na Índia etc.²¹

Registre-se que o direito conhecido pelos hebreus entrelaçava-se com a ideia de religião. A Grécia Antiga testemunhou a aplicação do direito penal focada em cunho religioso, o que também se pode perceber no império romano à época de sua fundação, embora este último se tenha diversificado nas considerações acerca da pena, para atribuir-lhe as funções retributiva (castigo), satisfativa (reparação à vítima) e até mesmo preventiva, com caráter intimidatório.

Depreende-se dessa sucinta análise que a pena, durante a Antiguidade, migrou da esfera privada para a esfera central de poder, estribada em cunho eminentemente religioso, buscando a satisfação da divindade agredida pela ação delituosa, tendo em um segundo momento servido à satisfação do próprio corpo social em virtude do surgimento dos primeiros centros urbanos na Grécia, sem contudo distanciar-se essencialmente do seu conteúdo vingativo.

Cezar Bitencourt²² cita que, durante essa Fase, a humanidade desconheceu totalmente a pena privativa de liberdade, considerada como sanção penal.

Destaque-se, por oportuno, que foi nesse período histórico da humanidade que surgiram as ideias de retribuição proporcional (Aristóteles) e prevenção especial (Sêneca)²³.

2.2.1.3 A PENA E O PERÍODO MEDIEVAL

A Idade Média, iniciada a partir da queda do grande e poderoso Império Romano

²¹ (MARQUES, 2000).

²² (2001, p.4): “A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes”. [Grifos nossos].

no século V, trouxe significativas mudanças para a ideia da pena. A alta carga supersticiosa que norteou a organização sociopolítica da época proporcionaram um ambiente que se notabilizou como uma das mais cruéis fases da história da humanidade.

Durante muitos séculos, assistiu-se à chamada expiação da culpa pela imposição do suplício. Observa-se um componente religioso extremamente presente como elo entre os diversos povos no continente europeu, principalmente revelado através da doutrina cristã, que propiciou a ideia de um Deus único e de um homem construído a sua imagem e semelhança.

Essa concepção não alterou a noção da pena como um instrumento de satisfação divina, reforçando-a através da imposição de suplícios que permitissem a salvação da alma do criminoso, confundindo-se as noções de crime com pecado e de pecador com criminoso.

O Estado e a Igreja se misturam e o cristianismo se expande entre os séculos XIII e XV, o que permitiu a Inquisição, baseada na ideia das “[...] duas espadas: a da Igreja e a do Rei”²⁴.

Nessa simbiose entre Estado e Igreja, o pensamento de Santo Agostinho (354-430) traz a ideia de pena como um veículo para o arrependimento que antecede ao juízo final, também marcada pela noção de proporcionalidade entre infração e pena. Também incluía um caráter curativo para o pecador, e que o restaurava ainda que contra sua vontade.

Observa Santo Agostinho que a punição imposta ao culpado repercute tanto nos demais fiéis quanto no próprio criminoso, impedindo ou evitando que este continue a praticar o mal, revelando os fundamentos, atualmente, contidos na teoria da prevenção geral e especial²⁵.

Uma outra etapa da fase medieval desenhou-se a partir das ideias de Santo Tomaz de Aquino, que propugnava o pensamento da representação da autoridade divina na Terra através de uma autoridade civil, responsável pela atitude de imposição do castigo, o que originou posteriormente o modelo punitivo do absolutismo (Teoria da Delegação Divina).

Credita-se a Santo Tomaz de Aquino a noção do caráter intimidativo da pena,

²³ (MARQUES, 2000).

²⁴ (MARQUES, 2000, p. 30).

²⁵ (MARQUES, 2000).

segundo a qual, a lei tem a obrigação de trazer, em seu bojo, a ideia de temor para que possa impor-se entre os homens e torná-los o mais possível imunes à ação deletéria do crime.

Sua doutrina era focada em uma visão retributiva da pena, pregando, inclusive, a pena de morte como medida radical para, em nome da preservação do todo, sacrificar-se, se necessário, a parte. Os pensamentos de Santo Agostinho e Santo Tomaz de Aquino focavam-se na justiça divina representada por autoridade civil, encontrando na pena o sentido de redenção pela expiação da culpa.

A pena era destinada ao herege inimigo da fé e, portanto, inimigo de Deus e do homem, devendo merecer o suplício nela imposta para curar-se.

Não podemos deixar de frisar a questão de ser comum a corrupção, nesta época, como o faz Cezar Bitencourt²⁶.

2.2.1.4 A PENA E A ÉPOCA MODERNA

Durante o período denominado Renascimento, diversos filósofos e pensadores, ao esboçarem suas ideias, lançaram olhares sobre a pena. Assim é que merece destaque Maquiavel, que impõe a justificativa da punição como forma de preservação da segurança social e, ao mesmo tempo, de manutenção da autoridade do soberano, ideias que lastreiam a construção do Estado absolutista.

Thomas Hobbes²⁷ também ventila a necessidade da imposição de penas para contenção da egoísta natureza humana e preservação do pacto social.

Thomas More (1478-1535) prega os primórdios dos chamados “Substitutivos Penais”, chegando a imaginar uma coletividade sem a intervenção de tribunais criminais através de sua obra *Utopia* (1516), chamando a atenção para a incapacidade da pena para afastar o indivíduo do crime, caso não venha associada a medidas outras que busquem a reeducação e a integração social do criminoso,

²⁶ (2001, p.11): “[...] é um direito corrompido. Os delitos mais comuns dos juízes são as exações ilegais e as prevaricações. García Valdés, falando do sentimento popular a respeito da corrupção judicial na Idade Média, relata: ‘Assim, não é difícil ter notícia deste sentir popular, expressado em tábuas e máximas, sobre a justiça e penas imperantes. As miniaturas da Idade Média apresentavam, com muita frequência, o juiz cobrando das partes no processo, com as duas mãos estendidas, sopesando o recebido e com cara de inocente’. [Grifos nossos].

²⁷ (1983).

bem como os meios para sua subsistência²⁸.

É More quem expressamente advoga, à época, a ideia de penas alternativas como a prestação de serviços à comunidade para crimes não violentos, assim como a premiação com a liberdade através do bom comportamento, fundamentos que norteiam o pensamento criminológico na atualidade e que baseiam as ideias esboçadas neste trabalho.

Thomas More defendia, também, a posição da necessidade de estímulos ao criminoso para que este tivesse interesse no cumprimento da pena.

A obra de More destaca ainda fundamentos quanto à noção da culpabilidade, caminhado na direção de uma responsabilização subjetiva do infrator, na esteira do direito contemporâneo.

A par da visão vanguardista da obra de More, que perpassava pelo fundamento da reintegração do condenado ao corpo social, alguns aspectos eram condenáveis como, por exemplo, a prática de um direito penal familiar em que o chefe da família detinha o poder, bem assim a possibilidade da indeterminação das penas que poderiam ser dispostas e aplicadas por um conselho, desprezando, portanto, a garantia da reserva legal, já esboçada por Thomas Hobbes²⁹.

Ainda acerca dos pensadores da chamada Era Renascentista, merece registro a visão sociológica de Tommaso Campanella (1568-1639), para quem a desigualdade social era um dos grandes motivos do crime e a correção de condutas ligadas à boa parte das infrações penais poderia ocorrer mediante de uma justa distribuição dos bens e das honras do indivíduo em virtude de suas aptidões e valores morais e não pela mera sucessão hereditária³⁰.

Assim, esse movimento produziu ideias altamente vanguardistas e recheadas de conteúdo, à época, taxados de utópicos. Porém, não se pode negar que também existiam viés medievais presentes nestas mesmas ideias, que inclusive acabaram por sedimentar, logo na sequência, o absolutismo.

A despeito de tais considerações, o fato é que, recentemente, a História acabou por resgatar as contribuições progressistas de tais obras para a construção de um direito punitivo mais arejado.

O destino da pena foi marcado por um período extremamente nefasto conhecido

²⁸ (MORE, 1993).

²⁹ (MARQUES, 2000)

³⁰ (CAMPANELLA, 1990).

como período absolutista que, entre os séculos XV e XVIII, quando o modelo capitalista sucedeu ao feudalismo em toda a Europa ocidental, deu origem à criação dos chamados Estados Nacionais.

Essa fase da história também trouxe o legado da Idade Média, segundo o qual a punição, portanto, a pena, tinha origem no poder divino, representado pela autoridade civil e qualquer ação contra este último era, por consequente, também contra Deus.

O soberano não devia satisfações a ninguém, tanto no que se refere a seus atos quanto a sua forma de governar, devendo todos obedecer a sua vontade por representar a vontade divina.

A pena era um instrumento para impor o poder do soberano sobre seus súditos. Não obedecia a limites e critérios que não fossem a vontade do monarca.

Vale registrar que o Brasil sofreu todas as influências dessa fase da História, haja vista que sua colonização se deu nesse período (1500) aqui reinando as ordenações, que se sucederam a partir das Afonsinas (até 1521), substituídas pelas Manuelinas (até 1569) e, posteriormente, pelas Filipinas (até 1830) quando tivemos o nosso primeiro estatuto penal, o Código Criminal do Império.

Esse cenário dantesco só sofreu alterações a partir do século XVIII, quando sopraram os ventos do período humanitário que, em oposição às amarras do absolutismo opressor e repressor, propuseram uma ideia da pena que pudesse respeitar a razão e observar valores tais como a dignidade do homem.

2.2.1.5 A PENA E A ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

Com o surgimento da obra de Cesare Beccaria³¹, intitulada *Dos delitos e das Penas*, baseada nas ideias de Rousseau, abre-se um novo horizonte quanto ao destino da pena.

O cenário iluminista favorecia uma concepção humanista com relação ao fenômeno punitivo, nascendo ideias que buscavam limitar as punições ao seu real caráter de necessidade, bem como ao menor nível de sofrimento possível, em nome

³¹ (1764).

do respeito à dignidade humana.

Para o filósofo italiano, que pregava a abolição da pena de morte, por considerá-la ineficaz e cruel, o abrandamento das penas era atitude indispensável à sua noção de justiça.

Pugnou-se a época por um direito penal divorciado da tortura, livre de paixão, lastreado na proporcionalidade entre a punição e o crime praticado e fincado na responsabilidade subjetiva e individual.

Nesse período, foram formatados princípios como o da legalidade, anterioridade da lei penal, proporcionalidade e pessoalidade, entre outros.

Após as lições de Beccaria, merecem destaque as ideias de Jeremias Bentham (1748-1832), que esboçaram o princípio utilitário das penas, segundo o qual a pena deveria tornar inócuo o delinquente. Deveria ainda o Estado auferir lucro com a execução da pena³².

As ideias iluministas precederam um movimento denominado Escolas Penais, que teve na Escola Clássica, no final do século XIX, sua primeira face. Liderada por Francesco Carrara (1805-1888), com sua obra *Programa do Curso de Direito Criminal* (1859), a Escola Clássica expressava os pensamentos de Beccaria, contrários aos suplícios e torturas impostos ao condenado, e favoráveis a uma punição humanizada.

A base de raciocínio da Escola Clássica cuidava do conceito de crime como um ente jurídico, sendo infração à lei do Estado, feita com o fito de tutelar os bens do corpo social.

A pena, para a Escola de Carrara, consistia em uma legítima reação do Estado em virtude da ocorrência da violação do direito, contida na atitude do crime. Daí a necessidade de uma coação moral para conter os infratores e intimidá-los.

A responsabilidade penal, para os clássicos, é fundamentada no livre-arbítrio, atributo daqueles possuidores de saúde mental e desenvolvimento psíquico, requisitos suficientes para legitimar a responsabilização dos seus atos criminosos pelo Estado.

A Escola Clássica foi responsável também pela criação de um pensamento que buscava a análise da culpabilidade dos delinquentes, criando bases para a

³² (MARQUES, 2000).

responsabilidade subjetiva³³.

Numa visão mais distante da filosofia e focada no método naturalístico, surgiu, no apagar das luzes do século XIX, o movimento denominado Positivismo Criminológico, que, servindo-se das experiências científicas colhidas na obra *O Homem Delinquente* (1876), de César Lombroso, defendeu a tese do criminoso nato, sendo uma deformação do ser humano normal, adepto do crime por razões antropológicas³⁴.

Para a Escola Positiva, o criminoso era um insensível moral e afetivo, atávico, semelhante aos selvagens primitivos, portador de anomalias anatômicas e fisiológicas, características estas que, posteriormente, foram revistas pelo próprio Lombroso.

As concepções lombrosianas permitiram um refazimento do conceito de punição a ser imposta ao criminoso, haja vista que entravam em cena as chamadas medidas de defesa social, em substituição às de castigo ao infrator.

Os estudos de Lombroso serviram de base para o surgimento da criminologia e outras ciências correlatas, como a biologia, a sociologia e a psicologia.

Com as obras *A Sociologia Criminal* e *Princípio de Direito Criminal*, surge, dentro da Escola Positiva, Enrico Ferri (1856-1929), considerado o pai da sociologia criminal, para quem a ideia de livre-arbítrio como base da responsabilidade criminal deve ceder espaço para a chamada responsabilidade social.

A afirmação de Ferri concentra-se na concepção de que o homem é responsável penalmente porque vive em sociedade, possuindo esta a legitimidade para a reação punitiva constituída na ideia de defesa social³⁵.

A pena, então, deve ser substituída pela defesa social e educação ou tratamento do infrator.

Ressalte-se que Ferri não diferencia o imputável do imputável, admitindo a ação do Estado sobre ambos, individualizando os tratamentos para fins da readaptação à sociedade.

Segundo as ideias de Ferri, todos os criminosos, independentemente do sexo, da idade e da capacidade mental, devem ser sancionados, para fins da proteção social que se sobrepõe ao indivíduo.

³³(ARAGÃO, 1977).

³⁴(LOMBROSO, 2001).

³⁵(ARAGÃO, 1977).

Portanto, para a Escola Positiva, que também teve a figura de Garofalo (1851-1934) com sua obra *Criminologia: estudo sobre o Delito e a Repressão Penal*, como um de seus expoentes, o crime é um fenômeno natural e social, sujeito a influências patológicas e externas, a pena transmuta-se de pena castigo para pena defesa e pena educação e a responsabilidade penal assenta-se na ideia de defesa social (vida em sociedade)³⁶.

Posteriormente às posições externadas pelas Escolas Clássica e Positiva, que, de maneira distinta trataram das questões referentes aos conceitos de crime, pena e responsabilidade penal, outros movimentos surgiram sem, contudo, trazerem grandes inovações.

O primeiro desses movimentos denominou-se *Terza scuola italiana*, apelidada de *Escola Crítica*, que teve origem com a obra *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*, publicada em 1891, de autoria de Manoel Carnevale.

Também se destacaram, como integrantes dessa corrente de pensamento outros autores como: Bernadino Alimena, com a obra *Naturalismo Crítico e Diritto Penale*; além de João Impallomeni, com o texto *Istituzioni di Diritto Penale*.

A Escola Crítica procura conciliar postulados estabelecidos pelas Escolas anteriores, buscando um melhor aproveitamento destes estudos³⁷.

Quanto à ideia de crime, entende esta Escola, tratar-se de fenômeno social e individual, a exemplo das ideias concebidas pela Escola Positiva, guiadas pelo pensamento de Ferri no que tange aos fatores condicionantes.

Em relação à pena, esta tem como missão a defesa da sociedade, contudo revestida do seu caráter aflagante e distinta da medida de segurança destinada àqueles inimputáveis, ou seja, desprovidos da capacidade de se influenciarem pelas condicionantes sociais apontadas por Ferri.

A responsabilidade criminal difere entre os considerados imputáveis e inimputáveis, baseada, portanto, na responsabilidade moral, aproximando-se do postulado da Escola Clássica. No entanto, o seu fundamento não é o livre-arbítrio, mas, sim, o determinismo psicológico que corresponde à capacidade de se autodeterminar, movido pelos motivos que entenda como mais fortes.

Entre as Escolas Ecléticas, a que mais se destacou foi a Escola Moderna Alemã, liderada pelo notável pensamento de Franz Von Liszt, pontuado pela criação da

³⁶(FERRI, 1996).

³⁷(BITENCOURT, 2007).

União Internacional de Direito Penal (1888-1914), retomada em 1924, então denominada Associação Internacional de Direito Penal, que consiste, atualmente, na maior entidade em atividade na área do Direito Penal³⁸.

Liszt foi o autor do *Programa de Marburgo: a Ideia do fim no Direito Penal*, obra divisora de águas para o direito penal atual, reorganizando e estabelecendo novos paradigmas para os conceitos de ciência penal, e estreitando os laços com a criminologia e a política criminal.

Para o referido autor, o destino do direito penal é nortear-se de acordo com o fim a que se propõe e o objetivo para o qual foi criado, devendo dotar-se de utilidade demonstrada por meio da estatística criminal.

A pena para alcançar o conceito de justiça não deve ultrapassar o limite da necessidade.

Von Liszt prioriza a prevenção especial em detrimento da finalidade retributiva da pena.

A Escola Moderna Alemã deixou como legado, entre outras, as seguintes posições destacadas por Bitencourt³⁹.

Outro movimento contemporâneo a ser destacado foi o denominado de “Escola Correcionalista”, surgido em 1839, na Alemanha, com a obra *Comentatio an poena Malum esse Debeat*, da autoria de Karl Roder, fundamentada no movimento do idealismo romântico alemão.

Essa Escola acabou ganhando maior repercussão e representatividade em território espanhol (Correcionalismo Espanhol), com os autores Alfredo Calderón, Concepción Arenal, Rafael Salillas e Pedro Dorado Montero, ressaltando-se que Montero ganhou relevo com a obra *El Derecho Protector de los Criminales*. Embora não sendo propriamente integrante da Escola Correcionalista, terminou por dar-lhe

³⁸ (BITENCOURT, 2007).

³⁹ (2007, p. 61): “[...] a) *adoção do método lógico-abstrato e indutivo-esperimental* – o primeiro para o Direito Penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a necessidade de distinguir o Direito Penal das demais ciências criminais, tais como Criminologia, Sociologia, Antropologia, etc.; b) *distinção entre imputáveis e inimputáveis* – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo. Para o imputável a resposta penal é a pena, e para o perigoso, a medida de segurança, consagrando o chamado duplo-binário; c) *o crime concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico* – embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica; d) *função finalística da pena* – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinquente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial; e) *eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração* – representa o início da busca incessante de alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração,

visibilidade, amplitude e aprofundamento na Espanha⁴⁰.

O núcleo do pensamento dessa Escola consiste na concepção da pena com a finalidade de corrigir o delinquente.

A teoria defendida é a de que o objetivo da sanção é reordenar a conduta humana desvirtuada. Assim, a sanção tem como destinatários os indivíduos que, se desviando das normas sociais reguladoras do comportamento, praticam crime.

Há um sentido de conversão do indivíduo infrator em adequado socialmente, nos termos do direito. A atitude criminosa revela uma anomalia moral a ser resolvida ou curada pela aplicação da pena, que, vista como um instrumento de recuperação do criminoso, expressa mais um direito a ser exigido do que uma obrigação a ser cumprida, importando, muito mais, a reabilitação do infrator que a reprimenda pelo fato criminoso.

Na metade do século XX, surge o movimento denominado de “Defesa Social” que, embora iniciado com a revolução positivista, no final do século XIX, e encontre precedentes mais remotos nos movimentos registrados na Grécia Antiga e no direito canônico da Idade Média, ganha contornos próprios a partir de 1945, com a fundação do Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, na Itália, por Felipe Gramática. O objetivo de tais estudos, que consistiram na base desta teoria, visava uma adaptação do indivíduo à ordem social⁴¹.

O nome de maior destaque, quando se mencionam as ideias esboçadas pelo movimento de “Defesa Social”, é o de Marc Ancel que, em 1954, publicou a conhecida obra *A Nova Defesa Social*.

Os ensinamentos de Ancel⁴² visavam uma ressignificação do conceito de Defesa Social, que, anteriormente, expressava significado idêntico à severidade da repressão, opondo-se à liberdade individual como defesa absoluta da sociedade contra o crime, para um sentido calcado em filosofia humanista, capaz de patrocinar a reação social ao delito com o respeito e garantia aos direitos do cidadão.

Após essa rápida retrospectiva histórica da pena, merecem registro as construções teóricas que objetivam explicitar, de forma sistêmica, as questões que circundam a pena, tais como os fins ou finalidades e seus fundamentos, cuja

começando efetivamente a desenvolver uma verdadeira política criminal liberal”.

⁴⁰ (BITENCOURT, 2007).

⁴¹ (BITENCOURT, 2007).

⁴² (1979).

importância depreende-se da afirmação de Figueiredo Dias⁴³.

É o que se passa a fazer, a seguir, em incursão pelos fundamentais tópicos acerca das principais teorias da pena.

2.3 AS TEORIAS DA PENA

Na atualidade, estão postas duas principais linhas de orientação político-criminal que se ocupam do propósito de analisar os fundamentos e as finalidades da pena, representados pelas denominadas *teorias legitimadoras* e *teorias deslegitimadoras*.

As teorias deslegitimadoras da pena fincam sua fundamentação nas correntes político-criminais representadas pelo abolicionismo penal liderado por Louk Hulsman, Nils Christie, Sebastian Scheerer e outros, defendendo a posição da substituição pura e simples do direito penal por outras formas de controle que solucionem os conflitos sociais de maneira menos drástica e traumática e mais econômica e eficiente⁴⁴.

Também encontram âncora, embora numa visão de suporte tenuamente diferenciada, no minimalismo radical capitaneado por Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta que pugna por uma “máxima contração no âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o assim, residualmente, e só mediatamente a abolição – a longo prazo – desse subsistema de controle social”⁴⁵.

Não sendo objeto deste estudo qualquer proposta de cunho abolicionista ou minimalista radical⁴⁶, mas de uma intervenção penal que se revele legítima e adequada, cuida-se do exame, em brevíssima leitura, das teorias que se situam no pólo legitimador da pena.

⁴³ (1999, p. 89): “A razão de um tal interesse e de sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal”.

⁴⁴ (BOSCHI, 2006).

⁴⁵ (QUEIROZ, 2001, p. 105-106).

⁴⁶ Para o aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura, entre outras, das Obras: *Penas Perdidas: o sistema penal em questão* de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. Tradução Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro/Niterói: Luam, 1993; *Los Limites del dolor* de Nils Christie. Tradução Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica, 1984; *Em busca das penas perdidas* de Eugenio Raúl Zaffaroni. Rio de Janeiro: Revan, 1991; e *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* de Alessandro Baratta, Tradução Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Entre as teorias legitimadoras ou justificadoras da pena que entendem não ser possível refutar-se a ação do direito penal para a solução dos conflitos sociais merecedores deste etiquetamento, encontram-se as teorias absolutas ou retribucionistas, as teorias prevencionistas ou relativas e as teorias mistas ou ecléticas.

2.3.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS

Inicialmente, cumpre salientar que as teorias absolutas originam-se de concepções idealistas alemãs, estribadas nas ideias de cunho ético ou moral esposadas por Kant, para quem a lei penal é um imperativo categórico sem necessidade de consideração finalista, portanto, uma determinação de justiça, não contemplando quaisquer efeitos outros de cunho preventivo, devendo existir não para servir de instrumento benéfico ao delinquente ou à própria sociedade. A pena se justifica pela existência do delito⁴⁷.

De igual modo retribucionista, Hegel⁴⁸ assevera, por meio da teoria da retribuição lógico-jurídica, que a pena é a negação do delito, que, por sua vez, é a negação do direito. Logo, se o delito nega o direito e a pena nega o delito, restabelece o direito por ser a negação da negação e, portanto, afirmação.

Os adeptos das teorias absolutas da pena rechaçam quaisquer possibilidades de justificativa da pena por meios preventivos, argumentando que esta forma de fundamentação avilta totalmente a dignidade humana do criminoso, tendo em vista que ele serviria de instrumento para o atingimento de intentos sociais, e o homem não pode ser utilizado como um meio, senão para si mesmo, sob pena de tornar-se objeto de direito⁴⁹.

Constata-se que a fundamentação da pena através do seu aspecto puramente retributivo, como defendem as teorias absolutas clássicas, foca-se em terreno metafísico, não correspondente a um grau razoável de conteúdo racional.

Não se pode deixar de registrar que a ideia de retribuição habita o conteúdo valorativo da sanção e dificilmente deixará de fazê-lo, pois a pena materializa a

⁴⁷ (PRADO, 2004).

⁴⁸ (1959).

⁴⁹ (PRADO, 2004).

punição e punição é castigo.

Para Juarez Cirino⁵⁰ as ideias retributivas, apoiadas na concepção lógico-jurídica de Hegel (1770-1831), servem de sustentáculo para o pensamento de Jakobs⁵¹ acerca da *prevenção geral positiva*, quando trata da afirmação da validade da norma, e também se fazem presentes, de forma objetiva, no sistema penal brasileiro, por meio da dicção do artigo 59, do Código Penal, que impõe ao julgador, quando da aplicação da pena, observar a sua imposição conforme *necessário e suficiente para reprovação* do crime.

Busca-se, nas concepções atuais sobre o aspecto retributivo da pena, uma distensão ou até mesmo um divórcio do sentido de vingança, mesmo vingança social, devendo aproximar-se de um conceito que objetive legitimar, proporcionalmente, a restrição imposta, equivalendo a um limite.

Nesse sentido, a citação de Jescheck⁵².

Para Santiago Mir Puig⁵³ havia um sentido oculto por trás das formulações puramente retributivas de Kant, Hegel e seus adeptos, que consistia numa *filosofia política liberal* que identificava, na ideia de proporcionalidade entre delito e pena, um conteúdo de “limite de garantia do cidadão”, pois a proporcionalidade impedia a punição fora dos limites da gravidade do delito perpetrado.

Prossegue o autor espanhol, alertando para a utilização de tais fundamentos, por parte de alguns segmentos doutrinários hoje existentes, para a fomentação de uma cultura retributiva, como forma de limitação dos excessos cometidos, na história recente, pelos adeptos das teorias da prevenção (holocausto).

O fato é que o acolhimento das teorias absolutas na doutrina penal, como um todo, não logra êxito, pois soam como disfunção da missão do Estado de Direito Moderno quaisquer tentativas de realização da justiça absoluta sobre os homens. Tal pretensão encontra melhor assentamento nas estruturas de cunho moral ou religioso, conforme se depreende das razões esboçadas por Roxin⁵⁴.

⁵⁰ (2005).

⁵¹ (1993).

⁵² (1981, p.93): “**A retribuição, portanto, não tem nada a ver com a vingança, com obscuros sentimentos de ódio ou com reprimidos instintos agressivos da sociedade; a retribuição é um princípio proporcional.** De acordo com a nova ideia de retribuição, o delito cometido é causa e medida da pena que, por sua vez, é a resposta ao delito e deve adaptar-se ao grau do injusto e de culpabilidade, quer dizer, adequar-se à sua natureza e gravidade”. [Grifos nossos].

⁵³ (2007, p. 61-62).

⁵⁴ (2004, p. 19): “A própria ideia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar o mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao

A crítica à fórmula preconizada pelas teorias absolutas como fundamentação da pena também pontua que estas se voltam para o delito já ocorrido, portanto, com olhos no passado, além do que são desprovidas de finalidades ou utilidades de cunho social ou em relação ao próprio infrator. Estão, portanto, em rota de colisão com a ideia fundamental da existência do direito, que só se justifica como meio para congregar e garantir a existência da sociedade.

Relativiza o conteúdo da mensagem encontrada nos fundamentos das teorias retributivas, a afirmação de Roxin⁵⁵.

A despeito de toda a crítica feita às fundamentações das teorias absolutas, seus adeptos, atualmente, têm-se aproximado de uma posição mais funcional da retribuição, tentando demonstrar que é justamente na esfera retributiva da pena que se fazem presentes os princípios norteadores de um direito penal útil, tendo em vista o conflito contínuo entre a defesa do interesse social e dos direitos do indivíduo infrator.

Assim, com visão prospectiva, sem esquecer o fato pretérito ocorrido, advogam os denominados *neo-retribucionistas* que a justiça criminal se perfaz, resguardando-se a ordem social por meio de bordões como “castigando se defende” ou fundamentando a pena retributiva com a ideia de vínculo entre utilidade e justiça⁵⁶.

Cabe lembrar, ainda, como o faz Fernando Galvão⁵⁷ que o malfeito, apesar de sancionado pela pena, não tem como ser desfeito, ou seja, voltar-se ao *status quo ante*.

Para os defensores desse ponto de vista, somente na esfera retributiva torna-se possível uma maior exatidão no equilíbrio entre o efeito intimidatório e o

arreigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a ‘culpa de sangue do povo’, expie o delinquente, etc., tudo isso é concebível apenas por um acto de fé que segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal”.

⁵⁵ (2004, p. 19): “[...] a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante”.

⁵⁶ (GUIMARÃES, 2007, p. 111-113).

⁵⁷ (2007, p.13): “Na verdade, o delito não pode ser compensado pela pena. *O que foi feito não pode ser desfeito*. A vítima de homicídio não pode retomar sua vida, e a mulher violentada não recuperará seu estado anterior, por maior que seja a pena aplicada ao criminoso. Por isso, não é possível compreender que o mal causado pela aplicação da pena sirva para compensar o mal causado pelo delinquente. A inevitabilidade da aplicação da pena, na concepção de retribuição, contraria o princípio da limitação da tarefa do Direito Penal à proteção de bens jurídicos. Afinal, a pena não é a consequência necessária de toda forma de culpa do indivíduo, em sua vida de relação com os demais. O indivíduo pode sentir-se culpado perante o próximo por vários motivos e, nem por isso, precisa receber reprovação do ordenamento jurídico penal”. [Grifos do autor].

ressocializador, pois a pena imposta para ressocializar pode não ser suficiente para intimidar e, ao revés, a suficiente para intimidar pode ser excessiva para ressocializar.

Parece ser a posição atualmente defendida por Regis Prado⁵⁸ ao sustentar que a pena deve priorizar o sentido de justiça e adequação, calcado na proporcionalidade, entendida esta como mediação equilibrada entre *a magnitude do injusto* e *a culpabilidade do autor*, desempenhando, a prevenção geral e a prevenção especial, papel restritivo ou limitador desta imposição justa da sanção para proporcionar até mesmo uma redução ou abstenção da reprimenda quando se revelar desnecessária.

Como síntese, a lição de Fernando Galvão⁵⁹.

Cabe destacar, importante contribuição deixada por esta teoria, como o fazem Shecaira; Corrêa Junior⁶⁰.

Registrem-se, como autores identificados com esta teoria, Jeschek, Betiol, Reale Júnior, Dotti, entre outros.

2.3.2 TEORIAS PREVENCONISTAS OU RELATIVAS

Em sentido contrário ao defendido pelos retributivistas, que predominantemente entendem que a pena encarna um fim em si mesmo e se justifica pela ocorrência do delito, originaram-se as denominadas teorias *preventivas* da pena, defendendo a ideia central que busca demonstrar uma finalidade própria e útil para a pena, voltada para uma atuação junto ao corpo social e ao próprio indivíduo, no intuito de evitar o crime.

A teoria em tela é, como afirma Rafael Braude Canterji⁶¹, uma concepção

⁵⁸ (2004, p. 165).

⁵⁹ (2007, p.8): “Na verdade, a aplicação da pena é uma realidade concreta, e não simples abstração dogmática e formalista. O posicionamento jurídico positivista-dogmático, em geral, não questiona a racionalidade ou justiça da ordem legal, desconsidera as reais finalidades que se encontram embutidas nas normas jurídico-repressivas e em suas práticas e, na realidade, presta-se com eficiência ao importante papel de legitimação da ordem estabelecida”.

⁶⁰ (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p.131): “[...] somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Com efeito, **a principal virtude desta concepção retributiva é a ideia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade, dado informativo de qualquer moderna legislação penal**”. [Grifos nossos].

⁶¹ “Trata-se de concepção utilitarista da pena, não significando, aqui, uma necessidade em si mesma, como forma de realização da Justiça, mas sim um *instrumento preventivo de garantia social para*

utilitarista da pena.

No mesmo sentido, a lição de Hans Welzel⁶².

E continua Rafael Braude Canterji⁶³ sobre a referida teoria.

Cabe, ainda, a citação de Aníbal Bruno⁶⁴, sobre a teoria em análise e os elementos da personalidade do agente, no momento da fixação e da execução da pena.

Assim, estão postas na doutrina as teorias da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, sendo que ambas se subdividem em *positiva* e *negativa*.

A *prevenção geral* baseia-se na ideia de que a pena é capaz de desencadear fator inibitório em toda a sociedade em função da sua previsão no ordenamento jurídico, como um aviso prévio aos que suscitem a hipótese de infringir as regras de convivência social de *status* penal.

O raciocínio extraído da concepção *preventiva geral* é que a existência da pena produz um desencorajamento no corpo social, haja vista pairar a ameaça de sua atuação *in concretum*.

Para as denominadas teorias *prevencionistas*, o fato criminoso não funciona como o núcleo do fundamento para a imposição de uma pena, apesar de ser o seu pressuposto, pois o fundamento para punir encontra-se na intimidação que esta atitude impõe ao corpo social e, em especial, ao infrator, com a finalidade de funcionar como barreira institucional para impedir futuros delitos.

A *prevenção geral negativa* tem como principal idealizador Feuerbach (1775-1833), que conclui, racionalmente, acerca da impossibilidade de o Estado resolver os conflitos sociais de *status* penal (delitos) somente através da incidência concreta das sanções, que, por certo, alcançam apenas um percentual simbólico do montante que de fato ocorre. O mesmo aconteceria quando o objetivo fosse o impedimento do crime através da ação direta do Estado, que não está presente em todos os lugares e em todos os espaços de tempo.

evitar a prática de delitos futuros". (Grifos do autor, 2008, p.31).

⁶²"Estas teorias podem explicar a necessidade estatal e o modo de ação da pena, mas não podem justificá-la nem diferenciá-la de outras medidas sociais de proteção". (WELZEL, 2004, p.332).

⁶³"O foco do Estado estaria direcionado à periculosidade de seus cidadãos, atacando a inclinação criminosa de cada um com a aplicação de uma pena. Enfim, essas diferentes funções se ligam à afirmação de que a pena é útil". (CANTERJI, 2008, p.31).

⁶⁴"Essa consideração de que o destino da pena é evitar a prática de novos crimes faz com que no momento da sua aplicação ela seja fixada tendo-se em vista não só a natureza do crime e as circunstâncias que possam modificar o julgamento da sua gravidade, mas todos os elementos que venham contribuir para a definição da personalidade do agente, sobre a qual o processo executivo irá promover a sua reabilitação". (BRUNO, 1976, p.14).

A partir dessa constatação fica evidente a necessidade de uma ameaça abstrata contida na previsão sancionatória que pudesse ser percebida como capaz de se efetivar no mundo dos fatos (execução da pena), ou seja, no dizer de Guimarães⁶⁵, a lei para intimidar a todos deve ser capaz, de forma inexorável, de tornar-se efetiva com a execução do seu conteúdo mandamental.

A concepção desse modelo de identificação do fundamento para a pena é cunhada numa ótica de *coação psicológica* que informa ao corpo social, com o exemplo da punição do infrator, sobre a possibilidade da incidência da sanção em quaisquer de seus membros que protagonizem um fato criminoso.

Destarte, verifica-se um simbolismo que intenciona causar uma reflexão no indivíduo, em momento prévio ao cometimento de um crime, dissuadindo-o de sua prática, freando seus instintos e impulsos delitivos.

Critica-se essa fundamentação teórica para a pena, haja vista que, ao se considerar a intimidação como sustentáculo da sanção, estaria justificada a ideia de maior prevenção com a previsão de maior quantidade de pena, vale dizer, quanto maior a pena imposta, maior intimidação, o que legitimaria um direito penal do terror, ferrenhamente contestado em um Estado Democrático de Direito.

Outro ponto crítico apresenta-se na utilização do exemplo de aplicação da pena em um infrator como motivo para justificar a inibição para a prática de crime por terceiro, pois, havendo o cometimento de outro crime, este seria motivo suficiente para admitir-se o completo fracasso da teoria.

Também estaria comprometido o conceito de culpabilidade que funciona como pressuposto e limite para imposição da pena (artigo 59, do Código Penal Brasileiro). Ao atribuir-se a prevenção geral negativa como razão para a imposição da pena no caso concreto retirar-se-ia a força do instituto da culpabilidade como parâmetro para a intervenção penal, o que é, por si só, também inconcebível no Estado Democrático de Direito.

Massimo Pavarini e André Giamberardino⁶⁶ explicam que tal teoria, ao invés de

⁶⁵ (2007).

⁶⁶ (2011, p.149-150): "Variante negativa da prevenção especial, trata-se das teorias da incapacitação ou neutralização, segundo as quais se pode derrotar ou eficazmente conter a reincidência impedindo materialmente o cometimento de novos crimes pelo condenado. **Ao invés de se buscar a reintegração social do desviante, esta versão negativa da prevenção opera no sentido de sua maior ou definitiva exclusão. O arsenal operativo através do qual se pode perseguir tal finalidade é variado: da eliminação física do condenado (logo, não por razões de *deterrence*, como normalmente se entendeu a pena de morte), à segregação em uma prisão de segurança máxima; do controle eletrônico à distância à castração para os condenados por crimes**

buscar a reintegração social do delinquente, impõe-se-lhe a exclusão.

A *prevenção geral positiva* tem como horizonte uma receptividade, por parte do corpo social, do sentido valorativo da norma penal feita para proteger os bens jurídicos de maior relevância para a própria sociedade e, portanto, invoca a formação de uma consciência coletiva voltada para o respeito e o cumprimento de suas prescrições.

Massimo Pavarini e André Giamberardino⁶⁷ sintetizam as ideias contidas na teoria da prevenção geral positiva.

Trata-se de verdadeira assimilação dos valores básicos da sociedade como sentido para a pena, retratado na confirmação e reafirmação da vigência da norma que encerra tais valores⁶⁸ e na expressão forte de Hassemer⁶⁹, visa “[...] robustecer a consciência normativa de todos”.

Para melhor entender os fundamentos da prevenção geral positiva, mister se faz noticiar sua subdivisão patrocinada, de um lado, por Welzel e Jakobs, por meio da subdenominação *fundamentadora*, e do outro, por Hassemer e Roxin, subdenominada *limitadora* (SHECAIRA, 2002).

O sentido dado à prevenção geral positiva pela corrente de pensamento intitulada *limitadora* foca-se na concepção de que a finalidade da pena contempla um limite ao poder de punir do Estado, calcado em uma conformação principiológica que invoca os conceitos de proporcionalidade e mínima intervenção, atenta às questões de culpabilidade e de reinserção social do infrator, fatores que enclausuram a legitimidade de punir em um Estado Democrático de Direito que, ao desprezá-los, passa ao arbítrio.

A corrente *fundamentadora* não incorpora à construção do conceito de prevenção geral positiva aspectos distintos dos voltados para a afirmação dos valores que compõem o conteúdo da norma.

Para essa doutrina, a pena é condutora de aglutinação do corpo social, pois é percebida como instrumento de defesa ante o desequilíbrio causado pelo delito,

sexuais, etc. [Grifos nossos].

⁶⁷ (2011, p.148): “A teoria da prevenção geral positiva se sustenta sobre uma originária intuição: resgata as teorias expressivas da pena e em última instância a teoria funcionalista do crime e da pena. **O que é preciso ressaltar, porém, é que o escopo da prevenção geral positiva pode ser confirmado — contrariamente ao que se deu para os escopos de prevenção geral negativa — pela análise das funções reais da pena: o sistema das penas legais efetivamente pode produzir — não sempre, nem necessariamente — estabilização social.** [Grifos nossos].

⁶⁸ (SHECAIRA, 2002).

⁶⁹ (2005, p. 369).

devolvendo a crença institucional e a condensação do convívio coletivo.

Na *prevenção especial*, a atenção distancia-se da intimidação dirigida a todo o corpo social, para focar-se no indivíduo infrator, objetivando impedir que este retorne à prática delitiva.

Atualmente, também se menciona a divisão desta teoria em *prevenção especial positiva* quando se refere à reinserção social do condenado, e *prevenção especial negativa* quando o foco está direcionado para a possibilidade de neutralização do infrator pela imposição da pena, o que é mais visível tratando-se da pena privativa de liberdade.

É na doutrina de Von Liszt⁷⁰, que se encontra um maior patrocínio da ideia de proteção dos bens jurídicos através da internalização, pelo delinquente, dos valores contidos na norma penal.

Para Roxin⁷¹, a prevenção especial pretende corrigir aqueles passíveis de correção, por meio da ressocialização; intimidar os que são intimidáveis e excluir os que, nem corrigíveis e nem intimidáveis, devem ser alvo da privação da liberdade.

Crítica, o referido autor⁷², as ideias da prevenção especial por não serem capazes de possibilitar uma limitação do poder de punir do Estado, pois o discurso da punição pode encampar a noção de que todos necessitam ser corrigidos.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁷³, diversos segmentos da doutrina postularam a fundamentação da pena no seu caráter preventivo-especial, não só Liszt, com seu *Programa de Marburgo*, mas Marc Ancel com *A Nova Defesa Social* e o projeto alternativo ao código alemão de 1996, conforme reconhece o próprio Roxin.

Acrescenta o citado autor que, embora a prevenção especial seja alvo de críticas das mais variadas no mundo da doutrina penal, é merecedora de crédito em alguns dos seus ditames, acentuando a sua utilidade, no âmbito da política criminal, por combater a reincidência e, na execução penal, por almejar a ressocialização do condenado⁷⁴.

Contudo, as principais críticas feitas à teoria da prevenção especial como fundamento para a pena dizem respeito a sua imprestabilidade diante de determinadas situações. Não se presta, por exemplo, aos indivíduos que, mesmo infratores, não

⁷⁰(2005).

⁷¹(2004).

⁷²"Numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal". (ROXIN, 2004, p. 21).

⁷³(2007).

necessitam de ressocialização ou reeducação, como os praticantes de crimes culposos.

De outro lado, como deixar de aplicar o direito penal àqueles que, socializados e inseridos, violam a norma, rotineiramente, a exemplo daqueles que praticam “crimes de colarinho branco”, ou aplicá-lo de forma perene àqueles cuja condição socioeconômica propicia uma constante prática delitiva, fazendo do crime muito mais um destino do que uma opção?

A esse respeito, também questiona Boschi⁷⁵, para quem a intimidabilidade pela perspectiva de sofrer uma punição nem sequer consegue romper os parâmetros de crença, pois como explicar a criminalidade habitual traduzida em verdadeira profissionalização no crime?

Questões como essas vulnerabilizam a sustentação de que a pena pode ser alicerçada nos fundamentos trazidos pela doutrina da prevenção especial, levando o tema a outra reflexão que reconhece a eficácia da sanção mais vinculada ao nível da estrutura de fiscalização do Estado, do que da própria essência do seu conteúdo.

São adeptos das teorias prevencionistas, embora com variações na abordagem do tema, autores como Hassemer, Jakobs, Mir Puig, Bustos Ramires, Figueiredo Dias, Anabela Miranda Rodrigues, entre outros.

2.3.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS

As mencionadas teorias retribucionistas e prevencionistas trazem fundamentos distintos quanto à questão da pena que serviram de base para o surgimento das denominadas teorias *mistas* ou *ecléticas*.

Essas últimas objetivam demonstrar a possibilidade de conciliação dos postulados erguidos pelas teorias anteriores, combinando-os, na tentativa de construir uma base racional capaz de justificar a punição.

De logo surgem as críticas, pontuando-se razões diversas. Destaca-se, entre elas, a que condena uma confluência entre argumentos e posições antagônicas que

⁷⁴ (BITENCOURT, 2007).

⁷⁵(2006).

termina por aniquilar a espinha dorsal de ambas as concepções.

Outro argumento robusto diz respeito à amplitude que passa a ter a punição quando acolhida em um mesmo viés explicativo, tanto o aspecto retribucionista quanto o prevencionista, transformando a pena em panacéia de todo confronto com a norma.

Situam-se, os ecléticos, na fronteira entre o caráter retributivo e o preventivo, tentando a superação do antagonismo visto, furtando-se de enxergar a punição de forma restrita na simples dualidade retribuição-prevenção, introduzindo um outro componente à equação, ou seja, “[...] a sociedade a ser defendida contra o crime e em cujo meio o delinquente deve ser inserido sem traumas”.⁷⁶

Constata-se que as teorias *mistas* ou *ecléticas* são adotadas de forma ampla e majoritária no mundo ocidental, não só mantendo o conteúdo retributivo da sanção penal, calcado no parâmetro da culpabilidade, mas, de igual modo, com ênfase no caráter preventivo do delito, tanto no seu aspecto geral (quando busca robustecer o nível de confiabilidade pelo corpo social na ordem jurídica, contendo também caráter intimidatório em face da ameaça da punição) como de prevenção especial negativa e positiva revelada, respectivamente, pela inocuação do infrator ou pela busca de sua reinserção para evitar-lhe o retorno ao crime (reincidência).

As teorias ecléticas pretendem um equilíbrio na fundamentação da pena, evitando carregá-la nos fins retributivos para impedir a legitimação de uma intervenção penal desproporcional e exacerbada, ou seja, para além do limite estabelecido no princípio da culpabilidade, o que se revela impróprio a um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, cuidam para desviar de uma predominância dos fundamentos da prevenção geral, pois tal atitude implica a provável ampliação da intervenção penal por meio da majoração das penas dos crimes considerados mais graves ou mais corriqueiramente praticados, resultando num direito penal injusto e opressor.

Em relação à prevenção especial, o mesmo cuidado é pretendido pelos ecléticos, que objetivam impedir a noção de um direito penal terapêutico e de tratamento corretivo, forjado de maneira aleatória e impositiva e que acabe por alcançar a todos indistintamente, legitimando a aplicação da pena em um direito penal do autor e não do fato, distanciando-se do objetivo declarado do direito penal, que é a proteção de

⁷⁶(BOSCHI, 2006, p. 129).

bens jurídicos.

Sobre o tema, é inevitável o registro da acirrada crítica de Claus Roxin⁷⁷ para quem a tentativa de justapor as bases fundamentais de cada uma das três teorias acerca da pena (retributiva – preventiva geral e preventiva especial) é fadada ao fracasso, haja vista que a junção, pura e simplesmente, não desfaz a estrutura própria de cada uma delas, que permanece e acaba por ampliar os espaços da intervenção punitiva, tornando a pena um instrumento apropriado para a realização de quaisquer finalidades. Isto ocorre porque a junção pretendida não suprime, mas multiplica, os efeitos de cada teoria, constituindo uma impropriedade teórica e uma grave opção dentro do Estado de Direito.

Roxin (2004) apresenta, então, sua teoria denominada *teoria dialética unificadora*, na obra *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, não só desacreditando todas as teorias existentes (retributivas, preventivas e mistas), de *per si*, como identificando a necessidade da justificação, pelo Estado, em todas as etapas do tratamento da pena (cominação, aplicação e execução).

Pontua a natureza subsidiária do direito penal, que só deve entrar em cena para se opor à lesões de bens jurídicos relevantes e indispensáveis à vida em sociedade, afirmando que, para a proteção dos bens jurídicos, as cominações penais que congregam as condutas típicas e as sanções, se justificam apenas e sempre pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos, não possuindo o legislador, legitimidade para impor castigos à condutas além deste viés⁷⁸.

Pugna o mencionado autor alemão por uma minimização da intervenção do Estado via direito penal, na autonomia da vontade do cidadão que deve gerir sua própria vida, cabendo ao Estado somente a tarefa de assegurar a proteção de bens jurídicos indispensáveis como a vida, a integridade física, a liberdade, entre outros, e promover, de forma ampla, políticas de assistência social.

A teoria roxiniana expurga o caráter retributivo como fim para a pena, reconhecendo, na culpabilidade não mais um fundamento para a sua afirmação, mas sim, um limite à intervenção abusiva do poder público.

Contudo, legitima a punição, em função, não de um imperativo categórico (Kant), mas por força da vida em sociedade, ameaçada em sua harmonia pela impunidade

⁷⁷(2004).

⁷⁸(ROXIN, 2004).

que legitimaria a ação ilícita dos seus membros ante a aceitação do crime pelo Estado, afirmando⁷⁹.

Assim, as concepções da doutrina defendida por Roxin reclamam um direito penal de intervenção mínima, admitindo-se a retribuição, não como fundamento, mas como elemento da culpabilidade que implica, também, limite ao poder de punir do Estado, calcado na prevenção geral e especial, esta última norteadada pela reinserção social, que deve respeitar a autonomia da vontade do homem protegida pelos preceitos constitucionais.

Embora com uma construção peculiar, a doutrina roxiniana é considerada como filiada às ideias *prevencionistas*⁸⁰.

Quanto ao direito penal brasileiro, acentua a doutrina a opção feita pelas teorias *mistas* ou *ecléticas*, a partir da reforma patrocinada pelas Leis 7.209 e 7.210, ambas de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal e introduziu a Lei de Execução Penal, em estatuto próprio, reconhecendo a finalidade retributiva e preventiva da pena, conforme assevera o artigo 59, do CP, corroborado pelo artigo 1º da Lei de Execução Penal (JESUS, 2006; BOCHI, 2006; CIRINO DOS SANTOS, 2005)⁸¹.

Sobre as teorias mistas, cabe, ainda, citar Heleno Cláudio Fragoso⁸².

No mesmo sentido é o entendimento de Garcia⁸³.

Ainda, a lição de Aníbal Bruno⁸⁴ sobre o Tema em apreço.

Por fim, a lição de Figueiredo Dias⁸⁵.

⁷⁹Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. [...] Quem não quiser tal aceitar como justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado (ROXIN, 2004, p. 37).

⁸⁰(BOCHI, 2006; SHECAIRA, 2002).

⁸¹Conforme abordagem mais detalhada no item 5.2.

⁸²“Partem do entendimento segundo o qual a pena é retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial”. (2003, p.39).

⁸³“De um lado, pois, acolhe a teoria da justiça absoluta, porque aceita a função retributiva da pena (a pena é um castigo), mas admite, por outro lado, que a pena tenha aquelas funções utilitárias que enumera”. (GARCIA, 1975, p.75).

⁸⁴“A pena apresenta como retribuição, em satisfação a uma exigência de Justiça, mas ao mesmo tempo como instrumento de prevenção dos crimes no interesse da defesa social”. (BRUNO, 1976, p.14).

⁸⁵“Desta concepção básica resulta que se não justifica, nem é conveniente, nem eficaz, assinalar à pena ou **só** finalidades de prevenção geral, ou **só** de prevenção especial. *Umas e outras devem coexistir e combinar-se* da melhor forma e até ao limite possíveis, porque umas e outras se encontram no propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros. Se porém, em muitos casos, se tratará aqui de *finalidades aditivas* — porque, na generalidade das hipóteses, a pena será susceptível de visar, simultaneamente e sem contradição, finalidades de prevenção geral e de prevenção especial —, já casos existirão em que as duas espécies de finalidades poderão em certa medida *conflitar*. E, mais importante inda, há *em todos os casos* que ganhar clareza sobre a questão

Após estas observações acerca dos fundamentos das mais destacadas teorias da pena, cumpre dar início a uma abordagem mais específica: a pena propriamente dita e, nesta trilha, cumpre especial enfoque aquela que possui maior destaque, qual seja, a pena privativa de liberdade.

Massimo Pavarini e André Giamberardino⁸⁶ alertam para o fato de que, apesar de toda a crítica à pena privativa de liberdade, inclusive, alegando-se a crise desse sistema, ele teve seu uso sempre aumentado e não diminuído, como seria de se esperar.

Sobre a falência da pena privativa de liberdade, não podemos deixar de citar Bitencourt⁸⁷.

Massimo Pavarini e André Giamberardino⁸⁸ enfatizam a falência da pena privativa

de saber como devem comportar-se mutuamente as duas espécies de finalidades no momento decisivo de o juiz determinar o *quantum* exacto de pena com que concretamente vai punir um certo crime (operação chamada de determinação ‘concreta’ ou ‘judicial’ da pena ou, *rectior et simpliciter*, de *medida da pena*). Por isso vem a doutrina mais recente sublinhando que o problema do **conflito dos fins das penas** é afinal, de forma paradigmática, o problema da determinação do **modelo de medida da pena**, e inversamente”. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p.79). [Grifos do autor].

⁸⁶ (2011, p.28-29): “A ideologia da prevenção especial positiva da pena, nos sistemas correcionais de justiça, foi sempre crítica em relação às possibilidades da prevenção positiva *através* da pena de prisão. Pode-se também sustentar que na base do sistema correcional de justiça sempre esteve presente uma certa ‘consciência pesada’, relacionada à falência da invenção carcerária em respeito a qualquer finalidade de prevenção. O modelo correcional nasce, de fato, marcado pela confiança em se poder encontrar penas e modalidades de sanção mais úteis que aquelas da mera privação da liberdade. Identifica nas práticas sócio-assistenciais e pedagógicas do ‘*to care*’, a estrada melhor para se renunciar total ou parcialmente à pena de mera segregação. Mas da mesma forma se verificou historicamente que jamais os sistemas correcionais de justiça puderam renunciar, significativamente, à pena de prisão. Pelo contrário, o que se constatou foi a difusão e o fortalecimento de sistemas de justiça cada vez mais caracterizados pela expansão da pena carcerária, à qual ulteriormente se agregou a expansão de uma diversa forma de punir.

A crise atual da finalidade de prevenção especial positiva decorre da crise dos sistemas de justiça penal de tipo correcional. E a crise desses últimos remete *tout court* — ou seja, é explicado por — à crise do Estado Social e das políticas de *welfare*. Na cultura dos profissionais da área, porém, tudo isso se manifesta, em regra, como um desencanto perante as possibilidades de que o sistema de penas possa cumprir finalidades de reintegração”. [Grifos dos autores].

⁸⁷ (2006, p.90): “A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem servido-lhe de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos criminógenos da prisão*. Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a *culpa pela eventual reincidência*, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou”. [Grifos do autor].

⁸⁸ (2011, p.29): “O *farmacum* da pena, em suma, parece não ser capaz de ‘curar’ o condenado. De fato, isso jamais aconteceu, de acordo tanto com aqueles que se interessaram em verificar empiricamente tal hipótese, como com aqueles que constataram, de forma prudente, que não obstante a pena alguns, excepcionalmente, não voltaram a delinquir. **Em outras palavras, é como dizer que às vezes, por razões desconhecidas, o paciente sobrevive à terapia. Por razões históricas, é evidente que a falência da pena correcional foi plenamente e definitivamente**

de liberdade.

Doravante, dada a importância para o tema tratado, pretende-se uma incursão, não aprofundada, relativa à pena privativa de liberdade, que é tida como o centro do sistema punitivo nos últimos séculos, objetivando esclarecer acerca do seu surgimento, expansão e crise, pois seus reflexos permitem a discussão quanto a sua disfunção e impropriedade, como instrumento para atuar junto às infrações de menor e médio potencial ofensivo, como resposta legítima e adequada.

2.4 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

2.4.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O surgimento da prisão é atribuído à criação de casas de correção que objetivavam a custódia de um grande número de bêbados, prostitutas, desocupados, entre outros excluídos, que se avolumavam, por volta do século XVI, no Continente Europeu.

Assim, noticia a História a inauguração daquela que se tem como primeira instituição prisional: a “House of correction”, na Inglaterra, em Bridewell, Londres, em 1552⁸⁹.

Vale registrar que a adoção da prisão próxima dos moldes atuais tem sede nas denominadas “casas de correção”, na Holanda e na França, também durante o século XVI, fruto das mudanças econômicas e sociais com o processo industrial, passando a ser a principal pena e a mais utilizada no território ocidental.

Justifica-se tal medida porque a pena capital e as corporais, que eram as mais aplicadas, entraram em vertiginosa trajetória, por não conseguirem refletir o sentido de justiça, reclamado pelo coletivo social da época, em função da incapacidade de garantir o controle do crime e a proteção dos segmentos dominantes da população.

Dessa forma, a pena de prisão surgiu como uma grande e nova ideia capaz de renovar a crença na punição como instrumento de redenção do criminoso, com a vantagem de não incidir de forma cruel sobre o seu próprio corpo ou sua vida.

Outro aspecto importante a ser considerado é o econômico. Não se pode ignorar

verificada em relação à privação da liberdade, através do cárcere”. [Grifos nossos].

⁸⁹ (GUIMARÃES, 2007, p. 101).

que a prisão surgiu e ganhou força em uma época na qual a crise econômica consumia o mundo ocidental, em uma atmosfera de desemprego e escassez de bens, constituindo a mão-de-obra dos encarcerados em força-trabalho barata e a prisão, forte instrumento de controle social contra movimentos reivindicatórios de direitos e políticas públicas.

Nessa esteira, é exímio o magistério de Cláudio Guimarães⁹⁰.

Posteriormente, já no século XVIII, com as ideias filosóficas humanitárias, surgiu o sistema penitenciário, que em sua primeira versão, se denominou “isolamento celular”, em seguida cognominado “Sistema Pensilvânico”, dando origem a outros sistemas que se projetaram, como o Sistema da Filadélfia, o Auburniano e o Sistema Progressivo.

O sistema penitenciário pautado no isolamento celular (Pensilvânico 1776 e 1829) tinha como principal característica o total isolamento diuturno do preso em cela, na qual deveria permanecer em absoluto silêncio, orando e meditando, em busca de uma recuperação pelo crime praticado.

Fruto do sistema de isolamento celular, o Sistema Auburniano (1816), criado no Estado de Nova York, difere do primeiro por não admitir uma cultura mística de cunho religioso, permitindo-se o convívio comum dos presos somente durante o dia, por ocasião do trabalho obrigatório. Igualava-se, no entanto, ao sistema de isolamento celular, durante a noite, quando o silêncio era exigido.

O Sistema Progressivo origina-se da constatação do fracasso dos sistemas anteriores, nos quais era grande o número de mortes ou casos de loucura. Desta forma, passou-se a questionar as graves sequelas produzidas pelo isolamento total.

O Sistema Progressivo representa o ápice da utilização da pena de prisão, pois sucede os demais sistemas e passa a ser o mais adotado a partir de seus registros iniciais, entre 1802 e 1806, na Espanha⁹¹.

A base dessa modalidade de privação da liberdade lastreia-se na divisão do tempo de cumprimento de pena em blocos ou etapas que propiciam uma sequência de benefícios em decorrência do período de sanção cumprido, conjugado

⁹⁰ (2007, p. 129): “Percebe-se, então, a incontestável mudança do sistema de aprisionamento, o qual, outrora, caracterizava-se como um negócio pouco lucrativo – via de regra, os próprios responsáveis pelos locais de aprisionamento é que auferiam pequenos lucros, cobrando dos detentos em razão de sua permanência nas prisões – transformando-se em mola propulsora da moderna indústria manufatureira”.

⁹¹ (BITENCOURT, 2001).

com o bom comportamento carcerário, com o objetivo de estimular a boa conduta e a recuperação gradual do condenado, para o seu posterior retorno ao convívio social.

O sistema progressivo passa a trabalhar com conceitos diferenciados em relação aos sistemas penitenciários anteriores, introduzindo a liberdade condicional, as etapas prisionais com graduação dos rigores nos estabelecimentos penais e a possibilidade de contatos ocasionais com o mundo exterior e o corpo social.

A partir do século XIX, a pena privativa de liberdade passou a ser a principal resposta penológica agregando, em progressão geométrica, adeptos da cultura segregatória, como meio mais adequado para serem alcançadas a prevenção e a reforma do delinquente.

Contudo, passa-se a perceber que, embora tenha havido um grande progresso quanto à metodologia utilizada nos sistemas penitenciários, esta mudança não reflete diagnóstico positivo com relação aos problemas identificados junto às instituições prisionais de uma forma geral.

Constata-se que os reclusos, independentemente dos sistemas penitenciários, demonstram similitude de características próprias das denominadas “instituições totais”, que são assim intituladas, entre outras razões, em virtude da existência de um grupo controlado (presos) e de uma minoria controladora que se impõe como “[...] superiores e corretos, enquanto que os reclusos tendem a se sentirem fracos, culpados e inferiores”⁹².

Portanto, embora forjando um espectro expansionista, a pena privativa de liberdade acompanhou-se de aspecto sombrio, como ressalta Alessandra Prado⁹³.

No Brasil, com a edição do Código Criminal do Império, em 1830, entre seus artigos 38 e 43, previu-se a pena de prisão com trabalho e prisão simples, que fazia parte do cenário punitivo apenas como coadjuvante, tendo em vista que protagonizavam a cena sancionatória as penas de morte e as galés perpétua ou temporária.

Com o Código Republicano de 1890, a prisão passou a ser prevista, em larga escala, para praticamente todos os crimes e algumas contravenções penais,

⁹² (GOFFMAN, 1996, p 18-19).

⁹³ (2005, p. 312): “Deste então o encarceramento se constitui em uma forma de segregação do indivíduo pelo Estado, que nem sempre agiu ou age à luz dos princípios que informam a aplicação da pena – legalidade, proporcionalidade, lesividade, pessoalidade, individualização e respeito à dignidade do ser humano; e é executado sob o olhar temeroso, mas também, normalmente,

implicando isolamento celular e trabalho obrigatório.

Com a adoção do atual Código Penal, editado em 1940, a privação da liberdade estabeleceu-se de forma soberana havendo divisão de estabelecimentos penais por meio de características específicas para o cumprimento das penas privativas de liberdade de reclusão e detenção, bem assim das medidas de segurança.

A prisão como proposta inicial de mera penitência, resta, hoje, reestruturada com objetivos próprios e definidos que podem ser elencados como: a) retribuição ou castigo; b) intimidação ou coação psicológica; c) ressocialização ou reinserção social do condenado; e d) incapacitação ou neutralização para a prática de novos delitos⁹⁴.

Conforme há muito alertava o mestre Cesare Beccarà⁹⁵, à pena privativa de liberdade falta, muitas vezes, o essencial que é a justiça, tratam-se de igual modo tanto aquele criminoso convicto, quanto o inocente suspeito.

Como destaca Ivan de Carvalho Junqueira⁹⁶, a pena privativa de liberdade transforma-se em um verdadeiro suplício, causando dissocialização e degeneração e não promovendo a ressocialização.

No mesmo sentido, a opinião de César Barros Leal⁹⁷.

Como acrescenta Cezar Roberto Bitencourt⁹⁸, a pena de prisão não mais intimida o criminoso.

Uma análise racional e mais ampla acerca da pena de prisão necessita de componentes, tais como a conflitividade carcerária, bem como os aspectos

desprezivo e preconceituoso da sociedade civil”.

⁹⁴ (LEAL, 2001).

⁹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 27: “A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a idéia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas”.

⁹⁶ JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos Cruz, 2005, p. 14: “São observados sucessivos fracassos da pena privativa de liberdade, tendo em vista ela ter-se transformando em verdadeiro local de suplícios, vez que as políticas de tratamento ao recluso são incipientes, causando assim uma dissocialização e degeneração do recluso, distanciando-se, cada vez mais, da promoção de sua ressocialização”.

⁹⁷ LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.38: “Os fins da pena, quais sejam retribuição, intimidação, ressocialização e incapacitação não tem sequer atingido seus fins, os quais teriam o condão de preparar o detento para o convívio na sociedade. Dessa forma, verifica-se que a prisão é antes de tudo um castigo, pois o condenado perde no cárcere sua privacidade, sua intimidade, bem como sua identidade social”.

⁹⁸ [...] Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. [103]

subjetivos que a estimulam, em virtude das deficiências do próprio sistema penitenciário, reclamando uma incursão sobre o quê se costuma denominar de “crise no sistema prisional” ou “crise da prisão”.

2.4.2 A CRISE DA PENA DE PRISÃO E SUA DISFUNÇÃO

De início, uma atmosfera de otimismo fertilizou o terreno onde, de forma ampla, a prisão foi semeada em grande parte do planeta.

Contudo, ao final de dois séculos de efetiva aplicação, a pena privativa de liberdade apresenta exaustivas conclusões de fracasso, uma vez que é incapaz de atingir os seus objetivos preventivos e ressocializadores, caindo por terra, inclusive, a ilusão do seu intuito primitivo (castigo), pela diversidade entre o crescimento das ocorrências criminosas e a efetiva punição, demonstrada pelas cotidianas abordagens sobre o tema.

Shecaira; Corrêa Junior⁹⁹ destacam que, apesar da crise, a pena privativa de liberdade ainda é o principal instrumento da política criminal.

O diagnóstico negativo sobre a pena privativa de liberdade é prescrito na sábia lição de Ataliba Nogueira¹⁰⁰.

Como indica Cezar Bitencourt (2001, p. 154), o sistema carcerário “[...] assenta-se sobre dois pilares: a) a antítese entre o ambiente carcerário e a comunidade livre; e b) deficientes condições materiais e humanas nas prisões de todo o mundo”.

Assim, pode-se elencar entre as mazelas geradas pela privação da liberdade na esteira dos ensinamentos desse mesmo autor: (a) a prisão como fator criminógeno; (b) os elevados índices de reincidência; (c) a influência prejudicial sobre o recluso dentro dos efeitos sociológicos ocasionados pela prisão; (d) os efeitos psicológicos produzidos no cárcere; (e) os efeitos negativos sobre o autoconceito do recluso; (f) os problemas sexuais na prisão como repressão do intuito sexual, homossexualismo, perversões, etc.; (g) a utilização das drogas; e (h) o alto custo financeiro para a sociedade.

⁹⁹ (2002, p.156).

¹⁰⁰ (1956, p. 65): “Os efeitos danosos da prisão foram-se revelando uns após os outros: diretos e

Acerca da questão da reincidência, considera Bitencourt¹⁰¹ sobre as causas do denominado “fracasso” da pena privativa de liberdade, enfatizando que, muitas vezes, o referido “fracasso” pode ser dar por fatores alheios ao cumprimento da pena no sistema prisional.

Ainda sobre a reincidência, Bitencourt¹⁰² chama a atenção para o fato dela ser, inclusive, fator para agravar a pena.

A razão de ser da ineficácia da prisão para o cumprimento das finalidades da pena repousa no antagonismo existente entre o mundo da prisão e o mundo extramuros, pois as regras que regem a vida no cárcere são opostas, na maioria das vezes, às regras que regem a vida em liberdade. Daí considerar-se mais difícil ressocializar uma pessoa que cumpre pena de prisão do que alguém que, embora dessocializado, não passa por essa “amarga experiência”, como expressa Garcia-Pablos y Molina¹⁰³.

A esse respeito, a citação de Shecaira; Corrêa Junior¹⁰⁴.

Também é possível identificar, entre as mazelas do cárcere, questões como: o ócio, em razão da falta de política de trabalho prisional, principalmente em países subdesenvolvidos, como no Brasil; a superlotação carcerária; a ausência de assistência judiciária; a inexistência de programas de integração familiar e social do recluso; bem como os maus-tratos e violações a integridade física e moral do preso.

O ambiente carcerário não permite realizar nenhum trabalho reabilitador do

indiretos, atuais e vindouros, individuais e sociais”.

¹⁰¹ (2006, p.90-91): “Na verdade, as *causas* responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorrem exatamente através do estudo criterioso dos fracassos e das suas *causas*, algo que não acontece no campo penitenciário. Não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a *reincidência*, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à libertação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então não ser aceito pelos demais membros — não delinquentes — da comunidade”.

¹⁰² (2006, p.92): “A *reincidência*, a despeito dos efeitos criminógenos da prisão, tem servido de fator para agravar a pena, negar benefícios penitenciários, impedir recurso em liberdade, determinar regime mais rigoroso no cumprimento da pena, impedir a *substituição* da pena de prisão por penas alternativas ou impedir a concessão do *sursis*. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) e a Lei nº 9.437/97 (arma de fogo) atingem o cúmulo do arbítrio ao cominarem pena pelo simples fato de o réu ser *reincidente* (art. 296 do CTB) ou possuir condenação anterior por outro crime (art. 10 §3º, IV, da Lei nº 9.437/97)”.

¹⁰³ (*apud* BITENCOURT, 2001, p. 155).

¹⁰⁴ (2002, p.157): “Essa crise advém de um pessimismo e até descrédito na possibilidade de efetivação do objetivo ressocializador da prisão. Considera-se o ambiente carcerário, em virtude de sua antítese com a comunidade livre, um obstáculo natural à persecução de resultados positivos em relação ao condenado. **Chega-se, inclusive, a posições radicais que afirmam a inutilidade das reformas na pena privativa de liberdade, já que suas contradições e paradoxos fundamentais**

preso, pois é um meio antinatural, artificial, sendo, portanto, uma antítese da comunidade livre¹⁰⁵.

Na maioria das prisões do mundo, as condições materiais e humanas não permitem que o objetivo reabilitador seja alcançado¹⁰⁶.

As mazelas da prisão não são exclusivas de países pobres, como se pode pensar. São frequentes e em países ricos, também, maus-tratos verbais ou de fato, crueldades injustificadas, superpopulação carcerária, falta de higiene, assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva, condições deficientes de trabalho, dentre outros¹⁰⁷.

No mesmo sentido, lecionam Shecaira; Corrêa Junior¹⁰⁸.

Desse modo, a deficiência das condições penitenciárias comprovadamente existentes na maioria dos países do mundo, faz-nos pensar que a prisão se encontra, de fato, em crise¹⁰⁹.

Dentre os fatores que conferem à prisão um fator criminógeno, citamos: fatores materiais (deficiências de alojamentos e de alimentação, facilitando o desenvolvimento da tuberculose, comum nas prisões); fatores psicológicos (estímulo à dissimulação e à mentira) e fatores sociais (segregação do meio social, termina por causar uma desadaptação tão profunda no indivíduo que resulta difícil a sua reinserção social)¹¹⁰.

A prisão, ainda, apresenta altos índices de reincidência, seja em países considerados de Primeiro Mundo, ricos, como os Estados Unidos da América, seja em países Em Vias de Desenvolvimento, como o Brasil¹¹¹.

A questão da reinserção social deve ser entendida, também, como uma atuação sobre o indivíduo-delinquente, que nem por isso deixa de encarar como um problema que traz em si, a polarização das tensões entre a reforma do indivíduo e da sociedade¹¹².

hã de permanecer". [Grifos nossos].

¹⁰⁵ (BITENCOURT, 2001, p.154).

¹⁰⁶ (BITENCOURT, 2001, p.155).

¹⁰⁷ (BITENCOURT, 2001, p.156).

¹⁰⁸ (2002, p. 157): "A começar pelas condições materiais das penitenciárias, os efeitos causados sobre os condenados são desastrosos. Muitos desenvolvem doenças como tuberculose, enfermidade por excelência das prisões, e outras complicações fisiológicas resultantes das más condições de higiene, alojamentos e alimentação".

¹⁰⁹ (BITENCOURT, 2001, p.157).

¹¹⁰ (BITENCOURT, 2001, p.158-159).

¹¹¹ (BITENCOURT, 2001, p.161).

¹¹² (RODRIGUES, 2000, p.104).

Cláudio Ribeiro¹¹³ destaca que a criminalização aprofunda as relações de desigualdades existentes na sociedade, visto que promovem a rotulação/etiquetamento dos indivíduos, que são, em regra, clientela majoritária do sistema penal.

E continua o citado autor¹¹⁴, relacionando o processo de exclusão social com o sistema penal.

Faz, ainda, o autor¹¹⁵ acima mencionado, uma referência ao termo “estigma”, utilizado na Grécia, para marcar os escravos fugitivos, ou ainda os criminosos, traidores, enfim, pessoas que deveriam ser evitadas.

Ribeiro¹¹⁶ faz, ainda, referência à estigmatização, inclusive na literatura, citando Kafka.

Ilustram as afirmações, acima mencionadas, os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional via Internet (DEPEN, 2014) que retratam uma população prisional no Brasil, de 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos para 376.669 (trezentos e setenta e seis mil, seiscentos e sessenta e nove) vagas, dos quais 84%(oitenta e quatro por cento) não exercem atividades laborativas, 89,3% não estudam e 78% (setenta e oito por cento) não possuem advogados constituídos¹¹⁷.

A própria estrutura carcerária e sua gestão demonstram a precariedade de recursos material e humano que servem de sustentáculo para o sistema prisional.

Observe-se que os dados oficiais divulgados retratam que, dos Estados Membros, 48% (quarenta e oito por cento) não contam com escolas penitenciárias; 71% (setenta e um por cento) não têm plano de cargos e salários no sistema

¹¹³ (2006, p.123)

¹¹⁴ (2006, p.123): “[...] é um crescente processo de estigmatização do acusado e que inclui toda uma teia de fenômenos que impedem qualquer tentativa de reinserção na vida da sociedade, objetivo declarado de todo o sistema penal”.

¹¹⁵ (2006, p.124): “O termo grego *stigma* referia-se, originalmente, a sinais corporais, normalmente fetos através de cortes ou fogo, com os quais se desejava evidenciar o *status* moral do indivíduo, em geral um escravo fugitivo, um criminoso ou um traidor, alguém, enfim, a ser evitado. Já no ambiente da cultura cristã, a mesma designação passou a definir, igualmente, sinais físicos da graça divina, com que os homens e mulheres santos eram agraciados e que tomavam forma de chagas, semelhantes às aquelas provocadas na crucificação, e erupções cutâneas em forma de flores. Atualmente, esclarece GOFFMAN, o ‘termo é amplamente usado de maneira um tanto semelhante ao sentido literal original, porém é mais aplicado à própria desgraça do que à sua evidência corporal”.

¹¹⁶ (2006, p.130): “A simbologia do julgamento, com seu ambiente sóbrio e austero, terminologia frequentemente hermética, vestimentas especiais, é a mais expressiva representação dessas *status-degradation ceremonies* e foi desenvolvida, com rara agudeza, na literatura, por KAFKA”. [Grifos do autor].

¹¹⁷ .Tema abordado com maior enfoque no transcorrer dos itens 4 e 5.

prisional; 83,3% não possuem Patronatos; 61% (sessenta e um por cento) não criaram seus Conselhos da Comunidade e 72% (setenta e dois por cento) separam os presos por facções¹¹⁸.

Outros argumentos podem ser reunidos para demonstrar os graves problemas oriundos do sistema carcerário que comprometem o seu funcionamento, entre eles as costumeiras estruturas insalubres destinadas a abrigar os reclusos, que são agrupados sem a separação determinada pela Lei, gerando sérios problemas de saúde, inclusive psiquiátricos, que só no Estado do Rio de Janeiro acometeram 16,3% da população carcerária feminina e 7,9% da masculina¹¹⁹, além de tuberculose, doenças de pele, entre outras, ferindo o respeito à dignidade humana.

Nessa trilha, merece destaque a explosão da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) que, no Brasil, no final do ano de 1997, contabilizou cerca de 20% (vinte por cento) da população prisional¹²⁰, e que em números atuais significa aproximadamente 121.000 (cento e vinte e um mil) presos contaminados.

São verificados, de igual modo, diversos efeitos negativos no âmbito psicológico em relação aos indivíduos submetidos ao sistema prisional com consequências em suas atitudes, que são pontuadas por comportamento regressivo e de alta infantilidade, por força da absoluta regulamentação da vida segregada e constante monotonia instalada no cotidiano carcerário¹²¹.

A sexualidade do recluso é bastante afetada em virtude da alta limitação sexual por que passa o preso, praticamente desprezando-se a importância que a regular atividade sexual tem na vida humana o que, por via de consequência, deságua em perversões e alterações da personalidade do detento, comprometendo sua saúde psíquica e física.

Vale registrar, que algumas experiências envolvendo a pena privativa de liberdade têm demonstrado resultado relativamente satisfatório como, por exemplo, o projeto desenvolvido no Estado de Minas Gerais denominado *Novos Rumos na Execução Penal*, que adota o método utilizado pela Associação de Proteção e

¹¹⁸.Dados divulgados pelo DEPEN, 2015.

¹¹⁹.Números extraídos da pesquisa coordenada por Edson José Biondi, entre os anos de 1999 e 2004, intitulada *Perfil biopsicossocial das pessoas condenadas que Ingressaram no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro: um estudo de cinco anos*. Publicada pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

¹²⁰.Dados extraídos de pesquisa realizada em 1997, pela Universidade de São Paulo (USP), por meio da matéria intitulada *Prevalência do HIV nos presídios*. 2001. Disponível em: <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0068.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2008.

¹²¹ (BITENCOURT, 2001).

Assistência aos Condenados (APAC).

O método APAC foi criado em São José dos Campos – SP, em 18 de novembro de 1972, idealizado pelo Advogado Mário Ottoboni, e consiste em uma filosofia de valoração humana vinculada à evangelização, com a administração das unidades prisionais em co-responsabilidade entre a comunidade e os próprios presos, por meio da municipalização da execução penal em presídios de pequeno porte com capacidade em média para cem internos.

O Estado de Minas Gerais conta com 15 (quinze) APACS em funcionamento, além de outras 40 (quarenta) em fase de implementação, apresentando índices de recuperabilidade expressivos, com uma reincidência criminal em torno de apenas 7% (sete por cento). Assinale-se, ainda, que o método APAC possui mais de 100 (cem) unidades espalhadas no território nacional e várias outras em países como Alemanha, Argentina, Armênia, Bolívia, Bulgária, Chile, Cingapura, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra, México, Nova Zelândia, Noruega etc.¹²².

No entanto, a experiência retromencionada não é regra mas exceção entre os resultados observados com a aplicação da pena privativa de liberdade que, predominantemente, constitui, no dizer de Foucault (1999, p. 214), “[...] essa região mais sombria do aparelho de justiça”

Portanto, ao se submeter à pena privativa de liberdade ao filtro da Constituição, no que tange a sua real face, retratada sem retoques pela sua execução, percebe-se identidade entre as suas mazelas e as razões esposadas pelo legislador constituinte para pontuar as espécies de penas não amparadas pelo nosso direito, haja vista o diagnóstico de repulsa do sistema prisional, mormente quanto às infrações de menor e médio potencial ofensivo.

Na análise da matéria, observa-se que em seu artigo 5º, inciso XLIX, a Constituição Federal Brasileira, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Percebe-se que a fundamentação para se expurgar sanções cruéis, indignas e, portanto, ilegítimas do sistema punitivo, repousa, originariamente, no choque destas com o princípio humanitário que, para Jescheck (1993, p. 91), “se impõe a todas as relações humanas que o direito penal faz surgir”.

¹²² .Dados extraídos da cartilha intitulada *Projeto Novos Rumos na Execução Penal*, publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 2007.

Sobejamente fundada em tais afirmações de caráter global, justifica-se a abolição das penas, desonrosas, físicas e capitais no novo direito penal vigente, em estreita e imperativa obediência ao magno princípio da dignidade da pessoa humana, paradigma incontestável da ação interventora do Estado.

Para Scheerer *apud* Queiroz¹²³ o Direito Penal moderno está orientado para o futuro e não para o passado.

Como destaca Cezar Bitencourt¹²⁴, o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua encontra-se no princípio da humanidade do Direito Penal.

Nesta trilha, sem abandonar a ideia de pena como retribuição, mas buscando sua adequada contribuição para a formação do conceito moderno de sanção, procura-se conceber esta finalidade mais alicerçada no caráter preventivo e, principalmente, ressocializador.

Entretanto, como também salienta Cezar Bitencourt¹²⁵, o Direito Penal não é necessariamente assistencial, tendo, como objetivo primeiro, a justiça distributiva, responsabilizando o delinquente pela violação da ordem jurídica.

Ainda, conforme Sheerer¹²⁶, observa-se que não há falta de legislação, pelo contrário, há leis demais.

Seguindo esta direção, pode-se apontar, a título de ilustração, a conclusão obtida

¹²³ (1998, p. 14) “O direito penal moderno não está orientado para o passado, mas sim para o futuro, não metaforicamente, mas social e tecnologicamente, não mais uma manifestação do direito, mas, sim, antes de tudo, prevenção da injustiça”.

¹²⁴ (2006, p.39): Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. “A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de torturas e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dissociação dos condenados são corolários do princípio de humanidade”.

¹²⁵ (2006, p.39-40): “E isso, na lição de Jescheck, ‘não pode ser conseguido sem dano e sem dor especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal de ser presididas pelo princípio da humanidade’.

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social”.

¹²⁶ (1998, p.15): A máquina legislativa já deu o que tinha de dar. Tem Leis demais; Leis para impressionar o público e Leis para Inglês ver; Leis simbólicas e Leis ‘tampa-buracos’ (da política social). Junto com as Leis Penais, está aumentando o número das prisões e da população penitenciária. E este sistema penal só enche; enche as prisões de negros e pobres, de negros quase-pobres, de brancos quase-negros, de pobres quase-brancos-quase-negros (às vezes, as minorias são outras, mas os pobres são pobres, as prisões são as prisões e a degradação das condições penitenciárias é global...). E justamente numa época em que se está redescobrimdo o ideal de um estado enxuto a prisão e o sistema Gulag no mundo inteiro se tornam cada vez mais vorazes e obesos.

no II Congresso Internacional de Criminologia, realizado em 1950, em Paris, onde já se afirmava que “a prisão em vez de frear a delinquência parece estimulá-la, transmutando-se em capacitadora de toda espécie de desumanidade, não produzindo quaisquer benefícios ao penitente, ao revés, infligindo toda espécie de maus hábitos e degradações”.

Nesta mesma trajetória, as regras mínimas para o tratamento dos presos no Brasil, editadas em 1995 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, organismo do Ministério da Justiça, trazem já em suas exposições de motivos o destaque de que a pena que não assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença é iníqua e contraproducente. Destinadas a restabelecer o equilíbrio, ela o estaria comprometendo, falhando à sua finalidade.

Ressalte-se que o enunciado das citadas regras, guarda identificação com sua origem, qual seja, a Assembléia Geral da ONU que preceituou a Resolução 3.218/74, bem como o IV Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, realizado no Japão (1970), de princípios e regras mínimas para, não só orientar os limites do poder dever de punir do Estado, como o relacionamento com o apenado frente às novas regras constitucionais.

No V Congresso das Nações Unidas, desta feita em Genebra, na Suíça, em 1975, renovou-se a bandeira pelos direitos do preso estabelecidos em regras mínimas. Da mesma forma, em Viena (Áustria), em 1994, o Comitê Permanente de Prevenção do Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, que conta com a participação do Brasil como membro, recomenda a edição de tais regras em todos os países membros.

Para atribuir um esteio normativo a tal proposta, mister se faz invocar as Regras de Tóquio que, oriundas do VIII Congresso das Nações Unidas, em dezembro/1990, enfocaram a necessidade da redução do número de reclusos no mundo, bem como a oportunização de soluções alternativas à prisão.

É nessa sequência argumentativa que se pontua a constatação do desserviço que a pena privativa de liberdade presta às infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, pois, tratando-se de situações em que o grau de impacto causado pela atitude desviante é baixo, não se justifica a imposição de uma modalidade de sanção revelada como a forma mais drástica de intervenção punitiva, atualmente.

É verificável, não obstante, que, apesar de todos os males do cárcere, este ainda

se impõe para as situações gravíssimas que envolvem as infrações penais de intensa potencialidade lesiva aos bens jurídicos tidos como de maior importância para o corpo social, em face da inexistência de outra forma punitiva, por ora, para fazer frente a tais infrações.

Esta constatação tem mobilizado o pensamento, em nível mundial, para, ao menos, estabelecer uma política firme de melhoria das condições dos segregados no interior dos estabelecimentos carcerários, almejando uma execução penal humanitária e garantista em relação aos direitos dos presos.

Portanto, a prisão revela-se, no dizer de Cezar Bitencourt (2001, p. 1-2), “[...] um mal necessário”, recomendando, como o faz praticamente toda doutrina moderna penal, a sua utilização limitada “[...] às penas de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação”. Prosseguindo, arremata: “Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena de prisão”.

Destarte, constatada a disfunção da prisão e, portanto, sua incapacidade para o cumprimento das finalidades declaradas da pena em face das mazelas evidenciadas pela comprometida estrutura física e administrativa do sistema carcerário, bem assim o atrito visível do seu funcionamento com os ditames estabelecidos pelo corpo da Constituição Federal Brasileira, principalmente os princípios da humanização da pena e o respeito à dignidade da pessoa humana, considera-se imperativa a excepcionalidade de sua aplicação, reservada tão-somente aos autores de crimes de máxima gravidade.

Assim, a pena privativa de liberdade torna-se imprópria para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, dentro de um critério racional de aplicação do direito penal moderno, que deve atender a uma política criminal pautada na intervenção punitiva mínima e capaz de preservar os direitos e garantias do infrator, orientando sua reinserção social.

Nesse diapasão, ensina Manoel Pedro Pimentel¹²⁷.

De outro lado, a perspectiva de um sistema punitivo calcado em alternativas penais à prisão para as infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, vislumbra uma intervenção penal menos drástica, mais econômica para o Estado e, portanto, com maior probabilidade de prestar-se ao respeito à dignidade da pessoa

¹²⁷ (1973, p. 95): “[...] as sanções devem ser: a) adequadas à defesa social e à política econômica do Estado; b) dosadas criteriosamente, de acordo com a gravidade da infração; d) ajustadas à personalidade dos destinatários, pessoas físicas ou jurídicas; d) aplicadas e executadas com certeza

humana, bem assim à reintegração do delinquente na sociedade, em um estágio no qual predomina o Estado Democrático de Direito¹²⁸ construído, predominantemente, sob o ritmo ditado pelo constitucionalismo moderno.

e firmeza, a fim de que não fique desmoralizado o sistema repressivo”.

¹²⁸.Conforme analisado no decorrer do Capítulo 6.

“[...]”

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”, Artigo 27º, 2, Constituição da República Portuguesa.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”, Artigo 5º, Constituição Federal brasileira, *caput*.

3.1 A LEGITIMIDADE PENAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O questionamento acerca da intervenção penal do Estado, por meio do exercício do poder de punir, sempre ocupou espaço destacado na História, desde que se passou ao modelo de Estado de Direito, em face do gravoso atingimento dos mais importantes bens e valores individuais do homem, para a preservação exatamente destes mesmos bens e valores.

Paulo Queiroz¹²⁹ destaca que o Direito não é a única nem a mais importante

¹²⁹ Queiroz (2015, p.60-61): **“Com efeito, conscientes ou não, estamos permanentemente sujeitos a um universo infundável de regras de comportamento, as quais surgem das mais diversas formas de interação e controle social. E todas as regras, por mais informais, preveem sanções como meio de afirmação e validação.**

Realmente, já no período de gestação, estamos de algum modo sendo socializados: dão-nos nome, direitos, família, religião, língua, nacionalidade, orientação sexual etc., e passamos a fazer parte de um projeto de vida que não escolhemos, de modo que somos alguém antes mesmo de nascermos. **Mais tarde seremos socializados pela família, escola trabalho, religião, moral**

forma de controle social formal, inclusive tecendo considerações sobre diversas instituições da sociedade.

Ocorre que, para a compreensão dos limites da legitimidade da intervenção penal, é necessário não somente perquirir acerca da função da pena em abstrato, mas, verdadeiramente, averiguar a que finalidade corresponde a pena no direito penal de um determinado modelo de Estado.

No Estado moderno, onde a pena é seu monopólio, a função a ser por ela exercida, dependerá dos fins a ele atribuídos. Enquanto o direito penal de um Estado social legitima-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, ao qual se atribui a missão de prevenção na medida do necessário para esta proteção, em outro modelo, ou seja, em um Estado Democrático de Direito o direito penal encontra outros parâmetros, como salienta Suxberger¹³⁰.

Destaca Jorge de Figueiredo Dias¹³¹ sobre a questão do fenômeno da globalização, inclusive na necessidade de alterações do Direito Processual Penal, notadamente em Portugal.

etc., quando aprenderemos os mandamentos de não matar, não furtar, não prestar falso testemunho etc., razão pela qual o processo de socialização está presente nas nossas vidas a todo tempo e em toda parte, de modo que nunca estamos realmente sós.

[...]

Em consequência, o sistema penal há de desempenhar, relativamente ao sistema social como um todo, um papel subsidiário. Sim, porque o direito penal — parte da maquinaria pesada do Estado —

Só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições (públicas ou privadas) cuja finalidade consiste em socializar e educar os indivíduos, por meio da aprendizagem e da internalização de certas pautas de comportamento.

O direito penal é, por conseguinte, a *ultima ratio* do controle social formal; ou ainda, o direito penal é a fortaleza e os canhões dos demais direitos. **Se pensarmos, por exemplo, naquele que emite (dolosamente) cheque sem provisão de fundos (CP, art. 171), veremos que atuam concorrentemente com a intervenção jurídico-penal: censura social, perda do crédito, pagamento de juros, encerramento da conta bancária, inscrição do nome em serviços de proteção ao crédito, protesto e/ou execução forçada do título; e, por fim, já agora intervindo o direito penal, indiciamento em inquérito policial**". [Grifos nossos].

¹³⁰ [...] o direito penal de um Estado Democrático de Direito deverá submeter a prevenção penal a outra série de limites, em parte decorrentes da tradição liberal do Estado de Direito e, em parte, reforçados pela necessidade de satisfazer ao conteúdo democrático do direito penal. (SUXBERGER, 2006, p.168).

¹³¹ "O movimento da *globalização* determinou alterações radicais do fenómeno da criminalidade e da realidade processual penal. Tratou-se sobretudo do *surgimento de novos e grandes riscos – de riscos globais* – que pesam sobre a humanidade e não podem subtrair-se à tutela penal (embora esta não deva constituir a forma única, nem sequer 'avançada' ou de primeira linha, da proteção): o risco atômico e químico, o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a manipulação genética, a produção maciça de produtos defeituosos, a criminalidade altamente organizada dos 'senhores do crime' – que dominam à escala planetária o tráfico de armas e de drogas, de órgãos e mesmo de seres humanos –, o terrorismo regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade". (DIAS, 2009, p.806). [Grifos do autor].

E continua o renomado mestre¹³².

Ainda segundo Figueiredo Dias¹³³, precisa-se saber se, devido à globalização, as condições “[...] actuais e futuras, do fenómeno da criminalidade e da realidade processual imporão a mudança do paradigma moderno do processo penal, que acompanha s sociedades democráticas há mais de dois séculos [...]”. Ele mesmo responde, inclusive citando Claus Roxin.

Figueiredo Dias¹³⁴ destaca sobre o uso, cada vez maior de avanços da informática no processo penal, lembrando a questão da “[...] utopia do *big brother* [...]”, citando o exemplo do direito português.

E salienta Figueiredo Dias¹³⁵, sobre o uso da informática no processo penal português.

Os “defeitos” da referida Lei são elencados pelo próprio Figueiredo Dias¹³⁶.

¹³² “Sem esquecer ou minimizar as conquistas formidáveis dos últimos séculos em matéria de direitos humanos, impõe-se, perante este fenómeno, o reforço dos valores da *solidariedade global*, a celebração a nível planetário (se não for excessivo exprimir-se assim0 de novos *contratos sociais*. Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e se torna indispensável, se quisermos oferecer uma oportunidade razoável às gerações futuras, que a humanidade se torne em *sujeito comum de responsabilidade pela vida*”. (DIAS, 2009, p.806). [Grifos do autor].

¹³³ “Este paradigma, é sabido, exprime-se em dois modelos distintos. Um deles, o modelo *européu continental*, aqui paradigmaticamente caracterizado por Claus Roxin, assenta numa estrutura *basicamente acusatória integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação*; e carrega ainda – injustificadamente, creio – o estigma de um ‘inquisitório mitigado’, que lhe advém sobretudo da existência de um acusador público (o Ministério Público) que não é parte interessada na condenação, mas tem de se pautar, na sua actuação processual, por princípios estritos de legalidade e objectividade. O outro modelo, que rege em todo o mundo anglo-saxónico e nos países sob a sua influência, radica numa estrutura *puramente acusatória*, de pugna judiciária arbitrada pelo juiz e que se deseje igualitária e leal; estrutura que, todavia, assume natureza *dispositiva*, própria de um processo de partes que detêm uma larga disponibilidade sobre o objeto do processo”. [Grifos do autor].

¹³⁴ (2009, p.809).

¹³⁵ “Devo sublinhar – positivamente, em via de princípio – a oportunidade do nosso legislador quando estabeleceu, através da lei nº 5/2002, um regime especial de recolha e admissibilidade da prova resultante de ‘registro de voz e de imagem, por qualquer meio e *sem consentimento* do visado’, em matéria de ‘Criminalidade organizada e económico-financeira’. (2009, p.810). [Grifos do autor].

¹³⁶ **“O primeiro reside em que o âmbito de aplicação da lei é demarcado simplesmente sobre um catálogo de crimes entre os quais se contam alguns de pequena gravidade (v.g., a corrupção passiva para acto lícito). Enquanto, por outro lado, não constam do catálogo crimes económico-financeiros que podem apresentar-se como gravíssimos e, inclusivamente, como produtores dos grandes e novos riscos para a humanidade que venho enfatizando. O segundo defeito, não menor nem menos grave, reside na circunstância de a lei, logo segundo o seu título, valer para a ‘criminalidade organizada e económico-finnaceira’ sem que ofereça ao intérprete qualquer critério daquilo que como tal deva entender-se; ressalvada a exigência – que todavia acaba por agravar a margem de indeterminação – de que, para certos crimes do catálogo (contrabando, tráfico de veículos, lenocínio, tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos), a aplicação da lei fique subordinada à condição de o crime ter sido praticado de ‘forma organizada’ (o que**

Sobre a questão de formas alternativas **do** processo penal ou, ainda mais amplamente, **ao** processo penal, Dias considera o retroreferido mestre¹³⁷.

Figueiredo Dias¹³⁸ esclarece ainda que, na justiça penal portuguesa atual, já “[...] presidem intuítos restaurativos”.

Figueiredo Dias¹³⁹ destaca que, devido aos riscos globais, como os da internacionalização da criminalidade, a necessidade de “[...] contenção e tratamento processual penal a nível global”, exemplificando com a intervenção, cada vez mais crescente, em matéria processual penal, da União Europeia.

A função integradora da Constituição reclama a racionalização da interpretação constitucional, que implica a ideia de apreensão do conteúdo constitucional a cada instante como um todo, buscando unidade e harmonia de sentido. De acordo com Miranda¹⁴⁰

O artigo 18, da Constituição da República Portuguesa¹⁴¹, em vigor, reza.

quer que por tal deva concretamente entender-se)”. (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p.810). [Grifos nossos].

¹³⁷ “[...] sem uma transformação prevejo que logo nas próximas décadas se assistirá ao colapso, por insuportável *overloading*, do sistema da justiça penal. [...] é verdade que já hoje proliferam os acordos ‘particulares’ e a consequente justiça ‘negociada’. Estas buscas de consensualidade e outras formas de fuga ao processo, que ocorrem à margem deste mas que com frequência acabam por o condicionar, podem obedecer a mecanismos perversos e comportam riscos incontestáveis: pense-se nos fenómenos de barganha próximos da extorsão que tantas vezes subjazem às desistências da queixa. A credibilidade do próprio sistema penal depende, de algum modo, também daquilo que, ainda que permanecendo *exterior*, ele na verdade permite que aconteça’. (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p.814). [Grifo do autor].

¹³⁸ “[...] **mecanismos processuais como o da possibilidade de constituição de assistente, com a consequente assunção pelo ofendido da veste de sujeito processual que lhe outorga um papel conformador do próprio processo; ou como os decorrentes da consagração de processos especiais orientados por ideias de consensualidade e de celeridade, permitem considerar que aquele é um vector da política criminal que, entre nós, não constitui novidade. Trata-se todavia de uma tendência político-criminal na qual, no seio do próprio processo penal, se deve continuar a apostar**”. (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p.815). [Grifos nossos].

¹³⁹ “Um primeiro vector, de efeito predominantemente *horizontal* - e de certa forma, mais ‘clássico’ -, tem por objetivo principal facilitar e incrementar a cooperação policial e judiciária entre os Estados-membros, de modo a que cada Estado possa prosseguir mais eficazmente os seus interesses na investigação, perseguição e efectiva repressão penal. Trata-se de uma compensação da livre circulação de pessoas garantidas pela quase inexistência, na actualidade, de controlos fronteiriços intra-europeus e justificada pela especial relação de confiança política existente entre os Estados da União.

O outro vector, de efeito predominantemente *vertical*, privilegia a harmonização das regras processuais penais aplicáveis nos Estados-membros, apontando para a criação de certas regras comuns (europeias) de processo penal. Criação que deve ser orientada pela prossecução de objetivos que já não são redutíveis à soma dos interesses dos Estados, antes postulam a assunção – ao menos em certos sectores – de uma política processual penal comum sob o signo do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”. (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p.817). [Grifos do autor].

¹⁴⁰ “[...] o apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e intentar, assim chegar a uma idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa” (1996, p.191).

¹⁴¹ PORTUGAL (1976): “**Artigo 18.º Força jurídica**

Em 25 de abril de 1976 foi promulgada a atual Constituição da República de Portugal (CRP), que abriu uma nova perspectiva nas relações portuguesas com a Europa e com os demais países do mundo.

A Constituição em tela positiva uma nova realidade social e política no cenário português e possibilita, para Portugal, um novo período de democracia, respeitando as indispensáveis conquistas sociais, como lembra José Carlos Vieira de Andrade¹⁴².

Com relação às liberdades fundamentais, Portugal é visto como um Estado plenamente democrático. Não se pode esquecer que Portugal integra a União Europeia, o que veio a permitir, também, a melhoria das condições sociais de sua população.

Como enfatiza José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴³, os ideais contidos na CRP em vigor não se transformaram em “letra morta”, mas sim que é dotada de “força normativa” conformadora e transformadora da realidade social dos portugueses.

Luís Carlos Martins Alves Júnior¹⁴⁴ apoiando-se em Jorge Miranda (2002) concordando que o sistema constitucional português é normativo.

Como salienta António Henriques Gaspar¹⁴⁵, o processo penal deve estar em estrito respeito à Constituição, respeitando os direitos fundamentais.

E continua, o referido autor¹⁴⁶, citando a CRP.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

¹⁴² (2006).

¹⁴³ (1997)

¹⁴⁴ (2011, p.222): “[...] o sistema constitucional português é de carácter normativo, pois há uma consciência ou sentimento constitucional que favorece à obediência e ao respeito da Constituição, pelos governantes e pelos governados, e tanto os direitos e garantias individuais e coletivas quanto os direitos sociais e democráticos têm sido exercidos com adequada compatibilidade, de acordo com as necessidades das pessoas e dentro das capacidades do Estado e da própria sociedade, na medida do possível”.

¹⁴⁵ (2009, p.87-88): “O modelo e a construção do processo penal têm de responder aos parâmetros constitucionais, respeitando os princípios estruturantes, definindo institutos e criando soluções que respeitem os direitos fundamentais processuais e permitam realizar no processo a máxima concórdia prática entre valores relativos a direitos fundamentais materiais”.

¹⁴⁶ “Na Constituição da República o princípio constitucional estruturante do processo penal é o princípio acusatório – o processo penal tem estrutura acusatória (artigo 32º, nº1, da Constituição).

E constitui também direito processual fundamental o direito ao respeito pelos elementos e garantias do processo equitativo – princípio do processo equitativo (artigo 20º, nº 4, da Constituição).

Cunha Rodrigues¹⁴⁷ destaca o movimento crescente de diversas pretensões normativas, originado questões diversas em Portugal.

Sobre a questão Canotilho¹⁴⁸ considera sobre o princípio da proibição do excesso.

O mesmo Canotilho¹⁴⁹ destaca acerca da importância da eficácia dos direitos fundamentais.

É na confluência destes princípios essenciais – de estrutura e desenvolvimento – que se encontra o modelo português de processo penal no CPP/87, e é pela interpretação dos princípios que se devem compreender a sua estrutura, os institutos ou as soluções”. [Grifos nossos].

¹⁴⁷ (2009, p.162): “a) pela globalização da economia, pela nova ordem mundial do comércio e pela emergência de matérias especialmente carentes de tutela como são as relativas à economia, ao ambiente, ao consumo e ao desporto;

b) pelo aumento da criminalidade e das suas conexões internacionais;

c) pelos problemas de ética política e de conduta cívica motivados pela ausência de normas ou pela reduzida intensidade das normas que regulam as relações entre poderes públicos e economia de mercado;

d) pela perda de influência das elites e das sua capacidade de produzirem pensamento alternativo;

e) por um escrutínio de opinião pública tempestuoso, provocado por deficiências estruturais do sistema judicial mas também por condições inerentes à própria comunicação social;

f) pela rápida mutação de paradigmas sócio-culturais; e *last but not the least*.

g) por duas crises a da legitimidade da democracia representativa e a da sustentabilidade do Estado-providência”.

¹⁴⁸ “O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18º/2, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o *fim da autorização constitucional* para uma emanação de leis restritivas e o *exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

A relevância prática do princípio da proibição do excesso pode ser ilustrada através de alguns casos decididos pelo C (ver Acs. TC 4/84, 703/84, 23/84, 225/88, 282/86)”. (CANOTILHO, 1998, p.429-430). [Grifos do autor]”.

¹⁴⁹ Canotilho (2008, p.85-86): “Não surgiu a figura do *ombudsman* pra proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder? Não terá o Provedor de Justiça como missão principal, nos termos constitucionais se legais, a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias e os interesses legítimos dos cidadãos contra actos legais e injustos dos poderes públicos ? (Lei nº 9/91, de 9 de abril, artigos 1º, 2º e 20º). Não se recortará a figura do ‘defensor do povo’ como uma instituição de defesa dos direitos dos particulares perante o Estado?

A perplexidade que insinuamos está aqui: a de as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações *jurídico-privadas*, pois também aí parece registrarem-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias. O próprio facto de a questão ser levantada já é um indício da chamada ‘constitucionalização da ordem jurídica privada’. Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, agora procura-se saber se nos interstícios da liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis jurídico-cívicos, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos subtis, da esfera de protecção dos seus direitos fundamentais. Em termos mais chãos, mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: se, e em que medida, os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico-privada?”. [Grifos do autor].

A lição de Queiroz¹⁵⁰ sobre bem jurídico é pertinente.

Neste contexto, é preciso destacar a reflexão estabelecida pela *teoria do garantismo* creditada a Luigi Ferrajoli, em sua obra *Derecho y Razón*, que busca o alcance de uma proposta minimizadora da intervenção penal, através do uso deflacionado dos bens jurídicos penais e das proibições legais, como premissa para sua legitimação.

Cabe a citação de Ferrajoli¹⁵¹, quanto à aplicação das penas privativas de liberdade pelo Estado e seus fins.

O referido autor, segundo a orientação de Copetti¹⁵², esclarece sobre a existência de um Estado real em contraposição a um modelo ideal, alicerçando sua construção teórica acerca do garantismo, exatamente no antagonismo verificado entre o conteúdo normativo do sistema penal, construído sobre base garantista e a sua operacionalidade prática, que se revela extremamente antigarantista.

A partir desta constatação, estabelece um discurso que imerge no enfrentamento a esta desintonia acentuada através do desrespeito, pelos cidadãos e pelo poder público, dos direitos individuais do infrator, causando uma dicotomia entre os aspectos formais e materiais do sistema jurídico penal.

Em virtude das alterações sociais sofridas de forma profunda no último século, protagonizadas pelo enfrentamento de modelos políticos econômicos que ao final

¹⁵⁰ Queiroz (2015, p.): “A teoria do bem jurídico é, por conseguinte, a própria teoria dos fins da pena, embora com outro nome, a qual depende da conformação política de cada Estado.

Além disso, ela se presta, essencialmente, afixar as condições de deslegitimação, isto é, demonstrativas de quando não é legítima a intervenção penal, visto exigir lesão ou perigo de lesão de bem jurídico de terceiro.

Consequentemente, não cabe intervir penalmente, entre outros, nos seguintes casos:

a) Situações de má disposição de direito próprio, isto é, condutas que só lesionam o próprio titular do direito (autolesão), a exemplo de suicídio tentado, uso de droga etc.;

b) Repressão de questões puramente morais (v.g., prostituição adulta, lenocínio etc.);

c) Inexistência de lesão ou perigo de lesão juridicamente relevante;

d) Condutas sem dignidade penal, quer por serem insignificantes, quer por serem passíveis de repressão suficiente fora do âmbito penal (caráter subsidiário da intervenção penal).

¹⁵¹ (1995, p.223-224): “O Estado que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só o de impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar — reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras ideias semelhantes — a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. **As penas, por conseguinte, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agradáveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico**”. [Grifos nossos].

¹⁵² (2000).

reconheceu como triunfante o pautado no capitalismo, acentuou-se a desigualdade econômica bem assim a criminalidade dela derivada.

Outros fatores, tais como a difícil visibilidade e identificação dos focos de poder, dos quais emanam as grandes decisões que norteiam o funcionamento de toda a cadeia global, fragilizam o corpo social vulnerabilizando a condição de destinatário da ordem jurídica vigente.

Tem-se assistido a uma espécie de seleção natural quanto à observância da legalidade formal nos fatos concretos, resultando no desprezo àqueles que envolvem a obtenção de direitos sociais e conquistas da cidadania, em detrimento daqueles que retratam conflitos.

Assim, é comum o funcionamento do aparelho estatal com toda a sua força para perseguir e punir o indivíduo, sob o discurso da obediência à legalidade prescrita na organização do Estado. Mas, ao mesmo tempo, revela-se este mesmo Estado permissivo quando o fato social se refere à preservação ou ao atingimento de algum direito social, desprezando a idêntica necessidade de obediência à normatividade proclamada.

Não se trata de discurso abolicionista, mas da constatação de dois tratamentos distintos que devem ser corrigidos. O Estado que se escuda no respeito à legalidade para impor o sistema punitivo ao cidadão, não respeita este mesmo conceito de legalidade para a proteção das garantias e dos direitos individuais.

O empenho utilizado para a preservação dos direitos do cidadão há de ser maior que o destinado a punir, pois reconhecer a necessidade da intervenção penal e sua previsão legal não implica renunciar à crítica quanto aos seus parâmetros de legitimidade e adequação.

O próprio conceito de legalidade reclama uma revisitação em suas bases, tendo em vista que fora forjado no modelo iluminista que determina a obediência a uma sequência temporal entre fato e ação, ou seja, com base em precedente prescrição formalmente legal.

Esse modelo convencionou a atitude daqueles que, operando o direito, ficam adstritos aos limites propostos pelo legislador que, oriundo político ou socialmente dos setores mais favorecidos da sociedade, impregnam o direito posto de conteúdo ideológico mantenedor do *status quo*.

Limitados a essa estrutura, os operadores do direito (juízes, promotores etc.) são orientados a agirem sem margem de valoração quanto ao sistema jurídico penal,

muitas vezes aplicando normas restritivas relativas a comportamentos sociais que não justificam o nível de restrição imposto.

Assim, a denominada legalidade formal regula o funcionamento do sistema penal deixando diminuto espaço à ação daqueles que o legitimam de fato, por vezes creditando àqueles últimos a responsabilidade por uma geografia repressora exacerbada, conforme assevera Copetti¹⁵³.

Vale a observação da necessidade de reflexão acerca do modelo normativo posto atualmente, que reduz a perspectiva de legalidade ao critério de vinculação formal ao texto da lei, o que de pronto nos remete à ideia de distensão do conceito de legalidade para além desta perspectiva, reclamando a consideração de uma visão que inclua aspectos substanciais do fenômeno criminal, além daqueles meramente formais.

No Direito Penal Atual, a regulação das relações entre o Estado e o indivíduo deve observar a noção de equilíbrio que melhor se revela quando a construção do sistema de intervenção punitiva (sistema penal) é erguida sob uma ótica que contemple a *legalidade estrita, substancial ou reserva absoluta da lei penal*¹⁵⁴.

Por sua vez, esse sistema demanda uma reação penal (sanção), compatível e harmônica com essa mesma noção de legalidade.

Segundo essa concepção, três pontos primordiais devem ser seguidos: o primeiro diz respeito ao aspecto epistemológico, calcado na ideia de minimização do poder; o segundo ao aspecto político que se assenta na concepção de ampliação ao máximo da liberdade e diminuição ao mínimo da agressão contida na norma; e o terceiro, de caráter também político, que obriga o Estado a promover e garantir os direitos fundamentais.

No enfrentamento do primeiro aspecto, ou seja, o epistemológico, o autor italiano adverte sobre a necessidade de, no mínimo, dois elementos: o primeiro no âmbito da atividade legislativa e o outro quanto à atividade jurisdicional.

No que diz respeito à atividade legislativa, faz-se mister a observância do *convencionalismo penal* que retrata a fórmula já universalmente conhecida relativa à

¹⁵³ Esta situação revela um paradoxo: se a não existência de uma lei penal anterior, determinada e precisa, causava problema às relações entre cidadãos e Estado nos primórdios da sociedade moderna, hoje observamos que a existência excessiva e poluidora de lei deste gênero, cujo conteúdo é em grande parcela destinado livremente pelos legisladores, também tem causado serias dificuldades para a realização dos direitos fundamentais (COPETTI, 2000, p. 113).

¹⁵⁴ (FERRAJOLI, 2005).

explicitação do comportamento tido como proibido. Esta explicitação deve conter ao menos dois outros elementos: o primeiro concernente à previsão no texto da lei e o segundo com relação à vinculação do exercício da atividade pelo Estado Juiz, restrito às definições legais que contenham substancialmente limites e referências norteadoras desta atuação, de forma exaustiva e exclusiva¹⁵⁵.

Dessa forma, o princípio da legalidade estrita é definido como uma técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrárias e discriminatórias as convenções penais referidas nos textos, diretamente as pessoas e, portanto, com caráter constitutivo antes que regulativo daquilo que deve ser punido, como no passado se viu em relação a bruxas, hereges, judeus, subversivos etc¹⁵⁶.

Em relação ao elemento que diz respeito à atividade jurisdicional, preocupa-se o referido autor, ao expor seu método, com o que denomina de *princípio da estrita jurisdicionalidade*, que, por sua vez, também se desdobra na necessidade da presença de duas condições, quais sejam a *verificabilidade* ou *refutabilidade* das hipóteses acusatórias e a *prova empírica* que demonstre tanto a verificação como a refutação destas mesmas hipóteses.

Toda essa organização sistêmica proposta por Ferrajoli, quanto à ideia de legalidade, busca não esgotar a noção do conceito de tão importante princípio penal na simples compreensão da obediência à reserva legal formal que tão-somente retrate a produção legislativa oriunda do poder competente. Além disto, procura reclamar uma aferição do aspecto conteudístico desta produção legislativa, que se deve limitar aos valores axiológicos determinados pelo paradigma do respeito aos direitos fundamentais.

Na construção da teoria garantista, visando à minimização da ação do poder punitivo do Estado, tanto no âmbito legislativo quanto judicial, propõe Ferrajoli (2005) a observância estrita a princípios, sem os quais não é possível cumprir a missão de aproximar o garantismo abstrato do garantismo real.

Os princípios garantistas, surgem na obra de Ferrajoli¹⁵⁷ referidos em um total de dez, sendo quatro de cunho processual e seis de caráter penal, assim nominados: A1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); A2) *Nulla crimen sine lege*

¹⁵⁵(FERRAJOLI, 2005).

¹⁵⁶ (FERRAJOLI, 2005, p. 35).

¹⁵⁷ (FERRAJOLI, 2005, p. 92).

(princípio da legalidade lata); A3) *Nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade ou da intervenção mínima); A4) *Nulla necessitas sine iniuria* (princípio da lesividade); A5) *Nulla iniuria sine actione* (princípio da materialidade); A6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); A7) *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade); A8) *Nullum iudicio sine acusattione* (princípio da separação entre juiz e acusação); A9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio da carga da prova); A10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Dessa forma, para que no Estado moderno seja considerada a observância do princípio basilar da legalidade, não basta a simples referência ao conhecido brocardo jurídico *nulla poena nullum crimen sine lege*, encerrando-se esta compreensão na simples existência da norma formal e anteriormente posta. Desde que se adote um prisma garantista, torna-se imperativa a presença de todos os princípios elencados pela teoria de mesmo nome, o que se revela como princípio da estrita legalidade.

Assim, numa busca pela legitimação da intervenção punitiva do Estado, torna-se necessário aproximar-se a parte normativa formal (lei), que possui grande conteúdo garantista, das práticas operacionais que, por sua vez, distanciam-se de tal norte.

Este caminho perpassa por uma atitude de questionamento quanto a aspectos que envolvem a construção, não só do modelo penal, mas do processual penal. Isto porque, sendo o processo considerado como instrumento através do qual se estabelecem os limites para a ação do Estado no exercício do seu direito punitivo, obviamente que se faz necessária a construção de um processo penal que respeite garantias e direitos fundamentais, sob o escopo de princípios que devem ser extraídos da ordem constitucional vigente, como bem observa Sebastián Mello¹⁵⁸.

No direito brasileiro, esculpidos na própria Constituição Federal, encontram-se diversos princípios que buscam atender a uma formação garantista do sistema punitivo estatal, tais como: a) o princípio da jurisdição; b) o princípio do contraditório e da ampla defesa; c) o princípio da presunção da inocência; d) o princípio do devido processo legal; e) o princípio da individualização da pena; f) o princípio da legalidade; g) o princípio da anterioridade da lei penal; h) o princípio do respeito a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Consigne-se que tais princípios não serão aqui enfrentados, em estudo

¹⁵⁸ (2004, p. 95) “[...] a unidade de um sistema não é formada em axiomas mas em princípios, e, por isso mesmo o subsistema penal é principiológico”.

individualizado, dada a amplitude do tema, não sendo este o objetivo desta abordagem¹⁵⁹.

Contudo, para que se possa considerar como garantista o processo penal pátrio, nos moldes da teoria construída por Ferrajoli, outros princípios devem ser incorporados ao nosso sistema jurídico, ainda que de forma implícita, em decorrência de um posicionamento através do qual se internalize o senso de efetivo Estado Democrático de Direito ditado pela própria Carta Magna.

Toda essa atuação principiológica deve refletir-se, por óbvio, não somente no âmbito da intervenção penal prescritiva das condutas proibidas, mas, de igual modo, nas sanções estabelecidas para tais proibições.

Nessa esteira, os princípios da retributividade, da necessidade, da proporcionalidade, da materialidade e o da lesividade tornam-se indispensáveis à conformação da teoria garantista¹⁶⁰.

Percebe-se, sem dúvida, um avanço na construção de uma prática acerca da utilização de tais princípios. Fruto da orientação da doutrina e da jurisprudência, esta atitude sinaliza a criação de um atalho para a efetivação de tais conteúdos.

Porém, a timidez com que estes mesmos segmentos delineiam esta caminhada, encontra maior visibilidade na resistência da atitude cotidiana dos operadores do direito, que, assentados em uma visão normativista dogmática, cedem à ideia de um direito oriundo de regras infraconstitucionais preponderantes em relação a um direito que contemple prioritariamente os princípios que as originam e as legitimam ou não. Como se depreende da lição de Copetti¹⁶¹.

Isso se revela na ínfima quantidade das atitudes concretas questionadoras da constitucionalidade das leis penais, principalmente quanto à pena.

Assiste-se, no cenário atual brasileiro, ao desenvolvimento de um processo expansivo do direito penal com a diária produção legislativa calcada sob o

¹⁵⁹ .Para melhor análise do assunto, recomenda-se a leitura das obras: *Os Princípios Constitucionais Penais*, de Luiz Luisi. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003; *Valores e Princípios Constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito*, de Alexandre Bizzotto. Goiânia: Editora AB, 2003; *A Constituição Penal* de Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; *Direito Penal na Constituição*, de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José Costa Junior. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; entre outras.

¹⁶⁰ .Tais princípios são também tratados de forma objetiva na Obra: *Direito Penal*. volume 1: introdução e princípios fundamentais / Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁶¹ Em decorrência desse influxo, a grande maioria dos operadores jurídicos está presa à falácia de que os princípios constitucionais não poderiam servir de parâmetro hermenêutico e de validade substancial sobre as leis penais, por serem demasiadamente genéricos (2000, p. 121).

fundamento de proteção à coletividade (defesa social) que contraria a correta hermenêutica minimizadora da atuação punitiva estatal.

O cenário apresenta um quadro significativo de agressão, por parte da legislação infraconstitucional, aos preceitos constitucionais. O que permite um sistema político penal excessivo nos seus variados momentos, quer seja na persecução quer na execução penal, principalmente na execução da pena privativa de liberdade, tendo em vista as precárias condições e a estrutura do sistema carcerário.

A presença dos princípios sugeridos pela teoria garantista potencializa a evitabilidade de conflitos dentro do sistema penal entre a reconhecida materialização das normas infraconstitucionais e os ditames estabelecidos pela ordem constitucional, a exemplo do princípio da necessidade que assume a condição de critério definidor de política criminal, por meio do qual inibe-se o surgimento de normas penais desnecessárias e infladas por conteúdo inútil.

Também cumpre ao princípio da necessidade ou economia servir de filtro ao surgimento de normas penais agressoras dos direitos fundamentais, mormente no que se refere às penas propostas.

Outro importante princípio sugerido pela teoria garantista é o da lesividade que, ausente em nosso texto constitucional, constitui porta aberta para o legislador costumeiramente construir normas penais incriminadoras que não refletem efetiva lesão a bem jurídico fundamental, o que só se observa, em nosso sistema, de forma mitigada, em alguns momentos da legislação infraconstitucional, a exemplo do artigo 59 do Código Penal brasileiro (Consequência do Crime) e na Lei dos Juizados Especiais (artigo 61 da Lei nº 9.099/95), ao construir o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, repaginado pela Lei nº11.313/2006.

Extraí-se do conteúdo do princípio da lesividade a noção de que o direito penal deve cuidar tão-somente da prevenção de atitudes que onerem gravemente os bens fundamentais de um corpo social. Só assim, pode ser admitida a via draconiana da intervenção punitiva, ante sua essência violenta, tolerando-se sua ação no mínimo possível.

Essa tolerância mínima implica a permissão da imposição e execução de penas também mínimas quanto a sua capacidade de agredir os direitos individuais do infrator.

Nos casos de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, essa ideologia se revela presente por meio de uma política penológica que utilize sanções de caráter pedagógico e focadas na reafirmação dos valores sociais do infrator, identificadas, portanto, com uma metodologia distinta da do encarceramento.

Desde o século XVIII, a compreensão da necessidade da presença dos princípios da economia e da lesividade na produção legislativa penal, faz-se presente, como pode-se observar em Beccaria¹⁶².

O princípio da lesividade, portanto, trabalha com o enfrentamento de questões relativas à essência da natureza danosa do resultado advindo da conduta do infrator, só admitindo a intervenção penal quando existem lesões concretas, cumprindo, assim, tarefa ímpar na defesa de uma intervenção penal que busca ser legítima e adequada.

Portanto, a ação direta desse princípio se dá na tentativa de regular a formação conteudística da norma penal produzida pelo Estado legislador. Em outras palavras, preocupa-se o princípio da lesividade em examinar a essência da norma que necessariamente deve ser construída de modo a não conter elementos que ofendam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, assim reconhecidos na ordem constitucional vigente.

A concepção da ação desse princípio se projeta em dois níveis, a saber: o primeiro, focado na atividade legislativa, para condicioná-la à produção de normas penais incriminadoras circunscritas à efetiva afetação dos bens jurídicos fundamentais, sendo o segundo, voltado para a atividade judicante, a fim de orientá-la no sentido da aferição da efetiva lesão de um bem juridicamente relevante no fato posto sob exame.

Dessa forma, o princípio da lesividade age no binômio: controle de conteúdo e de destinação da norma penal.

Vale ressaltar que integra o conteúdo da norma penal o seu aspecto sancionatório, que sobretudo reclama parâmetros adequados para regular a extensão de sua necessidade, o que implica dizer que a pena deve ser a mais

¹⁶²[...] se proibem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos... [...] Ora, quanto mais se estender as esferas dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos multiplicar-se à medida que os motivos dos delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passar de privilégios, isto é, para um pequeno número de senhores (BECCARIA, 2003, p. 92).

apropriada e proporcional possível para cada infração.

Nas infrações de menor e médio potencial ofensivo, as alternativas penais à prisão se afiguram como cumpridoras deste intento.

Reafirme-se que a lacuna no sistema jurídico penal brasileiro quanto aos princípios da necessidade e lesividade, fundamentais à doutrina garantista de Ferrajoli, flexibiliza a ação tanto do Legislativo na produção de normas em desacordo com a tendência do direito penal moderno no Estado Democrático de Direito, como do Judiciário, na efetivação de punições com a imposição e execução de penas, por infrações desprovidas de caráter danoso suficiente para merecer a atenção do poder punitivo do Estado.

Todavia, a par da constatação da infeliz ausência mencionada no que se refere à legislação expressa, não se deve agir com sentimento de impotência quanto ao tema, o que, infelizmente, se tem percebido na atitude de boa parte dos operadores do direito, que se apegam a uma atuação demasiadamente juspositivista dogmática.

Embora essa corrente acabe por entender como moldura constitucional para o surgimento, aplicação e execução das normas penais apenas o que reflete os princípios expressos no texto da Carta Magna, tais como reserva legal, intranscendência, individualização da pena e anterioridade etc., o fato é que, na prática, de algum modo, ainda que tímido, já se encontra permeando a atividade jurisdicional a incidência do conteúdo proposto pelos citados princípios da necessidade e da lesividade.

Isso se depreende da operatividade do sistema quando da análise de alguns casos concretos pelo Judiciário, ao perceber o desacordo ou divórcio entre a tipicidade da conduta e a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado. Reside, portanto, na atuação do Judiciário, o maior *locus* para a efetivação de tais princípios.

É preciso que se diga que a concepção de existência válida e legítima de uma norma penal incriminadora, baseada tão-somente na precedência de sua previsão como tal no texto formal da lei, não deve bastar como conceito pleno para sua intervenção real, na tentativa da regulação dos conflitos sociais.

Agir assim é reconhecer vinculação a uma ideia distante da verdadeira missão resguardada ao direito penal no Estado Democrático de Direito, uma vez que tal atitude isenta o sistema jurídico penal, tanto no momento da concepção da norma (momento legislativo), quanto na aplicação e execução (momento judicial) da impositiva verificação de adequação entre o seu conteúdo e o disposto na ordem

constitucional vigente, mormente quanto ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Essa reflexão ganha tônica mais específica quando focada nas infrações consideradas de menor e médio potencial ofensivo, haja vista que, tanto no momento legislativo quanto no momento judicial, a utilização de ferramentas inadequadas de intervenção penal compromete a sua eficácia, pois se apóia em uma concepção de legalidade formal e em uma orientação valorativa estéril.

A ideia da previsão da pena privativa de liberdade como regra ultrapassa, para estas infrações, os limites da necessidade e suficiência punitiva, fragmentando suas finalidades, comprometendo seus aspectos retributivos e preventivos.

Dessa forma, redimensionar o funcionamento e a operacionalidade do sistema penal pátrio, para ajustá-lo aos ditames do direito penal contemporâneo em um Estado Democrático de Direito, reclama não necessariamente a explicitação no texto constitucional da totalidade dos princípios garantistas da teoria de Ferrajoli, o que não se revela despiciendo, reclama, sim, a incorporação do espírito que habita tais princípios na atitude concreta do legislador e principalmente dos operadores do direito, em especial o Judiciário, priorizando uma análise conteudística em detrimento de uma análise formalística da norma penal.

3.2 O PARADIGMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora, como registrado, não se pretenda o estudo individualizado quanto aos princípios constitucionais com reflexos no direito penal, a abordagem em relação ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é tarefa da qual não se pode arredar.

Canotilho¹⁶³, citando Rawls, afirma, inclusive, que as liberdades básicas, numa

¹⁶³ Canotilho (1999, p.1311): “Mais uma vez, as teorias dos direitos fundamentais são momentos fundamentais de uma teoria normativa da constituição incluída numa *teoria do político*. A constituição é, precisamente, entendida como um procedimento político justo que incorpora as iguais liberdades políticas e procura assegurar o seu justo valor de modo que os processos de decisão política sejam acessíveis a todos numa base aproximadamente igual”. [Grifos do autor].

Nessa linha, a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, acentua, logo no seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: “Portugal é uma República soberana, baseada,

concepção de política da pessoa, é indispensável à justificação de um regime constitucional.

Canotilho¹⁶⁴, sobre o princípio em tela, considera o mesmo como base da República.

Ressalte-se, desde já, o sentido da expressão “dignidade”, trazido por José Afonso da Silva¹⁶⁵, a partir da filosofia de Kant.

Continua o citado autor¹⁶⁶, com a base kantiana, para conceituar “pessoa humana”.

entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

De igual modo, a Constituição da Espanha, advinda após a derrocada do franquismo, expressa: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

No Brasil, a interferência do princípio se dá, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 52, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo.

Impondo balizas à expressão volitiva, o art. 81 do Código Civil português de 1966 assevera que o consentimento do titular não poderá contrariar a ordem pública, ficando-lhe assegurado o direito de revogá-lo a qualquer tempo. Por seu turno, a hispânica Lei 25, de 20 de dezembro de 1990, denominada Lei do Medicamento, disciplina, nos seus arts. 59 e seguintes, que o assentimento para a realização de experiências clínicas há de ser prestado de modo expresse, mediante escrito, após o interessado haver recebido informação precisa sobre a natureza da intervenção, seu alcance e risco, podendo, a qualquer tempo, ser revogado sem invocação de causa.

¹⁶⁴ Canotilho (2002, p. : “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada a idéia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte e a prisão perpétua. A pessoa ao serviço da qual está à República também pode cooperar na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de cidadão, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida. Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo multividencial, religioso ou filosófico”.

¹⁶⁵ Silva (1998, p.90): “A dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”.

¹⁶⁶ (1998, p.90): “Todo o ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁷ destaca que tal princípio deve ser respeitada inclusive naqueles que já perderam a consciência das suas próprias dignidades.

Jorge Miranda¹⁶⁸, comentando o valor da dignidade da pessoa humana na Constituição da República Portuguesa, refere que ele estabelece as “diretrizes básicas” que sintetizam o que pode ser visto como “desmembramentos práticos da Dignidade do Indivíduo Humano”.

De início, é preciso destacar a indissociável ligação existente entre a ideia de direitos fundamentais e a noção da dignidade da pessoa humana, tema este que já ocupa as bases do direito constitucional atual, conforme acentua Sarlet¹⁶⁹.

A marca indelével do aspecto fundamental de que é dotado o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, assenta-se na dicção do artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, dispondo: “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Sendo esse conceito tão amplo a ponto de ser conferido sem qualquer reserva a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer condições em que possam se encontrar, como acertadamente ensina Dworkin, citado por Sarlet (2004, p. 49): “[...] a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e ambas encontram-se conectadas, e mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada respeitada”.

ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento”.

¹⁶⁷ Sarlet (2001, p. 50): “*Mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la [a sua dignidade] considerada e respeitada*”. [Grifos do autor].

¹⁶⁸ Miranda (2008, p. 210): “1) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; 2) Cada indivíduo vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; 3) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; 4) Só a dignidade justifica a procura de qualidade de Vida;

5) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; 6) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

¹⁶⁹ (2004)

Na lição de Rizzatto Nunes¹⁷⁰, somente pelo fato de ser pessoa, o indivíduo já possui direito à dignidade.

Estampa a Constituição Brasileira, em seu artigo 1º, III, o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e epicentro a irradiar toda a construção do sistema normativo do Estado, constituindo-se a dignidade humana em um valor supremo entre os valores fundamentais, como destaca Silva¹⁷¹.

Significa dizer que a existência humana é o sentido de qualquer organização e, por lógica, se inclui a organização do mundo do direito, via normatização. Isto quer dizer que a existência da norma e do direito vincula-se ao respeito ao homem, sem o qual se deslegitima, como afirma Robert Alexy¹⁷².

Na expressão de Alexandre Bizzotto¹⁷³, exsurge o sentido da blindagem que a condição humana confere quando ressalta. Diz, ainda, o referido autor, que a dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira está expressa com tal intensidade que “[...] transcende a categoria de princípio para alçar o patamar de valor constitucional”.

Quando a análise do conteúdo da expressão “dignidade humana” é feita pelo direito penal, em um primeiro momento vincula-se à definição dos tipos penais, devendo estes atenderem a uma “[...] função instrumental ao homem na convivência em sociedade”¹⁷⁴.

Desse modo, só se justifica a construção de um tipo penal que busque a proteção de bens tidos como necessários a garantir a dignidade humana, que devem ser extraídos dos ideais constitucionalmente consagrados.

Todo tipo penal que não se revista desta finalidade revela-se, então, impróprio a produzir seus legais efeitos por se encontrarem em “[...] desvio constitucional [por

¹⁷⁰ (2002, p. 46): “[...] a dignidade humana é um valor preenchido ‘a priori’, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa”.

¹⁷¹ “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (1999, p. 109).

¹⁷² (2007, p. 47): “O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo”.

¹⁷³ (2003, p. 25): “Nossa normatização, de forma plena, deve se revestir de um campo de força contra os ataques aos valores humanos”.

¹⁷⁴ (BIZZOTTO, 2003, p. 140).

traduzirem] um conteúdo constitucional oco”, como lembra Bizzotto¹⁷⁵.

É o que, lamentavelmente, se tem percebido na formulação inflacionária dos atuais tipos penais na legislação brasileira, como enfatiza Auxiliadora Minahim¹⁷⁶.

Tal constatação implica reconhecer que a edificação de tipos por meio dessa engenharia, acaba por comprometer o respeito à dignidade daqueles que são alvo de um direito penal calcado em tais construções tipológicas.

No âmbito da pena, este valor-princípio tem importância singular, haja vista que a história da humanidade é marcada pela atuação de um sistema punitivo que, corriqueiramente, ignora o respeito à dignidade da pessoa humana.

Desde os primórdios, com as penas horrendas, até a atualidade quando a privação da liberdade ocupa largo espaço como medida sancionatória, observa-se a constante ameaça e lesão ao homem em sua dignidade, no exercício do poder punitivo.

Estabelece a Constituição Federal Brasileira outro princípio em seu artigo 5º, XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, mandamento que não se ultima na prática cotidiana, haja vista os alarmantes índices de agressões e óbitos ocorridos dentro do sistema carcerário brasileiro¹⁷⁷.

A ideologia contida em uma política criminal que trabalha a resposta à violência com violência, prescinde do cuidado necessário à observação do respeito à dignidade do infrator, posto que a pena não se pauta em castigo irracional, este envolvido num labirinto emotivo, cuja única saída é a vingança do mal pelo mal.

A amplitude conferida pelo constituinte ao valor dignidade humana contempla todo e qualquer ser humano, o que, por óbvio, inclui o infrator, sendo descabida a sanção que desrespeite os limites traçados por este princípio e ilegítima qualquer restrição que o viole.

Vale dizer que, para ser considerada legítima, a sanção penal deve manter-se dentro dos parâmetros impostos pelo conteúdo valorativo intrínseco aos princípios constitucionais, de tal sorte que, em nenhuma hipótese, viole o valor-princípio dignidade humana, ainda que se apresente, esta sanção, formalmente revestida de

¹⁷⁵ (2003, p. 140).

¹⁷⁶ (2005, p. 49): “[...] uma expansão das leis simbólicas, com o recurso abusivo à criminalização de condutas de perigo abstrato, às normas penais em branco e à criação de bens jurídicos destituídos de substancialidade”.

¹⁷⁷ Segundo dados do Projeto do Sistema Único de Segurança Pública do Governo Federal (SUSP), somente em 2003, ocorreram 303 mortes violentas no interior do sistema carcerário brasileiro.

caráter de legalidade.

Tal situação é explicada porque a dignidade é compreendida como um valor “[...] integrante e irrenunciável da própria condição humana”, portanto, o seu respeito, promoção e proteção, reconhece a ideia de que ela não pode “[...] ser criada, concedida ou retirada, já que ela existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”¹⁷⁸.

Assim, é respaldado no valor dignidade da pessoa humana que qualquer ser humano pode exigir a proteção, a consideração e o respeito, tanto da comunidade, quanto, principalmente, do Estado, ao qual, em última análise, compete garantir e assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Contudo, ainda que não se possa imaginar quaisquer dúvidas a respeito da magnitude, robustez e coesão da noção desse valor, a força da realidade se impõe trazendo um quadro distante daquele pretendido pelo constituinte.

Em particular, percebe-se que o respeito a esse valor fundante no tratamento para com os infratores penais, para além da relativização, alcança as raias da violação.

Pontua-se, no direito penal atual, a doutrina denominada “direito penal do inimigo”, capitaneada pelo alemão Günter Jakobs (1985/1999-2000) que advoga a noção de dois direitos, sendo um destinado ao delinquente casuístico, não rotineiro, de pequeno dano ao corpo social, portanto considerado como integrante deste mesmo corpo; e, ao revés, uma outra espécie de direito reservado ao indivíduo considerado como macrocriminoso, ou seja, o perverso, praticante do terror, do crime organizado etc., que, por sua vez, não deve ser considerado como cidadão, merecendo o rótulo de “inimigo”.

Para este “inimigo”, permitir-se-á a flexibilização ou minimização das garantias próprias à condição de cidadão, que possibilitam a ação do poder de punir do Estado com intensidade, tendo em vista a não consideração do “inimigo” como *pessoa*.

Em que pesem tais considerações, felizmente, é forçoso referir que o sistema constitucional brasileiro é construído de tal sorte a não possibilitar, ainda que sob o aspecto formal, a adoção de tais conceitos ou práticas, conforme se verifica na lição

¹⁷⁸ (RIBEIRO LEMOS, 2007, p. 24).

de Dirley da Cunha Júnior¹⁷⁹

Assim, cabe ao Judiciário, em última instância, velar pela coesão dos valores contidos na norma constitucional, evitando que distorções possam ocorrer no funcionamento do sistema punitivo, a ponto de comprometer um dos pilares de maior sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, que é a preservação da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, o direito penal moderno, protetor do cidadão contra a intervenção arbitrária, via exercício excessivo do poder de punir do próprio Estado, tem no Judiciário a função indeclinável de defesa do valor-princípio da dignidade humana.

3.3 DIREITO DE PUNIR, DEFESA SOCIAL E RESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Pela análise esboçada acerca do direito de punir do Estado, bem assim das ideias que buscam justificar o exercício deste poder, observam-se as variações conceituais e os distintos enfoques dados conforme se movem as correlações de forças no cenário político-social e que, por sua vez refletem a conexão entre todas as formas de poder existentes na relação Estado-Sociedade.

No âmbito das ciências criminais, o questionamento quanto à legitimidade do poder de punir do Estado vem sendo discutido largamente, dentro de uma concepção que procura impor o maior limite possível ao seu exercício, buscando preservar direitos e garantias individuais e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Para que esta discussão se efetive em um campo minimamente contaminado com reações emotivas, oportunistas e sensacionalistas quanto ao fenômeno criminológico, intervenções eficazes na reestruturação social devem ser feitas visando novas diretrizes comportamentais tanto do povo em suas relações internas quanto do povo com as instituições envolvidas neste contexto (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Sociedade Civil Organizada etc.).

É sabido que, desde a formação mais primórdia da ideia de Estado, tem-se como

¹⁷⁹ (2007, p. 28): “Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico”.

finalidade de sua existência: a paz social e a continuidade da vida em sociedade. Para a consecução de tais objetivos, buscou-se, nos mais variados momentos históricos “a consolidação do espaço público”.

Esse processo gerou a criação de estruturas e institutos, como as leis e políticas públicas, mediante as quais se perquiriu o regramento e a monitorização do convívio coletivo, para a administração e solução das situações conflituosas próprias da pluralidade humana.

Toda estrutura organizacional do Estado passa pela noção da existência de um poder que, em sua forma mais simplista, pode ser definido como a concreta possibilidade de se obrigar alguém a fazer algo contra sua própria vontade, ou seja, imposição da obediência não espontânea.

O poder é exercido sempre com vistas à consecução de um fim almejado por seu titular, que investido desta condição, conseqüentemente investe também no controle da possibilidade de permitir.

O poder opera-se através de procedimentos simbólicos buscando o consenso a partir da organização e estruturas emaranhadas que, diante da construção da ideia atual de Estado, assumiram caráter impessoal e normativo.

Vale ressaltar a lição de Duverger¹⁸⁰.

Para alguns, como Laski¹⁸¹, a questão primordial que afeta o Estado e nesta sequência lógica, a própria política, diz respeito à tensão existente entre a liberdade e a autoridade, ou seja, os limites entre o poder soberano do Estado e a obrigação moral de resistência do indivíduo, levando-se em conta que não raras vezes o poder se impõe protegendo certo grupo de cidadãos, desfigurando a razão de ser da noção do Estado e negando sua finalidade, que é o bem comum.

Outro ponto nevrálgico, quanto ao Tema, refere-se à maneira como o poder é exercido, ainda que em nome do bem comum, pois se dá através da força. O uso da força viabiliza a contensão da desobediência. Esta força é multifacetária, uma vez que se apresenta tanto como econômica quanto como física.

¹⁸⁰[...] todo poder repousa largamente sobre as crenças. Os governados acreditam que é preciso obedecer, e que é preciso aos governantes estabelecidos de uma certa forma. A noção de “legitimidade” é assim uma das chaves do problema do poder. Em um dado grupo social, a maior parte dos homens acredita que o poder deve ter uma certa natureza, repousar sobre certos princípios, revestir uma certa forma, fundar-se sobre certa origem: é legítimo o poder que corresponde a essa crença dominante. A legitimidade, tal como a entendemos, é uma noção sociológica, essencialmente relativa e contingente. Não existe uma legitimidade, mas várias legitimidades, segundo os grupos sociais, os países, as épocas, etc. (1962, p.125).

¹⁸¹(1964).

Essa questão reclama a noção do conceito de autoridade, que busca trazer para o seu âmago o consenso na aceitação do corpo social quanto aos atos emanados do poder, evitando-se que o prestígio e a influência contidos nas manifestações de força sejam entendidos como ilegítimos.

Para tanto, é necessário que a aceitação da ideia da legitimidade do exercício da força se dê pelo maior número de pessoas e grupos¹⁸².

Tem-se verificado que a tendência moderna para viabilizar a aceitação do exercício do poder é a sua despersonalização, que ocorre através das estruturas complexas criadas pelo Estado por meio da burocracia, a qual apresenta ao corpo social a disciplina e a forma do uso da força. Este método possibilita o desencadeamento de uma sanção por *start* interpessoal, direto e unilateral.

Também, como mecanismo eficaz, o poder tem-se materializado através da lei: veículo simbólico, neutro, impessoal e eficiente do exercício da força e da autoridade. Assim, os conflitos sociais buscam ser resolvidos pelo direito em uma concepção própria da democracia moderna.

Contudo o poder formal ultrapassa a ideia específica de governo focada no Poder Executivo e transcende para o âmbito do Judiciário, como amortecedor social, e do Legislativo, palco do debate ideológico.

E mesmo essa ampliação de limites não esgota o âmbito da ideia de poder, pois existem esferas distintas de sua operacionalidade. Nesta linha de raciocínio, vale lembrar a lição de Roberto de Aguiar (1990), segundo o qual existe o chamado “poder real”, aquele que surge dos conflitos do real e decorre daquilo que se pode observar e reflete o processo concreto do choque das forças sociais. Exercer, tomar ou manter este poder exige o controle de uma determinada sociedade. Quem possui o poder real, conseqüentemente possui o poder formal.

O exercício do poder encontra no binômio disciplina e obediência a forma mais simples e utilizada para a obtenção de sua efetividade. Porém o desenho metodológico para utilização de tal instrumento reclama pressuposto ideológico, com o fito de selecionar condutas e comportamentos certos ou errados, bem como a forma de instalação e difusão das normas que regulam o conjunto destes comportamentos no meio social.

O poder, para disciplinar e se fazer impor, é indissociável do direito. O direito se

¹⁸²(AGUIAR, 1990).

constitui no principal instrumento para a implementação e manutenção da obediência e da ordem social.

Lembra Fernando Silva¹⁸³ a vocação do direito penal para o controle social.

E continua o referido autor¹⁸⁴, inclusive citando Claus Roxin.

Através do discurso formal justificativo da necessidade da imposição da coação para a ordem social, por meios quase sempre violentos e descritos como “legítimos”, o poder se utiliza do direito para construir o conceito de autoridade e obediência e difundir a noção da devida intervenção por meio da força para conter conflitos e tensões sociais.

O Estado exerce o poder sobre a concepção preliminar de tutela do bem público e da preservação do interesse predominante da coletividade, contudo não foge ao viés da atitude violenta do poder político organizado, pois a estrutura estatal também defende interesses privados daqueles que, possuindo o “poder real”, se encontram investidos do “poder formal”.

Percebe-se que a imagem do legislador é, muitas vezes, distinta da imagem daquele a quem se destina a norma jurídica, sendo comum quem legisla pertencer a segmento social controlador da atividade econômica, portanto dirigente dos destinos políticos da sociedade, gestando um direito voltado para seus interesses de permanência na posição de comando.

¹⁸³ (2011, p.10): “O direito penal está vocacionado para funções de controlo social tendo como principal, mesmo única, função a proteção de bens jurídicos. O bem jurídico condiciona e limita a acção do direito penal, que deve abstrair-se de intervir em áreas que não conflituam com bens fundamentais. O direito penal assume uma natureza fragmentária, que o direciona para uma tutela subsidiária de bens jurídicos de bens jurídicos fundamentais. Neste sentido podemos falar de uma dupla **fragmentação axiológica do direito penal**, segundo a qual o direito penal apenas deve intervir para proteger bens jurídicos fundamentais e para punir as lesões mais graves provocadas pelo comportamento do agente. O seu carácter fragmentário não significa pura descriminalização, uma vez que nele se integra a necessidade de criminalizar as condutas que atentam contra os bens verdadeiramente relevantes. Os crimes devem traduzir a incriminação de comportamentos que pela sua gravidade comprometam bens jurídicos. O que significa que todo o tipo de crime envolve a proteção de um ou mais bens jurídicos”. [Grifos do autor].

¹⁸⁴ (2011, p.11): “**Para Claus Roxin, bem jurídico corresponde ao bem vital reconhecido socialmente como valioso, como valor ou interesse jurídico.** Desenvolve a sua noção considerando os bens jurídicos como circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. **Segundo Figueiredo Dias, bem jurídico expressa um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, constituindo um objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. O direito penal está, assim, organizado em função da sua tarefa fundamental de promover a proteção dos bens jurídicos, o que condiciona a sua intervenção.**” [Grifos nossos].

Sendo o legislador oriundo de parcela privilegiada da sociedade e legislando a favor desta ideologia, contamina o conteúdo das normas jurídicas estatais, impregnando, nestas, discurso forte de manutenção do poder, através do direito, que passa a ser a filosofia de todo o Estado.

O Judiciário, apesar de ter entre uma de suas funções a constante legitimação do direito pela atualização do seu conteúdo, não consegue modificar esta realidade, imposta em face da corriqueira continuidade legislativa que o invade bem assim ao Executivo, estendendo-se por todo o corpo social.

O intuito do direito é regular o comportamento humano com o objetivo de alcançar a paz social e o bem comum, sendo as normas jurídicas, mormente as de cunho penal, destinadas àqueles que desenvolvem atitudes opostas ao que se pretende como tal. Porém dotadas de conteúdo ideológico, as normas jurídicas contêm, em sua essência, a ideia de preservação dos interesses daqueles que detêm o poder.

Apresenta-se o direito como regulador do poder de punir, dirigido formalmente a todo o corpo social, embora materialmente tenha destino certo, ou seja, grupos sociais opostos àqueles que detêm o poder, costumeiramente pertencentes a estratos sociais desfavorecidos na correlação de forças estabelecidas dentro da própria sociedade.

O direito, assim, cumpre dupla finalidade, ambas porém de controle: uma de manutenção e coesão de privilégios ao grupo dominante e outra de imposição do poder ao grupo dominado.

Todavia o exercício do poder baseado na ideia de força e imposição de comportamentos de forma destorcida até pode encontrar justificativa em um momento em que a formação do Estado constituía um fim para a proteção e a organização da vida em sociedade, período em que máximas como “bom governo”, bem assim “o alcance da paz social e política”, embasavam a construção teórica patrocinada por quem detinha o poder.

Com a concepção da divisão dos poderes do Estado pelas ideias de John Locke e Montesquieu, através dos sistemas de freios e de contrapeso surge o que se denomina “Estado Moderno”, momento que coincide com a decadência do modelo econômico feudal e um novo tipo de *locus* social representado pelas cidades, passando a História a conhecer o Estado absoluto como pré-fase para o Estado Moderno.

Propõe Locke um pacto social ou contrato baseado na defesa da propriedade, justificando um poder político, o Estado, e a preservação da sociedade, evitando as ameaças contra a liberdade e a igualdade, e pugnando por uma adesão da atividade coletiva em favor dos governantes para preservar as leis naturais que antecederiam ao próprio pacto. Assim, Locke propõe um equilíbrio social baseado na proteção pelo Estado¹⁸⁵.

Locke traça linhas gerais quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, reconhecendo, no primeiro, legitimação para agir em favor do bem público sempre para o bem do povo e não para ele, ainda que tais ações não se vinculem a prescrições legais. Quanto ao Legislativo, constitui-se no poder supremo da comunidade, sendo sagrado e inalterável, depositado nas mãos do escolhido pelo povo.

Observe-se que Locke não concebeu o Judiciário como poder independente, colocando-o nos limites do Poder Executivo, sendo Montesquieu, em 1701, responsável por este desenho, garantindo independência e estabilidade aos juízes¹⁸⁶.

A História registra o crédito da doutrina da separação dos poderes à obra de Montesquieu, ainda que reconheça as anteriores lições de Locke. Coube a Montesquieu o desenho que permitisse uma limitação ao absoluto poder nas mãos de um só homem ou grupo e esta geografia buscava garantir ao máximo liberdades individuais e forma democrática de gestão governamental.

Segundo as ideias esboçadas por Montesquieu (1962, p. 180), “[...] para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será obrigado a fazer as coisas a que a lei não o obrigue nem a fazer as que a lei lhe permite”.

As ideias de Montesquieu servem de esteio para a convocação dos Estados Gerais na França e se consagram de vez na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, além de se fazerem presentes na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão em 1789, em seu artigo 16, que versa sobre o reconhecimento da separação dos poderes.

As afirmações sobre a liberdade política da época retratam o conceito do termo

¹⁸⁵(LUCKE, 1963, p. 129).

¹⁸⁶(MONTESQUIEU, 1962).

liberdade como atrelado à ideia de tranquilidade de espírito e segurança para o exercício da liberdade, cabendo ao Estado impedir ameaças ou ações que conflitem com este direito.

Para tanto, a separação dos poderes é necessária contra o arbítrio e a tirania, vale dizer, a necessidade da limitação do poder que só ocorre pela contraposição a outro poder, registrando-se, porém, que tal momento histórico significativo para humanidade também representava a conformação de um segmento sociopolítico econômico emergente, ou seja, a burguesia.

O Estado liberal e democrático que a História conheceu a partir do século XIX, tem esteio neste panorama político-econômico, que posteriormente ganhou a forma denominada de *constitucionalização* do direito.

O fenômeno da constitucionalização tem como fulcro, portanto, não só a edificação da tripartição dos poderes, mas também, e principalmente, a subordinação de todo o poder do Estado ao direito, cumprindo, portanto, ao direito a função de regulamentação dos limites do poder do Estado e do seu exercício.

Esse limite a cargo do direito possibilitaria tanto a impessoalidade buscada em oposição ao poder absoluto do soberano, quanto à conformação aos anseios dos seus destinatários legítimos, conforme se infere da lição de Bobbio¹⁸⁷.

O constitucionalismo estreitou-se com as ideias de Kelsen, uma vez que, para este autor, desde que um Estado designe suas finalidades através de um conjunto de normas jurídicas sistematizadas, este Estado é Estado de Direito¹⁸⁸.

Embora seja fato, a existência de uma essência ideológica do grupo dominante, normalmente oriundo de classes sociais economicamente mais robustas na roupagem que procura delinear o modelo de exercício do poder nas mais variadas formas de organização política que a História registra, não se pode deixar de constatar que o Estado organizado a partir de limites impostos pelo direito permite uma maior possibilidade de controle do poder.

¹⁸⁷[...] o segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que freqüentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional fundado em relações patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi descrito com muita penetração por Max Weber (1992, p. 148).

¹⁸⁸(KELSEN, 1991).

Porém a significação de poder do Estado deve se afastar para além da ideia restrita do seu aspecto meramente repressivo, uma vez que pensar o poder como instrumento de exclusão dos homens da vida social em função de comportamentos contraditórios àqueles orientados pelos que se encontram investidos na condição de dominantes, é fazer tábula rasa de um conceito extremamente amplo.

O poder deve servir de catalisador das potencialidades do homem aperfeiçoando suas atitudes tanto no âmbito econômico quanto político-social, capacitando-o para a vida em comum, reduzindo a sua revolta, resistência e insurreição contra as ordens do poder, funcionando como instância produtora de individualidade, concebendo o homem enquanto indivíduo, em um produto do poder e do saber¹⁸⁹.

No entanto, no Estado moderno, a legitimação do poder, enquanto conceituado como poder de punir, traduzido por um sistema penal, busca justificação através de uma dupla via. A primeira é calcada nos limites e parâmetros da legalidade esculpida na programação normativa. A segunda é edificada sobre um foco utilitarista conectado à definição dos fins perseguidos pela pena¹⁹⁰.

Isso quer dizer que o sistema penal, revelado como expressão do exercício do poder, se autolegitima através do direito, posto que repete sistematicamente antigos conceitos segregatórios quanto ao corpo social, dividindo a sociedade em grupos destinatários deste agressivo instrumento de controle, e outros isentos de tal alcance.

No Estado de Direito, não importa que forma, tipo ou modelo de ação venha a ser utilizada, desde que cerceie direitos, sempre devem atender à estrita autorização legal que, para ser considerada como tal, por sua vez, não basta preencher os requisitos formais, mas, principalmente, ser legítima e adequada.

A vertente utilizada para o discurso de legitimação que envolve a ideia de legalidade, através do direito (lei), revela-se na construção do poder de punir sob forma de monopólio, aparentemente impessoal, que tem como base a utilização da força como instrumento de coesão das relações sociais, construindo o conceito de *jus puniendi*, calcado no princípio da legalidade.

Assim, o direito que fundamenta o poder de punir sobre a base de regras é o mesmo direito que fundamenta, em virtude de decisões, as regras fundadoras do

¹⁸⁹ (COPETTI, 2000).

¹⁹⁰ (ANDRADE, 1997).

direito de punir, como um processo complexo de auto-referência¹⁹¹.

Atente-se para o fato do que considera Canotilho¹⁹² sobre o princípio da proibição de excesso, que a Constituição Portuguesa determina em seu art. 18º/2º.

Numa segunda vertente, de cunho utilitarista, ensina Baratta sobre a impossibilidade de legitimação calcada tão-somente na racionalidade do direito, com seus caracteres formais, reclamando, portanto, alcance transcendente ao limite negativo imposto pelo normativismo puro e simples. Daí a ideia de funções socialmente úteis ao sistema penal, calcada nas teorias relativas ou utilitárias da pena sendo constante a perseguição de argumentos que funcionem como subsídios para tais afirmações¹⁹³.

Nesse contexto, não faltam afirmações com base na ideologia de defesa social calcadas nas teorias retributivas e preventivas da pena, que buscam legitimar a intervenção penal, estabelecendo sua imperativa necessidade como estratégia de tratamento para reinserção do infrator à sociedade.

Porém não se pode deixar de enxergar que, ao se invocar a defesa social como argumento para produção legislativa inflacionária de tipos penais, esta se apresenta com conteúdo distorcido cunhando delitos que resguardam privilégios e defendem interesses dos setores aquinhoados da sociedade¹⁹⁴.

Neste particular, merece reparo a forma como a criminologia tradicional enfoca a questão, uma vez que, partindo do pressuposto de que o criminoso é originário de sua própria patologia ou de consequências externas advindas da inter-relação com o

¹⁹¹(BARATTA, 1986).

¹⁹² Canotilho (1999, p.429): “O princípio da *proporcionalidade* em sentido restrito (= princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte ‘cargas coactivas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos.

O princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18º/2º, constitui um *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o *fim da autorização constitucional* para uma emanação de leis restritivas e o *exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

A relevância prática do princípio da proibição do excesso pode ser ilustrada através de alguns casos decididos pelo TC (ver Acs. TC 4/84, 703/84, 23/84, 225/88, 282/86).

¹⁹³(BARATTA, 1986).

¹⁹⁴(LYRA, 1942).

meio social, acaba por sufragar o direito posto, legitimando-o.

A legitimação da intervenção do poder punitivo, portanto, acentua-se quando foca seus argumentos em uma equação de fácil visibilidade e aparente solução, qual seja, o conflito entre a defesa social e a ação do Estado contra o criminoso, impondo-lhe restrições a seus direitos.

Evidente que a força de tal argumento, em um primeiro momento, faz surgir a ideia de que, em nome da defesa da sociedade, a intervenção estatal contra direitos individuais torna-se claramente legítima haja vista que o confronto põe em lados opostos valores que ressoam como desproporcionais em grau de importância. Na verdade, entre a preservação do interesse coletivo e a do interesse individual deve preponderar a primeira linha de raciocínio.

Cabe lembrar a opinião de Faria Costa, citado por Fernando Silva¹⁹⁵, sobre a proteção do bem jurídico, a constituição, o direito penal e a sociedade.

Destaca, ainda, Fernando Silva¹⁹⁶, que a constituição não constitui a única fonte de bens jurídicos.

E continua o citado autor¹⁹⁷, sobre a questão em tela.

Destaca Pavarini¹⁹⁸, a questão da defesa social.

Encontra o poder de punir do Estado, fértil solo para sua legitimação, através do discurso de proteção aos bens jurídicos, bem assim de reeducação

¹⁹⁵ (2015, p.17): **“Na opinião de Farias Costa, a valência de um bem jurídico não se afere necessariamente pela consagração na Constituição, entendendo que se é assumida a existência do direito penal, este, por uma questão de coerência e de unidade interna, não pode deixar de abranger a tutela de certos bens jurídicos.** Só fazendo sentido a ordem jurídica penal para na devida proporção proteger determinados bens. É por força dessa unidade, que a tutela de certos interesses confere exigência à proteção de outros, e que a determinação dessa proteção será concretizada, atendendo às finalidades do direito penal, nas quais podemos incluir a ideia de segurança e de ordem, finalidades que obrigam a uma constante reflexão em torno dos interesses a promover em cada momento, sendo a proteção penal desse interesse um corolário prático, e uma consequência da referência a esses princípios”. [Grifos nossos].

¹⁹⁶ (2015, p.18-19): “Nesta ordem de razão, a constituição não constitui a única fonte de bens jurídicos.

A fonte de um bem jurídico pode encontrar-se na própria ordem internacional. Determinados interesses, assumem um alcance transnacional, e a sua importância é imposta pela dimensão que os bens jurídicos atingem, e que coloca os Estados numa vinculação recíproca de tutela”.

¹⁹⁷ (2015, p.19): “A força do bem jurídico, e fazem-no exigir proteção pela ordem jurídico-penal, acabando por ser uma referência supra-constitucional, sendo mais um fator a aduzir à fundamentação que a ordem jurídico-constitucional não esgota a escala de valores dignos de intervenção criminal”.

¹⁹⁸ “A defesa social reivindica o mérito de haver liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e míticas e de havê-la reconduzido a uma prática científica através da qual a sociedade se defende do crime. A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente)

do delinquente, tudo organizado sistematicamente em limites e parâmetros traçados pelo direito, patrocinando, de forma coesa, a ideologia oficial sobre sua identidade e fins, conforme orienta a lição de Cirino dos Santos¹⁹⁹.

No entanto, a par de toda estrutura lógica que acompanha a retórica argumentativa da legitimidade do poder de punir do Estado, o que se percebe é a instalação de um fenómeno de perplexidade quando se busca analisar concretamente a correspondência daquilo que se situa no plano teórico com o que de fato ocorre no plano real.

Canotilho²⁰⁰ assevera que a proteção constitucional dos direitos fundamentais não tolera a perda de direitos fundamentais pela sua utilização abusiva.

Uma legitimação que despreza o questionamento quanto à própria formação e edificação da estrutura política do direito penal posto, mormente na seleção das condutas a serem criminalizadas, de logo, merece censura.

Neste particular, os fundamentos da criminologia crítica trilham melhor caminho, em virtude de focar o tema sobre o ponto de vista do controle social, próprio do processo de poder, buscando, assim, analisar os critérios utilizados para a decisão política acerca das condutas a serem tipificadas pelo poder dominante.

com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade". (1988, p.49).

¹⁹⁹"O sistema penal, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, aparece como sistema garantidor de uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais, e, assim, promovendo o bem comum. Essa concepção é legitimada pela teoria jurídica do crime (extraída da lei penal vigente), que funciona como metodologia garantidora de uma correta justiça, e pela teoria jurídica da pena, estruturada na dupla finalidade de retribuição (equivalente) e de prevenção (geral e especial) do crime". (1985, p. 26).

²⁰⁰ Canotilho (1999, p.432-433): "Este instituto está previsto na Constituição de Bona (art. 18º), nos termos da qual um cidadão pode ser privado de alguns direitos quando deles abusar para combater 'a ordem fundamental livre e democrática'. Dentro do mesmo espírito se insere a *Parteiverbot* (proibição e dissolução de partidos) prevista no art. 21º da mesma Constituição. Subjacente à concepção da *Grundgesetz* está a velha ideia de que não 'deve haver liberdade para os inimigos da liberdade', pois só assim, de forma 'militante', se obterá a proteção da ordem livre e democrática e, portanto, dos direitos fundamentais. Uma tal concepção, que já se pretendeu transpor para a ordem constitucional portuguesa, em vez de contribuir para a proteção dos direitos fundamentais, pode evoluir no sentido contrário. A proibição de partidos, a interdição profissional dos radicais (*Berufsverbot*), a exigência de lealdade dos funcionários, demonstra ser a instituição constitucional da perda de direitos fundamentais por utilização abusiva uma cláusula emergente de um integrismo autoritário. Ela é inadmissível na ordem constitucional portuguesa: (1) não está consagrada em nenhum preceito e o facto de se proibirem organizações que perfilhem a ideologia fascista (art. 46º/4) não é qualquer indício relevante no sentido da funcionalização dos direitos fundamentais; (2) a constituição portuguesa não aderiu a concepções funcionalistas puras de direitos fundamentais, não se podendo, portanto, afirmar que os direitos devem ser exercidos de forma teleologicamente vinculada (por ex., em prol da ordem livre e democrática ou da construção do socialismo); (3) a ideia da perda dos direitos fundamentais pode conduzir à 'morte cívica' do cidadão, o que é completamente incompatível com o sentido objetivo e subjectivo do catálogo dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição portuguesa".

A mínima investida no intuito da constatação do divórcio entre o proposto no discurso da legitimação e o alcançado no plano real encontra sucesso, tendo em vista que o sistema não cumpre as funções declaradas.

Oriundo que é o sistema jurídico da própria estrutura política, acaba por reproduzir esta mesma geografia, traduzida em um sistema hierarquizado de classes sociais e influenciando decisivamente toda a organização do Estado, que passa a se tornar, conseqüentemente, também um Estado de classes²⁰¹

Fernando Silva²⁰² destaca, dentre outros fatores, duas limitações constitucionais impostas à intervenção do direito penal.

E continua o citado autor²⁰³.

Todavia, essa constatação *ab initio* não se tem revelado como suficiente e capaz para ferir e desbancar o estágio de autolegitimação que alcançou o poder punitivo estatal.

3.4 O ESTADO BRASILEIRO, O SISTEMA CAPITALISTA E O DIREITO DE PUNIR

Particularmente, o direito penal brasileiro pauta-se em uma ideologia própria de uma sociedade capitalista. Como tal, é orientada por valores políticos e econômicos relativos ao modo de produção, assentada em duas classes principais: a que

²⁰¹(SOUZA, 1991).

²⁰² Silva (2015, p.20): “**A primeira limitação constitucional advém dos próprios princípios de direito criminal, nomeadamente o reconhecimento do seu carácter fragmentário, com natureza de direito subsidiário, partindo de uma exigência de intervenção mínima. O direito penal, porque se reveste de força restritiva de direitos, liberdades e garantias, vê limitada a sua intervenção ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, resultando essa exigência de expressa referência constitucional (artigo 18º, nº 2, CRP). A Constituição integra um critério limitativo do direito penal, fundamentando a intervenção de *ultima ratio*, que se traduz na proteção de bens jurídicos fundamentais**”. [Grifos nossos].

²⁰³ (2015, p.21): “Outro fator relevante neste contexto assenta no reconhecimento da **unidade da ordem jurídica**. Esta ideia de unidade da ordem jurídica que integra naturalmente o direito penal e o direito constitucional e confere a ideia de harmonia interna, colocando as ordens jurídicas que protegem bens jurídicos numa vinculação aos mesmos valores. Os bens jurídicos acabam por funcionar como elo de conexão em toda a ordem jurídica materializando assim, a sua própria unidade. A unidade da ordem jurídica, para além de colocar os vários ramos do direito na proteção dos mesmos valores, reflecte-se ainda no próprio conceito dos bens jurídicos. Sendo objeto de tutela múltipla por vários planos jurídicos, faz sentido que se concentre o objeto de tutela configurando uma uniformidade nos critérios de definição. A tutela extra-penal apresenta-se como ponto de partida da definição dos interesses a proteger”.

controla o poder e a subordinada.

Dessa forma, o sistema penal é concebido com a finalidade primordial de administrar e controlar os conflitos advindos desse modelo social, que, por consequência, se inclina em preservar este mesmo modelo, através de um movimento cíclico e constante.

Historicamente, como ensina Pierangeli²⁰⁴, o direito penal brasileiro foi calcado, desde o Código Penal de 1890, na defesa de interesses voltados para a acumulação de capital por parte da parcela da sociedade que dispunha de mecanismos para tal alcance, com proteção destacada aos grupos sociais das indústrias emergentes da época, como de resto noticia a tipificação de condutas relativas a movimentos grevistas (artigo 206).

Nesse mesmo diapasão, o Código Penal de 1940 finca suas bases predominantemente na proteção ao patrimônio, sobrepondo-se inclusive aos bens jurídicos: pessoa, liberdade, administração pública, costumes, entre outros.

A ideologia protecionista que habita a alma dos tipos penais elencados no sistema repressivo brasileiro tenta, sem sucesso, dissimular-se. Basta observar a evidente concentração da ação penal de natureza pública incondicionada nos delitos patrimoniais, movendo assim, imperiosamente, nesta direção, a estrutura do Estado na persecução criminal.

Conforme se constata, o direito brasileiro, ao estabelecer a disponibilidade do patrimônio na esfera civil, atende ao interesse do modelo capitalista, para o qual o patrimônio é um produto de consumo. Já, quando, de maneira sistêmica, acaba por transformar o patrimônio em bem indisponível penal, ante a incondicionalidade da ação penal em crimes patrimoniais, nada mais faz do que agir em consonância com os imperativos econômicos, para quem o bem-estar geral é o bem-estar da proteção econômica²⁰⁵

Outro aspecto a ser considerado acerca da ideologia penal brasileira é sua opção, na criminalização primária, pela desigualdade de tratamento em relação às classes sociais. Tendo o legislador a opção na confecção das condutas através do chamado “mecanismo de seleção”, procura contemplar comportamentos afetos aos indivíduos das classes sociais de menor patamar representativo, estratificando ainda

²⁰⁴ (1980)

²⁰⁵ (BERNARDES, 2005).

mais a sociedade.

Dessa forma, o processo de criminalização descreve a preponderância da influência sobre os veículos capazes de rotular comportamentos. O segmento social mais forte reclama a tipificação de condutas que agredem os seus bens e interesses e que, praticadas em função da diferente valoração, por parte do segmento social mais frágil, passam a ser consideradas como proibidas, dada a desproporção da capacidade de influência dos envolvidos, acabando por se tornar, aparentemente, um reclame de todos, graças à intervenção formal do Estado.

Essa atitude que marca secularmente o direito penal brasileiro termina por acentuar e projetar uma perspectiva ampliativa dos conflitos, ao invés de contê-los ou resolvê-los, revelando-se inadequada aos fundamentos de um Estado de Direito.

O que se tem vislumbrado é uma política criminal pautada no discurso de contenção dos conflitos através da dominação repressiva. A lógica desta ideologia repousa no sentimento de que, quanto maior for o poder de punir e o arsenal punitivo, maior será a possibilidade de sucesso para a efetivação da justiça criminal.

De outro lado, percebe-se ampla ausência de legislação que contemple como tipos penais comportamentos que agredem parcelas sociais menos representativas economicamente nos seus interesses, tais como: fraudes financeiras, desvios de verbas públicas, abuso de poder em todas as suas formas, violação a direitos difusos e coletivos, etc.

A amplidão do vazio legislativo nessa seara, de longe é minimizada com os poucos textos penais que, dissimulando uma regulação, são construídos de forma rarefeita em total discrepância com a robustez emprestada àqueles que contemplam os crimes comuns, principalmente os patrimoniais²⁰⁶.

Contudo, o Estado moderno buscou erigir-se sobre vários princípios, entre os quais o da igualdade com relação aos indivíduos, sendo pedra fundamental de praticamente todas as legislações atuais, descabendo a sustentação de uma legitimação pretendida através da imposição, ainda que pelo direito posto, de um controle ideológico pelos detentores do poder que, efetivamente, despreze valores fundamentais necessários a coesão de toda a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, não deve haver espaço para a

²⁰⁶ (FIGUEIREDO DIAS, 1997).

continuidade dessa ideologia que conflita com seus fundamentos e propósitos, devendo romper-se com tal modelo implícito. Para tanto, mister utilizar-se da própria moldura oferecida pelo arcabouço formal traçado pelo ordenamento jurídico.

Afinal, Figueiredo Dias e Costa Andrade²⁰⁷ explicam que não há como ressocializar o delinquente numa sociedade capitalista.

A legitimidade se faz presente quando se respeitam os princípios, e isto reclama a utilização de sanções adequadas.

Entre diversas razões que podem ser utilizadas como argumento para uma mudança de raciocínio quanto aos limites e à forma de intervenção do poder punitivo do Estado no corpo social, para evitar-se a violação de direitos e garantias individuais, principalmente embutida nas sanções previstas, uma merece destaque: aquela que vislumbra uma perspectiva distinta de encarar o modelo posto pelo discurso legitimador do poder punitivo do Estado, focado no conflito: *defesa social versus respeito a direitos e garantias individuais*.

Ressalte-se que o discurso que coloca em confronto esses paradigmas, ainda que falacioso, sugere claramente a inclinação para o apoio do próprio corpo social a seus interesses coletivos, uma vez que o homem, por essência, é destinado a viver em sociedade.

Porém, deve-se questionar a verdadeira existência de um conflito entre a *defesa social* e a *preservação das garantias individuais*, que tem servido de esteio à legitimação do poder punitivo do Estado.

Essa questão torna-se ainda mais importante em um modelo de Estado Democrático de Direito, fundamentado no respeito à dignidade da pessoa humana, como é o exemplo do Estado brasileiro (artigo 1º, III da Constituição Federal).

²⁰⁷ “[...] a criminologia radical recusa o estatuto profissional e político da criminologia tradicional, considerada como um operador tecnocrático ao serviço do funcionamento mais eficaz da ordem vigente. O criminólogo radical recusa assumir este papel de tecnocrata: desde logo porque considera o problema criminal insolúvel numa sociedade capitalista; depois, e sobretudo, porque a aceitação das tarefas tradicionais é em absoluto incompatível com as metas da criminologia radical. Como poderiam os criminólogos propor-se auxiliar a defesa da sociedade contra o crime, se o seu propósito último é defender o Homem contra este tipo de sociedade?”

Daqui, precisamente, que para a generalidade dos criminólogos radicais não devam sequer ser aceites as metas da *prevenção especial* ligadas ao ideal da *ressocialização do delinquente*. Pois não é – numa palavra – o delinquente que pode ou deve ser ‘ressocializado’, mas a própria ‘sociedade punitiva’ que tem de ser (revolucionariamente) transformada. Conclusão aquela, de resto, que parece corroborada pela generalidade da criminologia radical, ao sustentar que a normalidade e ubiquidade do comportamento delinquente, nomeadamente quando contrastada com o carácter selectivo da definição do comportamento ou da sua criminalização efectiva pelas instâncias de controlo, tornaria inútil, por desnecessária ou mesmo impossível – e, de todo o modo, destituída de sentido –, a ressocialização do delinquente”. (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, 1997, p.60-61).

Travestida de legitimada, a intervenção penal esconde o seu caráter meramente simbólico, expandindo suas fronteiras, através de um arsenal punitivo que busca a solução para problemas que têm raízes na profunda desigualdade social, através de mecanismos ilusórios (penas mais rígidas), como se tem observado na última década de 90, no Brasil.

Materializando essa concepção ideológica, recentemente promoveu o direito penal pátrio, em uma verdadeira linha de montagem, a produção em larga escala de leis ampliando crimes e penas e reduzindo direitos e garantias, a exemplo da Lei nº. 7.960/89 (Prisão Temporária); Lei nº. 8.072/90 (Crimes Hediondos); Lei nº. 8.930/94 (Crimes Hediondos II); Lei nº. 9.034/95 (Crime Organizado); Lei nº. 9.296/96 (Interceptação Telefônica); Lei nº. 9.455/97 (Tortura); Lei nº. 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado); Lei nº. 10.826/03 (Arma de Fogo); Lei nº. 11.340/06 (Violência Doméstica); entre outras.

Destaca-se o criticado instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que retrata emblematicamente esta política criminal expansiva, em atrito com parâmetros de natureza constitucional como ressalta Rômulo Moreira²⁰⁸.

Consigne-se que essa ideologia simbólica, diante da estrutura social brasileira, tem angariado legiões de adeptos, principalmente entre aqueles de escolaridade mais baixa e de menor poder aquisitivo, conforme se infere de pesquisa intitulada “A cabeça do brasileiro”, coordenada por Alberto Carlos Almeida²⁰⁹, na qual 51% (cinquenta e um por cento) dos entrevistados, entre os analfabetos, apóiam a atitude policial de espancar os presos para que estes confessem os crimes e 40% (quarenta por cento), concordam que a polícia mate assaltantes e ladrões depois de prendê-los, percentual levemente reduzido para 44% (quarenta e quatro por cento) e 35% (trinta e cinco por cento), respectivamente, quando os entrevistados possuem até a quarta série do primeiro grau. Opiniões que persistem atualmente.

Este quadro retrata a sensação que se pode extrair de um corpo social constantemente invadido por discursos distorcidos e dotados de dramatização e alto teor de pânico, como se observa na afirmação de Silva Sánchez²¹⁰.

²⁰⁸ (2006, p. 80): “Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu artigo 5º., XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução”.

²⁰⁹ (2007)

²¹⁰ (2002, p. 33): “[...] nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo)”.

Todavia, a legitimidade estará presente quando a construção do tipo penal, principalmente, sua sanção, observar os princípios constitucionais que norteiam a intervenção punitiva, mormente aqueles afetos à preservação dos direitos e garantias individuais, cuja expressão maior exsurge do respeito à dignidade da pessoa humana.

O questionamento, inicialmente, foca-se no discurso de legitimação do poder de punir, baseado na proteção dos bens jurídicos atingidos pelo ilícito penal.

Segundo tal raciocínio, apresenta-se a ideia de que a proteção de tais bens se daria através da proteção dos valores que os lastreiam, tendo como matéria-prima enfoques ético-sociais, o que recomendaria uma lógica através da qual tanto maior deve ser a punição quanto maior for o desrespeito a tais bens.

Contudo, a dinâmica da vida social tem levado o discurso da tutela de bens por parte do direito penal para um terreno de constantes inquietações, tendo em vista a ampliação dos conflitos urbanos e a própria violação de tais bens em decorrência desta ampliação.

As reflexões acerca do tema têm feito surgir construções racionais que demonstram existir, na realidade, não um bem jurídico tutelado pelo poder punitivo do Estado, mas, em verdade, agredido pela ação concreta dos conflitos individuais existentes de forma real no cotidiano social.

Apesar de tal distinção aparentemente não representar grande registro, ela é de crucial importância para construção de um raciocínio questionador quanto à legitimidade e adequação do poder de punir do Estado, mormente no Estado moderno.

Essa importância deriva da mudança de enfoque quanto à ideia de legitimação, propondo a redefinição dos paradigmas que compõem a equação do conflito *defesa social versus respeito aos direitos e garantias individuais do infrator*.

Quando posta a equação dessa forma, é óbvio presume-se a preponderância da importância de um de seus termos, qual seja, a defesa social. No entanto, ao admitirmos que não há um bem jurídico tutelado pelo exercício do poder punitivo quando este exercício se materializa, mas sim um bem jurídico lesado por uma ação concreta e esta lesão legitima a manifestação expressa e real do poder punitivo do Estado, outra leitura deve ser feita.

Como bem acentua Zaffaroni²¹¹.

Percebe-se que, diante do constante aumento dos conflitos rotulados pelo sistema penal, a proteção aos bens jurídicos, reclamada pela intervenção do poder punitivo do Estado, tem-se revelado inócua, permanecendo tais valores fundamentais ético-sociais, vulneráveis a afetações incapazes de serem coibidas através da intervenção do sistema penal, tanto do ponto de vista restaurador quanto preventivo.

A evidência de tal situação também é constatada na afirmação de Silva Franco (1996, p. 10), quando considera que a proteção penal dos bens jurídicos, invocada para justificar a intervenção punitiva do Estado, “[...] ingressa numa fase crepuscular”, passando o direito penal a prestar-se a papel meramente simbólico no processo de tranquilização do cidadão e da opinião pública, tentando acalmar a sensação individual e coletiva de insegurança.

Essa realidade tem proporcionado uma reelaboração quanto ao conteúdo axiológico do conceito de bem jurídico a ser protegido pela intervenção penal, dita legítima.

Assinale-se que não é intenção deste estudo enveredar pela discussão do tema *bem jurídico* com todas as *nuances* que esta tarefa reclama. A referência aqui feita ao assunto, circunscreve-se ao âmbito de interesse específico para a temática examinada.

Feita tal observação, retoma-se a questão, entendendo-se que a reestruturação do conceito de bem jurídico a ser protegido faz surgir a ideia de resguardo da segurança pública, segurança coletiva ou segurança urbana. Sendo invocada tal proteção como necessidade vital para a preservação de um equilíbrio no convívio social, a tal ponto de poder se contrapor à ideia de liberdade individual, quando, segundo matiz constitucional, a ideia de segurança só se perfaz contemplando a ideia de preservação de liberdade individual, este último como direito fundamental, que possibilitado em todos os seus níveis e instâncias, conflui para a realização do sentido de segurança esboçado no modelo de Estado de Direito.

Para compreender o conteúdo do conceito do bem jurídico que justifique sua

²¹¹ (2003, p. 227): “[...] essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas”.

proteção pelo sistema penal, mister até-lo àquele considerado como fundamental para a convivência harmônica e pacífica de toda a sociedade. Portanto, em um Estado Democrático de Direito tais bens jurídicos são aqueles de suporte constitucional, suficiente para tornar relativo o robusto e concreto significado atribuído aos princípios concernentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana²¹².

O discurso de proteção de bens jurídicos para legitimar a intervenção do poder punitivo estatal, desta feita colocando como primordial a ideia de segurança cidadã ou urbana, com a conotação clara de “defesa social”, notabiliza-se como ardil para facilitar a ampliação dos discursos repressivos, oportunistas e simbólicos que caracterizam Estados distintos dos democráticos.

O próprio conceito de segurança pública, dada a amplitude que o tema ganhou no cotidiano coletivo, sofre forte intervenção anômala de estereótipos como: crime organizado, criminalidade infanto-juvenil etc., que acabam por deturpar a linguagem científica reclamada para definição de tão relevante questão.

Não há como se reduzir a complexidade dos conflitos sociais a uma visão maniqueísta em que o bem advém dos valores dominantes no meio social, e o mal da atitude daqueles que, contrariando tais valores, passam à condição de inimigo a ser neutralizado.

Com esses ingredientes, tem-se formado um produto distorcido acerca do conceito de segurança pública, predominando uma identificação e análise deturpada ou seletiva dos componentes do problema, ignorando principalmente seus aspectos essenciais. Isto tem raiz no fato de a reserva de domínio de tal tema ser praticamente circunscrita ao sistema de justiça criminal, que acaba por unificar a ideia de segurança como segurança contra o crime e de política de segurança como política criminal²¹³.

Também ensina o citado autor que não se pode tratar o tema da segurança pública em meio a questões outras que buscam o apelo junto ao corpo social, como de resto se percebe em momentos eleitorais ou dramáticos em que sucedem episódios isolados de criminalidade mais grave, devendo ser explorado sim “[...] o

²¹²(COELHO, 2003).

²¹³(DIAS NETO, 2005).

caráter interdisciplinar e pluriagencial da questão criminal”, objeto de enfoque de diversas instâncias do Estado, transcendendo os estreitos limites do sistema penal²¹⁴.

O Estado que não tem o poder para proteger, tampouco tem o direito de exigir obediência (ISENSE, 1983). Porém, o conceito de segurança não se pode reduzir a depositário fiel da legitimação da intervenção repressiva do Estado.

Destarte não pode restar ao sistema penal a missão de ser o principal instrumento utilizado pelo Estado de intervenção na solução de conflitos sociais que resultam das mais variadas e complexas relações humanas.

O que se percebe é que, quanto mais o Estado lança mão do sistema penal, ampliando-o, menos o Estado se faz presente na promoção de suas finalidades, o que ocorreria com a expansão e não com a atrofia de políticas públicas pois, como observa Eduardo Galeano²¹⁵.

A intervenção penal deve obedecer aos estreitos limites traçados pela posição valorativa tomada pela Constituição, em um Estado fincado sobre este modelo. Esta valoração é necessariamente de cunho jurídico, traduzida em uma unidade de normas e princípios.

A Constituição deve expressar as prioridades para um convívio social harmônico, construídas a partir de valores éticos e políticos de uma sociedade. Como norma fundamental do Estado, repele a produção legislativa que despreze aspectos de cunho material e princípios fundamentais, optando por uma legalidade formal que atenda a interesses e privilégios setorializados.

Funciona a Constituição como *locus* onde estão depositados os valores fundamentais que servem de esteio para toda a formatação do sistema jurídico. Assim sendo, o sistema jurídico é resultante dos limites determinados pelos ditames constitucionais.

Não podemos esquecer, como o destaca Canotilho²¹⁶, que temos, também

²¹⁴(DIAS NETO, 2005, p. 72).

²¹⁵(1999, p. 95): “[...] Os problemas sociais reduziram-se a problemas policiais”.

²¹⁶ (1998, p.495-496): “Os deveres fundamentais reconduzem-se a *normas jurídico-constitucionais autônomas* que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos. Mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos — dever de defesa do ambiente, dever de educação dos filhos —, não se pode dizer que estes deveres constituem ‘restrições’ ou ‘limites imanentes’ dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do ambiente não é uma ‘restrição do direito ao ambiente’, o dever de educação dos filhos não é um ‘limite imanente’ do direito de educação dos pais. Se isso fosse assim, os deveres fundamentais deixariam de ser uma categoria

deveres fundamentais.

Sendo o sistema penal um sistema jurídico, portanto criado a partir da conformação dos valores esculpidos na Constituição, não pode existir de forma desenfreada, arbitrária e sem limites, submetendo-se, rigorosamente, ao regramento constitucional.

Sobre o tema, cabe citar a lição de Baratta²¹⁷.

Sobre a relação bem jurídico e sanção penal, Regis Prado²¹⁸ leciona.

Quanto à simbiose entre valor jurídico e função da pena, citamos Regis Prado²¹⁹.

Quais as funções do bem jurídico penal? Esta questão é respondida por Coelho²²⁰ ao dissertar sobre o Tema.

E continua o referido autor²²¹, incluindo sua própria concepção.

constitucional autónoma.

[...]

Dito isto, não fica totalmente afastado a ideia de *drittwirkung* no plano intersubjectivo. As ideias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos. Vejam-se, hoje, os exemplos de deveres fundamentais de defesa de proteção do ambiente (art. 66º/2), de respeito e solidariedade para com os cidadãos portadores de deficiências (arts. 71º/2º), dever de respeitar e cumprir as exigências da ‘qualidade de bens e serviços’ do consumidor (art. 60º/i). Acresce que alguns deveres fundamentais — o dever de obediência às leis, o dever de respeito dos direitos dos outros — parecem transportar uma tendencial ideia de aplicabilidade imediata”. [Grifos do autor].

²¹⁷ (2000, p. 47): O direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do iluminismo viveu em seu tempo: ele deve limitar e regular a pena, mas para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, permanecendo em grande parte na mente de seus ideólogos, é necessário que reencontre sua dimensão política forte e autêntica. Isso somente será possível se a ele se incorporar uma política integral de proteção dos direitos fundamentais.

²¹⁸ “Alude-se, por exemplo, à relação entre bem jurídico e sanção penal. Ora bem, pode ela ser contemplada sob uma dupla perspectiva: a de delimitação do âmbito do injusto penal e a de potencialidade da função da pena. Com frequência assinala-se que uma orientação preventiva, dirigida a evitar a prática de ilícitos penais, pode circunscrever o campo do punível de modo mais restrito e seletivo, pois, sendo seu objetivo manter a convivência, unicamente aqueles valores necessários à sua manutenção deveriam ser objeto de tutela e sanção penal. Desta forma, na verdade, enuncia-se um princípio geral de validade indiscutível”. (PRADO, 1996, p.15-16).

²¹⁹ “A relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função da pena: de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem. DE outro lado, e, ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena. Tudo isto contribui para concretizar os requisitos de capacidade e necessidade de proteção, que é comum exigir-se dos bens jurídicos por ocasião de prever sua tutela”. (PRADO, 1996, p.17).

²²⁰ (2003, p.131): “Luiz Regis Prado entende que as funções do bem jurídico resumem-se à função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado, função teleológica, função individualizadora e função sistemática. Tadeu Antonio Dix Silva compreende que as funções do bem jurídico podem ser uma função político criminal de limite ao poder de definição do Estado, função crítica do sistema penal e função de interpretação”.

Sobre as funções em tela, Carneiro²²² assim as explica, respectivamente.

Germano Marques da Silva²²³ considera sobre o princípio da proporcionalidade, no art. 18º, da CP..

Germano Marques da Silva²²⁴ lembra sobre o art. 40º da CRP e a proteção de bens jurídicos.

E continua Germano Marques da Silva²²⁵ em suas considerações.

²²¹ “Como funções do bem jurídico, aproximamos nossa concepção à de Luiz Regis Prado, ao definirmos que elas seriam a função de limitação do *jus puniendi* estatal, a função sistemática e a função dogmática [...]”. (CARNEIRO, 2003, p.131).

²²² “[...] tem a finalidade específica de demonstrar a capacidade limitadora do bem jurídico em relação à atividade legiferante do próprio Estado em matéria penal. O legislador não pode criminalizar uma conduta que não lese ou coloque em perigo de lesão um bem jurídico, sob pena de estar ofendendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, razão pela qual um Estado Democrático de Direito só pode conceber a existência de um direito penal que proteja bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade”. (CARNEIRO, 2003, p.131-132). “Dentre as funções do bem jurídico, importante ressaltar sua função sistemática, que importa em reconhecer ao bem jurídico-penal a função de sistematização da matéria penal criminalizada, principalmente no corpo de Código Penal, ao averiguar-se sua divisão de acordo com os bens jurídicos protegidos.

Esta espécie de divisão tem o condão de facilitar a interpretação dos tipos penais, auxiliando o hermenêuta em sua atividade”. (CARNEIRO, 2003, p.132).

“Através desta função, utiliza-se do bem jurídico como elemento de interpretação da norma penal, que vem a direcionar o alcance da norma penal, correlacionando-o ao bem jurídico protegido. O bem jurídico, como elemento material do tipo penal, cumpre uma função dogmática importante no Direito Penal.

Não é possível interpretar nem conhecer a lei penal sem o recurso ao instituto do bem jurídico, pois, sendo o bem jurídico o elemento central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos do tipo, torna-se ele um importante elemento de interpretação, e, consequentemente, uma ferramenta fundamental para o hermenêuta”. (CARNEIRO, 2003, p.132-133).

²²³ (1999, p.24): “O princípio da necessidade ou proporcionalidade da pena não tem consagração expressa, pelo menos diretamente referido às penas aplicáveis, mas resulta do art. 18º da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa também proclamado logo no seu art. 1º.

Com efeito, as penas criminais, quaisquer delas, representam sempre restrições de direitos e, por isso, devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Por sua vez, a pessoa humana não pode ser instrumentalizada para a realização de interesses coletivos e, por isso, não pode sofrer penas desproporcionadas ao crime cometido para realização de fins preventivos gerais sobre o resto da coletividade.

O princípio da necessidade, que se concretiza no princípio da intervenção mínima, significa que as sanções devem revelar-se necessárias, porque os fins prosseguidos pela lei não podem ser obtidos por outros meios menos onerosos; o princípio da proporcionalidade, em sentido restrito, significa que os meios legais restritivos da liberdade e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, determinada pela gravidade do mal causado e censurabilidade do seu autor.

A proporcionalidade em sentido restrito exige, antes de mais, a limitação da gravidade da sanção à gravidade do mal causado pelo crime, na base da adequação da pena ao fim que esta deve cumprir.

Tradicionalmente, o princípio foi entendido como exigência de proporcionalidade entre o facto cometido e a sanção prevista por lei, mas modernamente refere-se também à culpabilidade do agente”. (SILVA, 1999, p.24).

²²⁴ “O art. 40º do Código Penal dispõe que a *aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*. (SILVA, 1999, p.44).

Germano Marques da Silva²²⁶ lembra sobre os efeitos perversos da pena privativa de liberdade.

Sobre a questão do bem jurídico e não ser função a sua não-proteção pelo Direito Penal, citamos Rafael Braude Canterji²²⁷.

Embora a História registre que o Estado, em virtude de fatores político-econômicos, tenha assumido com exclusividade a tarefa de disciplinar as condutas proibidas com suas respectivas sanções e, principalmente, de impô-las exercendo o poder punitivo, é bem verdade, também, que este mesmo Estado revelou-se incapaz de materializar suas pretensões quanto à proteção dos bens jurídicos, bem assim quanto aos fins da pena.

Na esteira do raciocínio constitucional, deve o Estado ser capaz de racionalizar o conjunto de bens jurídicos a merecer a proteção penal. Esta racionalização reclama a ideia de aptidão, pois somente aqueles bens jurídicos extraídos de pautas axiológicas constitucionais, materializando valores fundamentais para o corpo social, devem servir à tutela penal.

O conceito de bem jurídico calcado em um valor da ordem social juridicamente protegido remete a construção do tipo penal ao modelo valorativo, permitindo a alteração da sua significação para o conteúdo de uma mera descrição legal, portanto, distinto de sua natureza. Torna-se somente fruto de uma abstrata

²²⁵ “Este artigo foi introduzido no Código Penal de 1995 e justificado pelo Prof. Figueiredo Dias pela vantagem de clarificação do sistema, facilitando a operação de escolha da pena”. (SILVA, 1999, p.45).

²²⁶ (1999, p.266): “O reconhecimento de que as sanções penais tradicionais privativas da liberdade têm falhado a finalidade de reintegração social do delinquente, muitas vezes com efeitos perversos, tem imposto a procura de sanções alternativas.

Também o sistema penal português, não obstante consagrar ainda como penas principais a prisão e a multa, tem vindo progressivamente a dar preferência à pena de multa e a cominar outras sanções substitutivas e acessórias daquelas. Importa prosseguir neste esforço, quer na busca de novas espécies de sanções adequadas à realização dos fins que o direito penal prossegue, quer alertando e educando para o valor da liberdade, condição da vida democrática.

Culto da liberdade e imaginação, precisam-se, para que o Direito Penal seja cada vez mais instrumento eficaz ao serviço da paz social, da segurança e da liberdade, para que o Direito Penal realize o fim que é da essência do Direito, para que a lei não se corrompa e se transforme em puro instrumento de repressão”.

²²⁷ “[...] a proteção do bem jurídico não pode ser considerada como função do Direito Penal, mas a sua relevante lesão é pré-requisito para a incidência de norma penalizadora. Ainda nesse aspecto, não são todos os valores sociais que autorizam a resposta penal, mas, tão-somente, os mais importantes, cuja proteção dos mais débeis não pode ocorrer por outros ramos do Direito”. (CANTERJI, 2008, p.76).

construção jurídica, se divorciado dos valores extraídos do corpo social a que se destina.

Esta ressignificação de conceito possibilitou a eliminação do aspecto material da ideia de bem jurídico. Sendo uma construção valorativa, pode tornar-se o *habitat* de qualquer conteúdo ideológico.

O desenho que se fez, permite um risco incalculável para o sistema jurídico penal calcado na proteção ao bem jurídico, pois possibilita a perda da função crítica e limitadora da atividade criminalizadora do Estado, pois, sendo mero recipiente, pode conter as mais diversas formas de construção conceitual, ainda que divorciada da essência de valores ético-sociais.

A noção do bem jurídico importa como fundamento para que o subsistema jurídico, através do direito penal, possa conter ações ou atos nocivos contra o sistema social. Assim, os bens jurídicos têm a função de delimitar o caráter de danosidade das ações humanas para definir o objeto da proteção penal²²⁸.

Diversas são as teorias buscando uma melhor definição do conceito de bem jurídico. As de cunho iluminista buscam fundamentá-lo nos direitos inatos do indivíduo. As de concepção sociológica baseiam-se na realidade social. Porém, nenhuma delas atingiu resposta satisfatória, tendo surgido uma outra orientação denominada Teoria Constitucional do Bem Jurídico, segundo a qual deve a legislação penal pautar-se pelo conteúdo constitucional para definir os valores sociais que merecem o rótulo de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal.

Segundo os parâmetros dessa teoria, a Constituição não só traça as diretrizes para a fixação do conteúdo do bem jurídico a ser protegido pelo direito penal, como, em relação ao direito penal, proclama o que deve ou não ser incriminado, retratando a Constituição os valores fundamentais existentes no corpo social²²⁹.

Assim, invocando a concepção de direito de defesa social, como bem jurídico fundamental, busca o Estado utilizar tal conceito como prevalente em relação aos direitos individuais do infrator, quando, na verdade, o que se estabelece é um conflito entre o direito de punir do Estado *versus* os direitos e garantias individuais do infrator, tendo em vista que o conceito de segurança pública usado como principal componente do conceito de defesa social não pode excluir a ideia de

²²⁸(SUXBERGER, 2006).

²²⁹(REGIS PRADO, 1997).

respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator²³⁰.

Seguindo tal entendimento, em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, a intervenção penal deve obedecer rigorosamente os ditames constitucionais para que possa ser considerada como legítima e adequada, o que jamais ocorrerá caso se pretenda fazê-la através de discurso distorcido, capcioso e simbólico.

Como exemplo desses distorcidos vetores, traz-se à colação o discurso que referendou a Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) que, liderando a política da *lei e ordem*, criou na sociedade brasileira a expectativa de redução da prática dos crimes nela contidos.

No entanto, não é o resultado que se extrai da pesquisa realizada pelo ILANUD, em 2005, intitulada “Eficácia da Lei dos Crimes Hediondos”, apresentada perante o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em sua reunião ordinária, ocorrida em 13 de fevereiro de 2006.

A citada pesquisa tinha como objetivo verificar o impacto da Lei de Crimes Hediondos e sua eficácia na redução da criminalidade por meio do caráter intimidatório e exacerbação das penas, além de maior rigor do direito penal como um fim em si mesmo.

Após monitorar os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, entre os anos de 1984 a 2003, quanto à prática dos delitos de latrocínio, estupro, homicídio qualificado, tráfico ilícito de drogas, atentado violento ao pudor e extorsão mediante sequestro, o trabalho constatou, em suas conclusões, que: (1) *não há como relacionar positivamente a edição da Lei dos Crimes Hediondos ao comportamento subsequente dos índices criminais*; (2) *não se verifica, na maioria dos crimes, redução dos índices após a edição da Lei, o que por si já indica sua inocuidade*; (3) *em regra, os crimes registrados estão acima ou acompanham a linha de projeção construída com dados anteriores à Lei*; e (4) *é possível afirmar que o endurecimento penal, novamente, não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento de um problema bastante sério – a superpopulação prisional*.

Essas conclusões implicam na obrigação de se refletir sobre a forma adequada de intervenção penal em um Estado de Direito, pois, uma vez mais, invocando o pensamento de Eduardo Galeano (1999, p. 81), ressalta-se sua reflexão ao afirmar:

²³⁰(FABIANA PRADO, 2006).

“Num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança”.

Por conseguinte, é preciso diferenciar-se o modelo de Estado social no qual a intervenção penal e, por consequência, o poder punitivo do Estado se apresentam como legítimos, com a finalidade de proteção efetiva ao cidadão, desde que sejam feitos na medida exata desta necessidade, de um Estado Democrático de Direito no qual a concepção da intervenção penal, por determinação constitucional, deve respeitar outra série de limites. Isto ocorre através da previsão das garantias e de direitos fundamentais do indivíduo que traça para o Estado os parâmetros relativos a quando e como proibir e punir²³¹. Destarte, não se enxerga conflito entre direitos fundamentais, para a equação defesa social *versus* garantias individuais do infrator. Mas, sim, conflito entre o poder de punir do Estado e o respeito a direitos e garantias individuais do infrator, o que, por sua vez, transmuta a base de raciocínio para a solução de tal impasse, tendo em vista que, diante desta redefinição, a preponderância, em um Estado fundado sob o respeito à dignidade da pessoa humana, reside sobre a preservação dos direitos e garantias individuais como limite intransponível ao poder de punir do Estado.

Por óbvio, a realização dos objetivos traçados pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 3º, como fundamentais à República Federativa do Brasil, ou seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e a redução das desigualdades sociais, jamais serão alcançados sem a ideia de defesa social que contemple a liberdade individual e os demais direitos indisponíveis do cidadão.

O Estado Democrático de Direito tem sua definição calcada de maneira absoluta na ideia de observância e patrocínio dos direitos fundamentais, sendo toda a atuação da sua estrutura política e administrativa regida por esta vertente. Por via de consequência, não há como se falar em intervenção legítima dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), que se paute no poder punitivo do Estado, mas, sim, em um discurso de contenção e encolhimento deste poder, ante a ampliação constante da efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Importa ressaltar que o ordenamento constitucional brasileiro disciplina *como*

²³¹(SUXBERGER, 2006).

punir, tendo o legislador constitucional abdicado da explicitação do *por que punir*. Isto revela uma mudança de paradigma quanto aos discursos de justificação punitiva historicamente encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Depreende-se de tal abstenção a implícita limitação às causas de justificação para imposição da pena, tratando tão-somente a Constituição, dos meios para limitar o impacto invasivo suportado pelo condenado, em face da ação do Estado²³².

Isso significa que, no modelo de Estado Democrático de Direito, adotado pelo Brasil, a ideia central da missão do sistema penal é a de funcionar como escudo protetor do poder punitivo do Estado e instrumento de segurança do cidadão. O problema é exatamente a distância entre este objetivo a ser alcançado e a realidade, que se tem pautado em uma produção legislativa penal inflacionária e distorcida, divorciada dos princípios constitucionais.

O desafio que se vislumbra é a materialização de um sistema penal que se afaste do distorcido discurso da contraposição de dois interesses tidos como necessários e legítimos, quais sejam, a aplicação da lei penal e a proteção das garantias individuais, para compreender a integração existente entre ambos, através da preponderância dos objetivos de um Estado de direito quanto ao controle do poder punitivo.

Esse caminho deve orientar-se, inicialmente, por uma reordenação da ideia de defesa social calcada pura e simplesmente na noção de segurança pública. A defesa social, na verdade, compreende a efetivação de diversas obrigações do Estado, tanto no plano preventivo extrapenal quanto no preventivo penal.

O realinhamento desse raciocínio implica o desfazimento da ideia de que segurança pública e defesa social são a mesma coisa, tendo em vista a notória abrangência do conceito de defesa social que absorve, como um dos seus componentes, a segurança pública.

Revista a questão relativa a como se enxerga o conflito entre defesa social e preservação das garantias fundamentais, necessário é reanalisar, também, como se comporta esta nova definição ante a organização sistêmica do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Sendo o confronto não mais visto dessa forma, enxerga-se como sendo posto, de fato, entre *o poder de punir do Estado* e *o respeito a direitos e garantias*

²³²(CARVALHO, 2005).

fundamentais. Este novo *layout* implica considerações que possam tentar dirimi-lo.

O discurso da segurança pública tem levado seus adeptos a conferir larga margem para intervenção penal, em uma crença de que esta atitude é necessária para preservar interesses sociais violados de maneira progressiva por aqueles transgressores da ordem vigente, que, portanto, devem ser alvo do poder punitivo do Estado, com o fito da restauração desta ordem violada. Tendem a ser complacentes com a intervenção penal dilatada.

Um exemplo recente dessa forma de pensar trouxe à baila a discussão da redução da maioridade penal, após a morte de uma criança, arrastada pelas ruas do Rio de Janeiro, durante um roubo de veículo.

O fato desencadeou o surgimento e a retomada de projetos de lei, no Congresso Nacional, com as mais variadas propostas, todos fincados no fundamento da grande quantidade de crimes praticados por menores.

Contudo, mais uma vez analisada a questão sob o ponto de vista científico e não calcado no fervor da emoção do momento, capitaneado por alguns segmentos políticos e da própria mídia, chega-se a outra espécie de conclusão.

Segundo dados da Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça²³³, do total de crimes praticados no Brasil, apenas 8,8% têm envolvimento de menores como autores ou partícipes, e deste percentual 73,8% são crimes contra o patrimônio, e somente 8,5% são crimes contra a vida.

Portanto, de acordo com os dados oficiais, menos de 1% dos crimes contra a vida é praticado com o envolvimento de menores em sua autoria, o que, por si só, desmoraliza o argumento que tem sido utilizado como um dos mais fortes para possibilitar a redução da maioridade penal.

Ainda nessa esteira, merecem registro os dados fornecidos pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça (SNDH-MJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que demonstram a eficácia da utilização das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, para os praticantes de atos infracionais, que acusam uma “reincidência” em torno de apenas 7,5%, ou seja, em 92,5% dos casos não há o retorno do adolescente à prática delituosa.

De outro lado, os que contestam a hipertrofia da intervenção penal, buscam sua

²³³(2007).

fundamentação na simbólica e ineficaz inserção do sistema penal repressivo que, longe de cumprir com aquilo a que se propõe, acaba por dramatizar, ainda mais, os conflitos sociais, além de minimizar ou até ignorar por completo a existência de direitos e garantias individuais fundamentais à conformação de um Estado de Direito.

Ambas as posições tendem a tensionar esse conflito, radicalizando os discursos, sem a perspectiva de um consenso que permita ao mesmo tempo a ação do poder punitivo do Estado e a observância dos direitos e garantias fundamentais.

Posta a questão sob o foco do princípio da ponderação ou balanceamento, raciocínio desenvolvido com vistas à solução de impasses entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, oriundo do princípio da proporcionalidade, observa-se que surge perspectiva de melhor deslinde.

Na lição de Canotilho²³⁴, a ponderação visa obter critérios, diante da norma e do fato, a fim de proporcionar a solução justa para o conflito de bens. Portanto, não se verifica através deste método um significado de cunho normativo quanto às normas em conflito, mas se analisam os bens que de fato se encontram tensionados em um caso concreto.

A ponderação, assim, é a análise do conteúdo material dos bens em conflito para, no caso concreto, determinar a inclinação pelo mais representativo na solução do confronto.

Essa metodologia permite variação, dependendo da situação real quanto ao nível de importância atribuído aos bens em conflito, como uma espécie de hierarquia axiológica móvel entre os princípios conflitantes²³⁵.

Embora seja possível permitir-se flexibilização quanto à valoração do conteúdo material do bem em conflito, diante do caso concreto, é bem verdade que esta “hierarquia móvel” vincula-se aos ditames postos pela hierarquização existente no corpo da Constituição, de onde se extraem os princípios constitucionais.

Estabelecendo uma confrontação entre valores constitucionais, é sabido que, no sistema brasileiro, predomina como valor constitucional fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana, norteador de todo o sistema constitucional vigente

²³⁴ Canotilho (1999, p.1162): “[...] a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”.

²³⁵ (CANOTILHO, 1999).

(FABIANA PRADO, 2006).

Dessa forma, ao se utilizar a ponderação como método para a solução de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos, desde que um destes bens seja o respeito à dignidade da pessoa humana, a inclinação pela predominância deste último será imperativa por força da observância da ordem constitucional posta.

Isso posto, extrai-se que o poder punitivo do Estado não encontra força suficiente para uma colisão de interesses com os direitos e garantias individuais, em um Estado Democrático de Direito erigido sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Assim, entende-se que o conflito existente entre *o poder de punir do Estado*, e *o respeito à dignidade da pessoa humana* é de visível solução, qual seja, a ditada pela própria constituição em sua organização sistêmica.

Registre-se que a ideia de segurança pública, coletiva, cidadã ou urbana, ainda que travestida de *defesa social*, não tem conotação de importância suficiente para impor-se sobre a intransigente e imperativa proteção aos direitos fundamentais e garantias individuais do cidadão, lastreadas no respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o poder de punir do Estado, para ser considerado como legítimo, deve limitar-se a intervenções que não violem a ordem constitucional vigente o que só ocorre quando propõe regramentos que observem a preservação e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Considerando a linha de raciocínio adotada neste estudo, cumpre analisar de que forma o sistema punitivo pátrio pode ser considerado como dotado de legitimidade e adequação, mormente quanto à regulação relativa à prescrição penal das sanções impostas e sua execução nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo.

Para tanto, envereda-se pela análise de um modelo punitivo que busca nas alternativas penais à prisão, um caminho mais viável para tal intento (Capítulo V).

Todavia, antes, torna-se indispensável retratar, ainda que de forma breve, o sistema punitivo português, perpassando pela sua evolução histórica, espécies de penas, com destaque para as chamadas “penas de substituição”, que buscam trilhar o caminho da obediência ao respeito da dignidade do infrator, abordado no Capítulo seguinte.

**“Artigo 70.º
Critério de escolha da pena**

**Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. [Grifos nossos].
Código Penal Português.**

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O enfrentamento do crime com toda a complexidade que circunda esta questão, depende preponderantemente do funcionamento do sistema punitivo. Um sistema punitivo como instrumento a desincentivar a prática delituosa precisa funcionar de forma equilibrada e eficiente. A história do sistema punitivo português é antiga, perpassando por todas as fases já por demais conhecidas da evolução da pena, vale dizer, a pena em seus primórdios; a pena e a antiguidade; a pena e o período medieval; a pena e a época moderna, até a época contemporânea. Num breve comentário, sem a pretensão de qualquer aprofundamento, cumpre ressaltar algumas de suas importantes passagens.

No período antigo, compondo conjuntamente com a pena de morte, esta difundida majoritariamente, merece registro a composição pecuniária utilizada

praticamente para todos os crimes, como derivação do Código Visigótico (COSTA²³⁶).

A vingança privada que ordenou o sistema de justiça criminal por séculos, foi marcada pela ausência de paz social e civilidade.

Com o surgimento da vingança pública em decorrência da institucionalização dos Estados Totalitários, marcados com o traço da concentração e robustecimento do poder público, incentivados pelas diretrizes do direito canônico e romano, em contraposição à vingança privada, destaca-se um considerável avanço histórico em Portugal a partir do reinado de Dom Afonso IV, que ordena o monopólio dos Tribunais para a justiça penal, na tentativa de eliminar a vingança privada. Como sucedâneo dessa atitude, diversas legislações foram produzidas e depois compiladas e reorganizadas através das Ordenações.

4.1.1 ORDENAÇÕES

Esse conjunto de regras, ordens, decisões, normas avulsas, ou coletânea de preceitos, marcou a história do Direito Português ao longo do tempo, como atitudes de enfrentamento à então vingança privada. Por intermédio das Ordenações, o Soberano se investia na função de punir dizendo o Direito em nome do Estado.

As Ordenações se solidificaram e se sucederam a partir de Dom Afonso III, ganhando destaque em 1446 durante o reinado de Dom Afonso V (Ordenações Afonsinas), reunindo toda legislação em vigor à época, com vigência em o todo o país, de maneira uniforme. Neste período (1447-1521) ocorreu a descoberta do Brasil (CAMPOS, Teresinha Borges, 2010).

Seguindo-se as Ordenações Afonsinas, em 1521 tiveram início as Ordenações Manuelinas, no Reinado de Dom Manuel, cujo teor limitou-se a poucas e tópicas alterações às anteriores (ZAFFARONI, 1999). Mantendo-se a forma dos cinco livros anteriores, modernizando-se a metodologia em títulos e parágrafos, com textos mais concisos, sem grandes mudanças quanto ao aspecto da ideologia punitiva, mantendo-se o Direito Punitivo Português quase inalterado (COSTA, MÁRIO, p. 284).

Em 1595, Dom Filipe I sancionou as Ordenações Filipinas, a última das

²³⁶ (2005).

Ordenações que vigoraram, ainda que sucessivamente alteradas, até as codificações do século XIX, com reflexo intenso no Direito Brasileiro. Registre-se que em 1604, nas leis extravagantes, houve a previsão da pena de galés e a prisão dos vadios.

As Ordenações Filipinas vigoraram até 1830, coincidência em todas as Colônias Portuguesas. O livro V das Ordenações citadas constituem a base embrionária do Direito Punitivo Português, como também do Direito Punitivo Brasileiro, quer no aspecto material, bem como no aspecto adjetivo (penal e processual penal) (CORREIA²³⁷).

4.1.2 CODIFICAÇÕES

Em dezembro de 1852 surge o primeiro Código Penal Português, conforme assevera Figueiredo Dias (2007), marcando o término do Direito Medieval, que se caracterizou pelo suplício dos condenados, em virtude da previsão de penas corporais e predominantemente cruéis. O novo diploma legal inaugurou uma fase diferenciada no Direito Punitivo Português determinando a separação dos presos e prevendo reforma nas prisões, destacando-se a abolição da pena de morte para os crimes civis, sendo Portugal o primeiro país a aboli-la, nesta modalidade. Merece destaque a influência do Código Napoleônico (1810) sobre o diploma legal Português de 1852, que passou a construir em seu bojo a ideia de prevenção geral. O referido diploma Português já se subdividia em parte geral e especial, trazendo penas fixas e outras variáveis, com mínimos e máximos. Também previa a privação à pena de morte, de trabalhos públicos e de prisão perpétua (FIGUEIREDO DIAS²³⁸). Devido à citada influência francesa do Código de 1810, trazia ideias utilitárias e humanitárias contendo princípios atualmente consagrados como o da legalidade (*nullum crimen sine lege*) e da analogia (*in bonam partem*).

O mencionado texto (CP, 1852) foi alvo de reações, seguido de diversas tentativas de reforma nos anos seguintes, sendo que em setembro de 1886 é substituído.

²³⁷ (2004).

²³⁸ (2007).

O Segundo Código Penal Português, surgido em 1886, foi tido como uma verdadeira consolidação de leis, com defeitos pontuados como previsão de leis já revogadas e não contemplação de todo o Direito em vigor contido à época. Acentuava o efeito retributivo, desprezando em muito a prevenção, valendo-se da ideia da gravidade do crime (SILVA²³⁹). Este Código foi muitas vezes reformado enquanto vigeu, tendo previsto, a liberdade condicional e a suspensão da pena, um novo Direito de Menores, dentre outros. Houve reforma em 1954 estabelecendo princípios, como o da individualização da pena e explicitando controvérsias de legislação anterior.

A partir do projeto de um novo Código Penal iniciado em 1961, da lavra do Doutor Eduardo Correia, da Universidade de Coimbra, em 1982 surge um novo Código Penal Português.

Ensina Germano Silva (2001) que o diploma legal de 1982 valorizou os bens jurídicos, creditando, na proteção dos mesmos, a justificativa para intervenção penal, baseada nos critérios da necessidade e subsidiariedade. Valorizando a culpa como fundamento e limite da punição e a humanização das sanções. O Código de 1982 proibiu a pena de morte e de prisão perpétua, restringindo a pena privativa de liberdade a 25 (vinte e cinco) anos em seu máximo. De outro lado, maximizou medidas alternativas ou de substituição ao cárcere, tais como multa, trabalho a favor da comunidade, admoestação e formas mais brandas de execução da pena privativa de liberdade (prisão por dias livres e em medida de semidetenção). Separou sistema de penas do sistema de medidas de segurança, vedando a aplicação cumulativa destas modalidades restritivas.

O mencionado Código ressalta a manutenção dos direitos fundamentais do aprisionado, como os direitos à integridade física, à vida, à saúde, etc. Da mesma forma preserva os direitos sociais e culturais, como o trabalho, cultura, dentre outros.

Uma outra novidade trazida pelo Código de 1982 foi a pena de prisão por dias livres e a semidetenção (Decreto – Lei nº402/82) (CAMPOS²⁴⁰).

Atribui-se um traço eminentemente pedagógico e ressocializador ao sistema traçado pelo Código no que concerne à punição determinando o caráter de *ultima ratio* à pena de prisão, priorizando penas e medidas alternativas distintas do encarceramento. Também traz a multa como pena principal, espaço outrora

²³⁹ (2001).

²⁴⁰ (2010).

reservado somente à pena de prisão, adotando o sistema dos dias de multa, atento às condições econômicas do infrator. Trouxe a pena de admoestação (art. 59) e a de trabalho a favor da comunidade (art. 60), fortalecendo a observância ao respeito à dignidade humana na atuação do sistema punitivo. Eliminou a pena de desterro (art. 65) do Código de 1986. Estabeleceu limites mínimo e máximo para a privação da liberdade (um mês e vinte anos) e foi atualizado em virtude de uma nova contextualização social advinda das mudanças ocorridas com o tempo pelas Reformas Penais de 1995 e de 2007.

A atualização penal de 1995 enfatizou o caráter subsidiário da privação da liberdade, exortando a sua aplicação tão somente em situações excepcionais, preferencialmente para crimes graves, exaltando medidas punitivas outras como regra. Valorizou ainda mais a pena de multa como grande alternativa à prisão. Ampliou a possibilidade da aplicação de trabalho a favor da comunidade e alterou o regime de prova para torná-lo modalidade de suspensão da execução da pena, dando maior caráter ressocializador a esta medida. Diversas alterações foram feitas ao Código de 1995, tais como: Lei nº 07/2000, Lei nº 97/2001, Decreto Lei nº 53/2004, Lei nº 05/2006, entre outras.

A atualização penal de 2007, advinda da Lei nº 59/2007, atualmente vigente, trouxe mudanças no que se refere à duração e contagem de prazos da pena de prisão, mencionando que os mesmos serão aferidos por critérios fixados na lei processual penal e subsidiariamente na lei civil. Também destaca o texto da reforma uma ampliação para hipótese da substituição da pena de prisão por pena de multa ou outra não privativa de liberdade (art. 43), desta feita para o máximo de 01 (um) ano, enquanto o texto legal anterior não excedia a 06 (seis) meses.

De igual modo, foram alteradas e ampliadas questões relativas à prisão por dias livres (art. 45), e o regime de semidetenção (art. 46), que passaram a ser permitidas nos casos de pena de prisão aplicada em medida não superior a 01 (um) ano, quando a redação anterior limitava a 03 (três) meses. A reforma de 2007 também alterou a pena de multa estabelecida no art. 47, passando a fixá-la em um mínimo de 05 (cinco) e um máximo de 500 (quinhentos) euros, devendo o Tribunal observar em sua aplicação sempre a situação econômica e financeira do condenado.

Houve alteração em relação à suspensão da execução da pena de prisão, ampliando-se para 05 (cinco) anos esta possibilidade legal, quando a redação legislativa anterior trazia o máximo de 03 (três) anos, levando-se em conta as

condições de vida, personalidade, conduta, e circunstâncias do agente, introduzindo, ainda, neste tema, por determinação do Tribunal, a possibilidade do apoio dos serviços de reinserção social durante o cumprimento dos deveres impostos ao condenado.

A reforma de 2007 também alterou a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 58, CP), passando a permiti-la quando aplicada a pena de prisão não superior a 02 (dois) anos, dobrando o prazo anteriormente fixado, que era de 01 (um) ano. Ainda sobre esta pena, a reforma trouxe a possibilidade da ampliação da sua suspensão provisória (por motivo de saúde, familiar, profissional, pessoal ou outra), de 18 (dezoito) para 30 (trinta) meses.

No tocante à pena de multa, previu a reforma a possibilidade da substituição desta por uma admoestação, sempre que for aplicada em quantidade não superior a 240 (duzentos e quarenta) dias, ampliando em 100% a quantidade prevista anteriormente, ou seja, 120 (cento e vinte) dias.

Com tais atitudes, a legislação reformista ampliou benefícios legais numa visão progressista e humanista, se adequando às modificações ocorridas no período de duas décadas, procurando acompanhar a evolução do caráter punitivo que busca substituir a ideia de sofrimento pela ideia de censura do comportamento social desviante.

Após esta brevíssima incursão no caráter histórico do sistema punitivo de Portugal, cumpre discorrer, ainda que de maneira célere e não aprofundada, sobre as principais penas em espécie previstas na legislação lusitana.

4.2 PENAS EM ESPÉCIE

O Direito Penal Português elenca os tipos de penas seguindo uma divisão entre penas principais, acessórias e de substituição. As penas principais são aquelas previstas nos respectivos tipos penais e fixadas na sentença penal condenatória independentemente de outras penas. Estas penas são aplicadas em casos de crimes praticados tanto por pessoas singulares quanto coletivas, sendo que para as pessoas singulares estão previstas a pena de prisão e de multa (arts. 41 e 47, CP), e para as pessoas coletivas previstas as penas de admoestação, multa e

dissolução.

As penas acessórias não derivam propriamente de previsão tipológica, mas de decisões judiciais levando em conta o caso concreto e a natureza da infração, o interesse público e as circunstâncias do agente, sendo estabelecidas por ocasião da sentença condenatória em decorrência da aplicação de uma pena principal ou de substituição. Conforme preceitua o art. 65 e seguintes do Código Penal, são penas acessórias a demissão da função pública, a suspensão temporária do exercício de profissões, atividades ou direitos (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p. 163).

As penas de substituição surgem em lugar de uma pena principal privativa de liberdade, derivam de conteúdo político-criminal visando inibir o uso da prisão para os crimes de pequeno e médio potencial ofensivo (pequena e média criminalidade). Estas se subdividem em penas de substituição não detentivas e penas de substituição detentivas, merecendo registro a classificação de Figueiredo Dias, que inclui uma terceira espécie, qual seja, regime de prova, que considera como um marco essencial na luta contra o uso indiscriminado da privação da liberdade (2009, p. 337).

As chamadas penas de substituição em sentido próprio (não detentivas), no Direito Penal Português são: a multa substitutiva da pena de prisão (arts. 43, CP e arts. 489 e 490, CPP); a de suspensão da execução da pena de prisão nas diversas modalidades (arts. 50 a 57, CP e arts. 492 a 495, CPP); a de trabalho a favor da comunidade (art. 58, CP) e a de proibição do exercício de profissão, atividade pública ou privada (art. 43, n. 3, CP).

De outro lado, as penas de substituição em sentido impróprio (detentivas) contemplam o regime de permanência na habitação (arts. 44, CP; art. 47, CPP e lei nº 33/2010); a prisão por dias livre (arts. 45, CP; art. 487, CPP e art. 125, CE) e o regime de semidetenção (art. 46, CP; art. 487, CPP e art. 125, CE).

Ressalte-se que o traço comum entre as diversas penas de substituição se constitui na ideologia distinta do encarceramento, ainda que derivem da aplicação da pena de prisão (SILVA, Germano Marques da, 1999).

Para efeito deste trabalho, importa uma incursão ainda que breve acerca de algumas penas em espécie consideradas importantes para o sistema punitivo Português, o que doravante se impõe sem a tarefa de uma abordagem minuciosa ou menção específica a todas as penas ou restrições previstas pelo sistema punitivo de Portugal.

4.2.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A legislação portuguesa vigente estipula a pena de prisão como única modalidade do gênero privação da liberdade, decisão esta festejada por diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, fixando o mínimo de 01 (um) mês e o máximo de 20 (vinte) anos, não podendo exceder a 25 (vinte e cinco) anos, nos casos previstos em lei (art. 41), devendo ser executada de modo contínuo, salvo disposições legais em contrário, considerando seu cômputo a partir de indicativos estabelecidos na lei processual penal e subsidiariamente na lei civil, ressaltando o objetivo primordial da proteção de bens jurídicos e também a reintegração do recluso à sociedade, fundamentada na medida da culpa do sentenciado.

A classificação legal em Portugal capitula as penas sob a definição de penas principais e penas acessórias, conforme se infere dos arts. 41, 47, 65 a 69 do Código Penal. Segundo Germano Marques da Silva²⁴¹, consideram-se penas principais, aquelas que podem diretamente ser aplicadas e que constam das normas incriminadoras, sendo no Direito Português previstas tão somente a pena de prisão e a pena de multa. Já as denominadas penas acessórias, são as que só podem ser aplicadas em conjunto com uma pena principal e dependem da presença de determinadas circunstâncias no cometimento do delito, desde que não sejam elementos constitutivos do crime.

Para o Direito Português a privação da liberdade (pena principal) é o último recurso de que lança mão o Estado para enfrentar o fenômeno da criminalidade, constituindo caráter temporário, não existindo na modalidade da prisão perpétua. Classifica-se em de curta, média e longa duração, considerando um máximo de 06 (seis) meses e de 03 (três) anos, e além desse limite respectivamente (FIGUEIREDO DIAS, 2009, p.106).

A execução da pena de prisão obedece aos ditames de uma legislação autônoma, conforme determina o art. 42 do Código Penal vigente, autonomia esta assentada no Decreto – Lei nº 265/79, modificado pelo Decreto – Lei nº 49/80, textos que regulam a execução penal em Portugal.

A legislação relativa à Execução Penal assegura a posição do recluso como

²⁴¹ (1999).

sujeito da execução e não mais como objeto desta, uma vez que o mencionado Decreto – Lei textualmente afirma que o preso mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e da segurança do estabelecimento, afirmando, também, os direitos ao trabalho, aos benefícios da segurança social, acesso à cultura, dentre outros, como destaca Figueiredo Dias²⁴².

Convém registrar que a reforma prisional de 1979 (Decreto – Lei ° 265/79), posteriormente alterado pelo Decreto – Lei nº 48/80 e Decreto – Lei nº 414/85 envereda por uma gama de temas relacionados à execução da pena privativa de liberdade, tratando não apenas das finalidades da execução penal, da posição do recluso na execução da pena, mas também do trabalho prisional, da assistência médica, da assistência espiritual, das licenças de saída da prisão, da segurança prisional, dentre outros.

Tais medidas, capitaneadas pelo Prof. Edmundo Correia tornaram-se destaque no direito prisional europeu, coincidentes com as leis italiana (1975), alemã (1976) e espanhola (1979), caracterizadas pelos vínculos com os ditames constitucionais. Um dos principais vieses residiu no princípio da reinserção social do recluso, cujo art. 9º explicita, invocando a importância da adequação da execução da pena às necessidades ressocializadoras do recluso.

Como derivação de tal comando legislativo, surgiu o Instituto de Reintegração Social, criado pelo Decreto – Lei nº 319/82, cuja competência é desenvolver as atividades de serviço social prisional e pós-prisional, além de implementar as medidas penais não institucionais existentes ou que venham a ser consagradas na lei, relativamente a delinquentes imputáveis e inimputáveis (art. 2º), tendo sido aprovada, na sequência, a primeira lei orgânica deste Instituto pelo Decreto – Lei nº 2004/83. Outro destaque merece o Decreto-Lei nº 401/82, que criou o regime penal especial aplicável a jovens adultos, maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos, prevendo a privação da liberdade por curtos períodos, embora não se tenha notícia da efetividade de tal previsão legal.

No censo populacional de 2012 Portugal possuía em torno de 10.400.000 (dez milhões e quatrocentos mil habitantes) e no ano de 2013, aproximadamente 14.000 (catorze mil) presos, entre provisórios e condenados (A muralha de ferro que anula a

²⁴² (2009, p.111): “[...] à cultura e ao desenvolvimento integral da personalidade”.

cidadania do homem como preso/ SANTANA, Ivana Silva de. - Lisboa, 2014).

Outra classificação citada à limitação do direito de ir e vir oriunda de imposição penal é a chamada pena restritiva de liberdade, atribuída comumente a situações onde, embora não haja a privação absoluta da liberdade, cerceia-se de alguma maneira o uso autônomo deste bem maior. No Direito Português podem ser consideradas restritivas de liberdade qualquer das penas que condicionem a liberdade física, como é o exemplo da suspensão da execução da pena prevista nos arts. 50 a 57 do Código Penal, conforme orienta Germano Marques da Silva, 1999.

4.2.2 PENA DE MULTA

Prevista no art. 47 do Código Penal, a pena pecuniária (pena de multa) é fixada em dias, conforme o art. 71 do mesmo diploma legal, tendo como limites mínimo e máximo 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias. O valor de cada dia – multa é arbitrado no caso concreto pelo Tribunal, levando em conta a situação econômica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais, observando-se um mínimo de 05 (cinco) e um máximo de 500 (quinhentos) euros para cada dia. Também pode haver o parcelamento da multa em prestações que não ultrapassem 02 (dois) anos após a data que passar em julgado a condenação. De igual modo, é possível o pagamento da multa em um prazo não excedente a 01 (um) ano, caso a situação financeira do acusado se justifique, desde que o Tribunal autorize.

Esta pena, que goza de status de pena principal foi muito incentivada no bojo da reforma penal de 1982 (art. 71, CP), no intuito de minimizar a aplicação da pena privativa de liberdade, a ponto de merecer comparação com o incentivo dado à própria prisão como alternativa às penas corporais na fase iluminista (FIGUEIREDO DIAS²⁴³).

A confiança depositada pelo legislador português na ampliação da pena de multa frente à utilização da pena de prisão decorre da clara constatação da crise porque passa a privação da liberdade de curta duração em praticamente todos os países.

²⁴³ (2009).

A fixação em dias – multa é tida como uma iniciativa da legislação portuguesa entre os países da Europa, prevista inicialmente no Código Penal de 1852 em virtude da influência do Código Criminal do Império do Brasil de 1830, que já o consagrava em seu art. 55 (FIGUEIREDO DIAS²⁴⁴).

O Código Português de 1982 divorcia-se da ideia da multa como coadjuvante e a coloca como atriz principal em detrimento da pena de prisão para a chamada pequena e média criminalidade, reconfigurando o sistema, alargando o seu espectro de incidência, permitindo a sua aplicação tanto como pena principal quanto como pena substitutiva.

A pena pecuniária é de natureza personalíssima como de resto qualquer outra sanção penal, recaindo sobre a figura do próprio condenado. Fundamenta-se, no dizer de Figueiredo Dias²⁴⁵, em prevenção positiva, de conformidade com a culpa do agente.

Entre as diversas vantagens verificadas na aplicação da pena de multa pode ser citada a manutenção do condenado em meio livre, distante de todas as mazelas existentes na prisão, impedindo o rompimento dos laços sociais e familiares do apenado, evitando os efeitos criminógenos que a pena privativa de liberdade impregnam no recluso, além da forte estigmatização. Uma outra característica benéfica, costumeiramente acentuada, reside na economia para os cofres públicos dos custos relativos a recursos humanos, administrativos e financeiros, haja vista que a multa implica em receita para o Estado.

Das principais inconveniências suscitadas quanto a esta forma de punir, ressalta-se a desigualdade socioeconômica entre as pessoas em virtude de uma sociedade marcada por imensos traços diferenciais (pobres e ricos), o que torna a multa um instrumento de injustiça penal. Contudo, a pena de prisão não pode se isentar da mesma crítica, haja vista que predomina no cárcere a presença daqueles cidadãos de menor condição socioeconômica.

Uma outra crítica destaca as consequências negativas sobre a família do infrator em face da incidência sobre os rendimentos do condenado, o que acarreta a deterioração de sua condição econômico-financeira, refletindo a pena para além do condenado. Da mesma maneira, não se pode negar os fortes efeitos causados pela

²⁴⁴ (2009)

²⁴⁵ (2009, p.119): “na prevenção geral positiva limitada pela culpa do agente”.

privação da liberdade sobre a família do recluso.

Critica-se a eficácia geral preventiva da pena de multa, quando comparada à pena de prisão, tendo em vista aproximar-se a multa, que constitui pagamento em pecúnia, mais da ideia de relativização da punição (impunidade).

A multa possui um largo campo para aplicação, cominada cumulativamente com a privação da liberdade ou até mesmo como única pena aplicável (pena autônoma), principalmente na legislação portuguesa que trata das contravenções, além de poder figurar como pena de substituição não detentiva (art. 43, CP), conforme já acentuado.

Quanto à execução da pena de multa, caso esta não seja paga voluntariamente nos moldes legais, ocorre de forma constrictiva, após a notificação para tanto, incidindo a execução sobre os bens do condenado, nos termos do art. 488 do CPP, caso o tribunal tenha conhecimento da existência de tais bens.

Na hipótese do inadimplemento da multa imposta, seja na forma voluntária ou em virtude da ausência de bens do condenado para a forma coercitiva (execução), podendo o condenado exercer atividades laborativas, a multa pode ser substituída total ou parcialmente por dias de trabalho junto a obras públicas, no intuito de afastar, sempre que possível, a incidência da privação da liberdade pelo descumprimento da multa.

Nos casos extremos, quando a multa não for paga e não for possível a sua substituição por dias de trabalho, esta será convertida em prisão subsidiária (art. 49, CP), tendo como base o tempo correspondente à multa, com redução de 2/3, independentemente de previsão da pena de prisão para o crime cometido. A prisão sucedânea, conforme denominação utilizada por Figueiredo Dias, 2009, obedece a limites, cujo mínimo é de 06 (seis) e o máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias. Esta imposição da prisão pode ser evitada ou interrompida desde que o condenado pague parcialmente ou totalmente a multa que lhe fora imposta.

A possibilidade de suspensão da chamada prisão sucedânea acontece quando demonstrada a impossibilidade total tanto para o adimplemento da pena pecuniária (multa), quanto para o cumprimento da pena de dias de trabalho, hipótese em que se aplica o disposto no art. 49.º-3, suspendendo-se a execução da prisão sucedânea por um período de 01 (um) a 03 (três) anos, impondo-se ao condenado deveres ou regras de conduta de conteúdo não econômico ou financeiro que descumpridos, restabelecem a prisão sucedânea e cumpridos implicam na extinção da pena.

Noticia Figueiredo Dias, 2009, que a pena de multa no Direito Português ainda se encontra distante do objetivo almejado, qual seja, fazer frente a aplicação da pena privativa de liberdade, pois registra que embora as estatísticas revelem uma aplicação próxima de 42% dos casos de condenação, a pena de prisão é aplicada em cerca de 54% dos referidos casos. Também o festejado autor lusitano menciona que em países como a Alemanha, o Japão, a Suíça ou a Suécia, já há muitos anos a multa representa 80 a 95% da totalidade das condenações impostas.

Cabe destacar que a legislação portuguesa difere da legislação brasileira, no que diz respeito à possibilidade da conversão da multa imposta e não paga em prisão. A legislação brasileira veda absolutamente a conversão de qualquer espécie de multa penal em privação da liberdade (art. 51, Código Penal brasileiro), ainda que descumprida a multa de forma voluntária. Isto ocorre por força do reconhecimento pelo Direito brasileiro da multa não paga como dívida de valor e por conseguinte, de caráter não penal, impossibilitando o uso da prisão. Este tema é tratado especificamente no capítulo V.

4.2.3 PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

Conforme já destacado, as denominadas penas de substituição são impostas em lugar de uma pena principal, privativa de liberdade, atendendo a critérios de conteúdo político-criminal, sendo classificadas como penas de substituição não detentivas e penas de substituição detentivas, assim já referidas. O primeiro grupo mencionado compõe-se da pena de multa substitutiva (art.43, CP), do trabalho a favor da comunidade (art. 58, CP), da proibição do exercício de profissão, função e atividade pública ou privada(art. 43, n.3, CP) e as hipóteses de suspensão da execução da pena de prisão (art.50 a 57, CP). O segundo grupo compõe-se do regime de permanência na habitação (art. 44, CP); da prisão por dias livres (art. 45, CP) e do regime de semidetenção (art. 46, CP).

4.2.3.1 PENA DE MULTA SUBSTITUTIVA DA PENA DE PRISÃO

Esta sanção penal insculpida pelo art. 43, n. 1 e 2, de natureza pecuniária, embora regulada nos termos do art. 47 e seguintes do Código Penal, não se confunde com essa, haja vista tratar-se de pena a ser aplicada independentemente da previsão abstrata no tipo penal respectivo, em situações onde a pena de prisão aplicada não é superior a 01 (um) ano.

A multa substitutiva é a regra para os casos nos quais se enquadra, sendo afastada excepcionalmente quando houver a exigência da imposição da prisão pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes (art. 70, CP).

Esta orientação legal norteia a atitude dos tribunais para a aplicação das penas, priorizando a substituição para a pequena e média criminalidade, salvo impossibilidade de fazê-lo, atendendo a fundamentos de prevenção geral e especial.

Ultrapassada a fase da assimilação do quanto imposto pela política criminal desencarcerizadora, esposada pelo legislador penal, cumpre ao Estado-Juiz construir a quantificação necessária e suficiente da pena de multa a ser aplicada no caso concreto, de acordo com os ditames do art. 47 e seguintes do Código Penal, no que diz respeito ao cálculo do dia-multa (quantidade e valor), observando sempre a situação econômica e financeira do condenado e os seus encargos pessoais.

Constata-se, por vezes, que tanto as baixas condições socioeconômicas do condenado quanto a atitude voluntária de inadimplemento ou o alongamento dos procedimentos judiciais e a ampliação da utilização de serviços públicos de assistência e reinserção social, constituem fatores dissuasivos para efetividade da pena de multa. Contudo, a despeito de tais situações, estas não devem justificar a não utilização da pena de multa de substituição, haja vista que, ainda assim, apresenta-se a pena de multa como medida menos afliativa e mais amoldada aos princípios constitucionais que norteiam as sanções penais modernamente, como se infere do largo ensinamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Registre-se, ainda, o disposto no art. 18, da CRP, que explicita o princípio da preferência pelas reações criminais não detentivas face às privativas de liberdade.

Um outro tema importante a merecer análise quanto à pena de multa de substituição é o do critério de conversão dos dias de prisão em dias de multa. Sobre o tema, vale ressaltar que sob a vigência do Código de 1982, a simples correspondência dia – a – dia encontrava dificuldade em operar-se, pois a previsão como limite de dias – multa era de 300 (trezentos) dias, o que ensejava uma interpretação voltada para o aspecto normativo e não aritmético, conforme

observava Figueiredo Dias, 2009.

A partir da revisão de 2007, foi ampliada a aplicação da pena de multa para 360 (trezentos e sessenta) dias, bem como alargada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa para até 01 (um) ano de prisão.

Embora não houvesse previsão expressa para um critério de correspondência dia-a-dia, e, parte da doutrina assim entenda (GONÇALVES, Jorge Baptista, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Revista do Cej, 1º Semestre 2008, Número 8, A revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares), predomina o entendimento doutrinário (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada outubro de 2010, Universidade Católica, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime, Lições para os alunos da disciplina do Direito Penal III, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010-2011*) e jurisprudencial (Ac. TRC, de 24.04.2012, que no seu sumário dispõe: <<A substituição da pena de prisão por pena de multa, prevista no art. 43, n. 1, do C. Penal, é feita por igual número de dias multa>>), no sentido da aplicação de equivalência entre os dias de prisão e de multa.

O descumprimento da pena de multa de substituição é matéria que ocupa espaço de controvérsia no direito português, pois a prescrição do art. 43 orienta que no caso do não pagamento da multa pelo condenado este cumprirá a pena privativa de liberdade determinada na sentença condenatória nas situações em que este descumprimento for considerado culposos, pois, caso contrário a regra a ser aplicada é aquela estipulada no art. 49 (suspensão da execução da prisão subsidiária com imposição de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro).

No entanto, não previu o legislador, de forma expressa, compensação da parcela da multa eventualmente já paga em relação à prisão a ser executada pelo Estado, trazendo à tona uma situação onde o condenado pode acabar por cumprir a pena em demasia, pois além da multa já paga, mesmo que parcialmente, pode suportar a prisão em sua totalidade, configurando um excesso punitivo, indo de encontro à política criminal e aos princípios constitucionais, mais especificamente o da proporcionalidade. A situação evidencia-se, ainda mais, constatada a previsão desta compensação, quando se trata de outras formas de penas de substituição não

detentivas, a exemplo do trabalho a favor da comunidade (art. 59, CP), entre outras.

Assim, tem-se uma posição divergente na doutrina e jurisprudência portuguesa, pois, para alguns, a ausência de previsão legal desta compensação implica dizer que ela não se opera. Para outros, ao contrário, ainda que ausente esteja a previsão literal no texto legal, a compensação há de se aplicar por força do que dispõem os arts. 80 e 81, do Código Penal, que tratam da matéria de forma ampla e genérica, estabelecendo a compensação entre penas aplicadas e cumpridas, como regra penal, inclusive com alcance extensivo a penas cumpridas no estrangeiro.

No Direito Brasileiro, a regra geral é de observância do desconto ou compensação daquilo que já se cumpriu de pena substitutiva em relação à pena a ser cumprida de privação de liberdade, nas situações de eventual descumprimento da substitutiva.

Esta regra é estabelecida nos arts. 42 e 44, § 4º, do CP Brasileiro, cujo respectivo instituto denomina-se Detração Penal.

Com relação ao descumprimento da pena de multa, seja a multa originária do tipo penal (pena autônoma) ou a multa decorrente de substituição (pena substitutiva), não existe a possibilidade de conversão em qualquer outro tipo de pena, pois no Brasil a multa é considerada dívida de valor e descumprida só enseja a execução, em procedimento civil, cujo enfoque concentra-se na busca do patrimônio do sentenciado, como se depreende do disposto no art. 51, do CP Brasileiro, cuja redação foi dada pela lei nº 9.268/96, conforme já mencionado. (*art. 51 – Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa a dívida ativa da fazenda pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*)

4.2.3.2 PENA DE PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO, FUNÇÃO OU ATIVIDADES PÚBLICAS OU PRIVADAS

Com previsão no art. 43 do CP, nos casos de aplicação de pena de prisão não superior a 03 (três) anos, encontra-se a possibilidade de substituição pela proibição do exercício de profissão, função ou atividades públicas ou privadas por um período

de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, desde que o crime praticado se vincule ao exercício respectivo de tais atividades ou profissões, quando o Tribunal entender que esta substituição é suficiente e adequada para os fins da punição.

Esta pena tem origem anterior à reforma de 2007, na modalidade de pena acessória, contudo, na moldura que ora se apresenta, deriva da legislação penal em vigor e se vincula a crimes cuja prática ocorre no exercício próprio de uma profissão, função ou atividade, portanto possui um universo restrito de aplicação.

Esta modalidade punitiva levanta uma discussão interessante, pois possibilita a ideia de conflito entre a punição e o livre exercício de atividades ou profissões, ou seja, se o conteúdo da restrição imposta pelo Estado limita ou impede o exercício da profissão, função ou atividade desempenhada pelo indivíduo, com reflexos substanciais nos direitos básicos da cidadania (trabalho, subsistência, patrimônio, livre-iniciativa, etc), como harmonizá-los?

Ocorre que, a despeito de tais indagações, cujas respostas não podem ser dadas de maneira simplista, registre-se que questionamentos quanto à constitucionalidade desta sanção podem ser afastados com a análise do disposto nos arts. 47.º-1 e 61.º-1, CRP, que sufragam o livre exercício de profissões, atividades ou funções públicas ou privadas, contudo, ressalvando as limitações impostas por lei.

Esta modalidade de pena substitutiva trata de fatos ocorridos no manejo das profissões, atividades ou funções, fatos estes que se emolduram sob a etiqueta penal, portanto definidos como crimes, merecedores da censura punitiva do Estado. Acrescente-se, ainda, que esta forma de punir se revela menos contundente que a pena de prisão imposta originariamente, cuja execução priva, por óbvio, o indivíduo, não só do exercício de sua profissão, atividade ou função pública ou privada, mas de todos os outros direitos inibidos pela prisão.

Trata-se de pena cuja aplicação se dá com o atributo da autonomia, vale dizer, sem a necessidade de correspondência aritmética em relação ao tempo de prisão fixado na sentença que origina a substituição. Significa dizer que a aplicação desta pena de substituição, tem o seu cômputo regulado pelos critérios fixados no art. 71, do Código Penal Português, que elenca razões fundadas na culpa do agente, nas exigências de prevenção, no grau de ilicitude do fato, etc, embora existam posição minoritária defendendo o contrário, como a de Albuquerque e Antunes, afirmando a necessidade de vinculação ao quantum da privação da liberdade imposta

(ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada outubro de 2010, Universidade Católica, ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime, Lições para os alunos da disciplina do Direito Penal III*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010-2011).

Esta pena de substituição busca reforçar a ação do Estado em defesa da sociedade nas situações onde a prática criminosa atinge uma confiança geral necessária ao exercício da função, profissão ou atividade pública ou privada (FIGUEIREDO DIAS, 2009).

As hipóteses de descumprimento da pena de proibição do exercício de profissão, função ou atividades públicas ou privadas permitem uma celeuma quanto à correspondência dos dias da pena de substituição com relação à pena de prisão substituída. Isto se dá em decorrência do disposto no art. 43, n. 5 e 7 do CP, que estabelece para as situações de descumprimento, a imposição da prisão determinada na sentença, observando-se o tempo de proibição já efetivamente cumprido, ou seja, procedendo-se o desconto.

Para alguns, que defendem a correspondência entre o tempo de prisão e o tempo de proibição, se justifica nas hipóteses de descumprimento o mesmo raciocínio, qual seja, impor a prisão na quantidade de dias equivalente ao que restava a cumprir quando da interrupção do cumprimento da pena de substituição, ressalvado o limite de dias da pena de prisão imposta. Em um exemplo, havendo a condenação a 02 (dois) anos de pena privativa de liberdade, substituída por 02 (dois) ou mais anos, por uma pena de proibição do exercício de profissão, função ou atividades públicas ou privadas, descumprida esta última, após 01 (um) ano, restaria de prisão a cumprir, no máximo 01 (um) ano.

Para outros, esta forma de pensar compromete as finalidades da pena substitutiva, pois a prevalecer este raciocínio de correspondência aritmética, sempre que o condenado, que estivesse cumprindo pena substitutiva por um período que excedesse a pena privativa de liberdade imposta poderia provocar intencionalmente o seu descumprimento, pois em assim o fazendo, originaria a extinção da punição, haja vista que, atingindo o máximo da privação da liberdade imposta, não haveria saldo de pena a cumprir. Em um exemplo, um condenado a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, substituída por 04 (quatro) anos de pena de proibição do exercício de profissão, função ou atividades públicas ou privadas, ao completar

02 (dois) anos de efetivo cumprimento da pena de substituição, intencionalmente interromperia o seu cumprimento, pois provocaria a extinção da punibilidade, mesmo só tendo cumprido metade da pena de substituição imposta, violando as finalidades da pena.

Na tentativa de dirimir tal controvérsia, o art. 43, n. 8 do CP, dispõe que para efeito do desconto relativo à quantidade de pena de substituição cumprida incidente sobre a quantidade de pena de prisão a cumprir, cada dia de prisão equivale ao número de dias de proibição que lhe corresponder proporcionalmente nos termos da sentença. Assim, predomina o raciocínio insculpido nos arts. 71 e seguintes, do Código Penal Português, de caráter genérico, que considera entre outros elementos (todas as circunstâncias do agente, o grau de ilicitude do fato, a intensidade do dolo ou da negligência, etc). Desse modo, predomina, em relação ao desconto, nas situações de descumprimento, a previsão do art. 43, n. 8 do CP, devendo ser desprezada a ideia de correspondência aritmética.

No Direito Brasileiro, a exemplo do Direito Português, o legislador buscou dotar as penas de substituição de caráter coercitivo, dispondo, em regra, que nas hipóteses do seu descumprimento injustificado, ocorre a conversão da pena substitutiva na pena privativa de liberdade originariamente imposta (art. 44, CP Brasileiro).

Quanto às hipóteses de descumprimento injustificado, a regra da quantidade de pena a ser cumprida, obedece preponderantemente à correspondência aritmética à pena privativa de liberdade originária, diferentemente do Direito Português, ressaltando o legislador brasileiro um saldo mínimo de 30 (trinta) dias, saldo este que suscita larga discussão de inconstitucionalidade na doutrina e jurisprudência brasileira. Temática abordada no capítulo V deste texto.

Discute-se a eficácia da pena de proibição do exercício de profissão, função ou atividades públicas ou privadas, pois, para alguns, a restrição ao exercício acaba por contribuir para a dessocialização do infrator, que além de deixar de exercer seu ofício, colhendo as consequências profissionais, emocionais e econômicas de tal situação, pode se aproximar da adoção de comportamentos sociais desviantes (ilícitos), próprios da exclusão social, até mesmo pela necessidade de subsistência (*As penas de substituição não detentivas* / TORRES, Eugénia Maria Paiva. - Porto, 2012).

Um outro questionamento critica a previsão desta pena como de substituição

(Lei nº 59/2007), tendo em vista que já havia a previsão das restrições elencadas, na modalidade de regras de conduta, quando da aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, trazendo a reforma de 2007, novidade pouco útil.

Por derradeiro, questiona-se a pouca aplicabilidade concreta de tais sanções substitutivas. Muitas vezes os crimes cometidos com a possibilidade de aplicação destas sanções acabam por gerar procedimentos administrativos próprios que implicam em demissões ou cassações de registros que, consequentemente, inviabilizam a concretização destas modalidades de sanções.

Todavia, cabe frisar que a tentativa do legislador português ao prever sanções cujo propósito é alargar o leque de opções punitivas, procurando oferecer alternativas à privação da liberdade, como um caminho a ser perseguido na busca de um Direito Penal mais humanizado, deve ser sempre aplaudida, ainda que necessite, aqui e ali, ser aperfeiçoada.

4.2.3.3 PENA DE PRESTAÇÃO DE TRABALHO A FAVOR DA COMUNIDADE

A pena de prestação de trabalho a favor da Comunidade é, ao lado da pena de multa, uma das alternativas à prisão mais utilizadas por todo o planeta, na tentativa de fazer frente à criminalidade de pequeno e médio porte, evitando-se os efeitos nocivos do cárcere.

O direito penal português, comungando deste espírito progressista e humanitário, conta com a previsão legal em seu art. 58, n. 1, desta modalidade punitiva, para as hipóteses de substituição de uma pena de prisão aplicada até o limite de 02 (dois) anos, significando a prestação, pelo condenado, de serviços voluntários e gratuitos, seja ao Estado ou a outras pessoas coletivas de direito público ou a entidades privadas (art. 58, n. 2), cujos fins o Tribunal considere de interesse da comunidade, desde que, se possa concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente às finalidades da punição, exortando-se a natureza preventiva e socializadora desta sanção, que para se operar necessita do consentimento do sentenciado (art. 58, n. 5).

A exigência mencionada acerca do consentimento do sentenciado para a

concretização desta pena invoca o caráter subjetivo inerente à responsabilidade que todos têm para com o coletivo social que se viu atingido com a conduta infratora praticada pelo sentenciado. Assim, oportuniza-se uma restauração, pelo trabalho, dos laços rompidos com a infração. Esta sanção é dotada de um componente simbólico essencial para a realização das finalidades das penas, qual seja, a preservação do vínculo do penitente com a sociedade, família, atividades profissionais e econômicas, mantendo a integração social, sempre perquirida pelo Direito Penal.

No que concerne ao tempo de trabalho a favor da comunidade, a legislação portuguesa prescreve que cada dia de prisão fixado na sentença condenatória é substituído por 01 (uma) hora de trabalho até o máximo de 480 (quatrocentos e oitenta) horas (art. 58, n.3, CP).

Percebe-se que ao fixar o limite acima citado, o máximo de horas trabalhadas equivale a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, o que, com o objetivo de evitar um grande número de horas de trabalho acaba-se por nivelar todos os sentenciados, ainda que a estes tenham sido aplicadas penas distintas, o que se critica, pois a previsão legal anterior a 2007 indicava um mínimo e máximo a ser observado pelo Juiz em cada situação concreta.

No Direito Brasileiro, há a previsão da pena de prestação de serviços à comunidade no art. 46, do Código Penal, para as hipóteses de pena privativa de liberdade aplicável às condenações superiores a 06 (seis) meses. De igual modo, os serviços são prestados a entidades públicas ou de caráter assistenciais, como orfanatos, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, observando-se as aptidões do sentenciado e, atribuindo-se a razão de 01 (uma) hora de tarefa por dia de condenação à prisão.

No entanto, diferentemente do Direito Penal Português, no Brasil não há limite taxativo da quantidade de horas do trabalho a favor da comunidade, embora se possa cogitar de um limite por ocasião do máximo da pena privativa de liberdade, cuja substituição se admite, qual seja, 04 (quatro) anos (art. 44, I, CP brasileiro). Donde se conclui que este limite máximo equivale a 1.460 (mil quatrocentos e sessenta) horas. Temática abordada no capítulo V deste trabalho.

Um outro ponto a ser destacado, diz respeito à preocupação do legislador português com a forma de cumprimento das horas de trabalho a favor da comunidade, que deve priorizar os sábados, domingos e feriados, e ocorrendo em

dias úteis não podem prejudicar a jornada normal de trabalho do sentenciado.

Quanto à possibilidade de impor-se regras de conduta e até sujeição a tratamento médico na aplicação da pena de trabalho a favor da comunidade (trazida pela Reforma de 2007), a despeito do caráter inovador, alguns aspectos são pontuados pela doutrina como a dificuldade ante a necessária continuidade que os tratamentos exigem, não se podendo cobrar do penitente além daquilo que estritamente contém a sanção imposta (ALBUQUERQUE²⁴⁶).

Um dos pontos fortes para o sucesso desta modalidade punitiva consiste na articulação com a área de reinserção social do Estado, assim como com a rede de entidades, nas quais o indivíduo efetivamente cumprirá sua pena, devendo ser observada a gama de aptidões do penitente e a adequação às características do local determinado.

O descumprimento da pena de trabalho a favor da comunidade foi tratado pelo legislador de 2007, elencando as hipóteses em que este descumprimento se dá, ou seja, de forma voluntária ou involuntária.

Quando o descumprimento decorre de questões alheias à vontade do agente, tais como de ordem médica, familiar, profissional, social ou outras, de natureza grave, permite a legislação a suspensão provisória da pena por um tempo que não excede a 30 (trinta) meses (art. 59, CP).

Se o descumprimento ocorre em função de causas que não podem ser atribuídas ao sentenciado, como uma doença superveniente ou um mal prolongado, bem assim a ausência de entidades para o cumprimento da pena, etc, prevê a legislação a possibilidade de substituição da pena de prisão da sentença por multa de até 240 (duzentos e quarenta) dias ou até mesmo a suspensão da sua execução por um tempo que pode variar de 01 (um) a 03 (três) anos, com imposição de deveres ou regras de conduta adequadas (tudo conforme art. 59, CP).

Outra situação é a do descumprimento por vontade própria do penitente sem justificativa para tanto. Nesta senda, a legislação prevê a revogação da pena de substituição imposta e por via de consequência, o restabelecimento da pena privativa de liberdade determinada na sentença, devendo-se para tanto, proceder a operação do desconto da quantidade de pena já devidamente cumprida, na modalidade de trabalho a favor da Comunidade. Esta operação obedece ao

²⁴⁶ (2010).

regramento contido no art. 58, n. 3 do CP, ou seja 01 (uma) hora de trabalho para cada 01 (um) dia de prisão.

O denominado incumprimento culposo pode ocorrer, segundo ensina Eugénia Maria Paiva Torres, 2012, em decorrência de 04 (quatro) situações. A primeira quando intencionalmente o penitente se coloca em condições de não poder trabalhar, revelando comportamento enquadrado nos termos do art. 24 do CP, sobre o princípio da *actio libera in causa*. A segunda situação apresenta-se na atitude pura e simples da recusa do sentenciado à prestação do trabalho imposta, desprovida de motivação e justa causa, desde que assim reconhecida diretamente pelo respectivo Tribunal, não sendo suficiente tal reconhecimento apenas pelo estabelecimento público ou privado beneficiário do trabalho. A terceira situação descrita pela mencionada autora, refere-se à violação dos deveres próprios à prestação do trabalho, inerentes a todo trabalhador, tais como respeito, hierarquia, pontualidade, zelo, produtividade, etc, e/ou as regras de conduta legalmente previstas no art. 58 do CP, o que, por via de consequência implica em uma prestação insatisfatória do trabalho e rompimento dos deveres da pena. A última situação tem caráter objetivo, traduzido na prática de um crime posteriormente a uma condenação, significando o fracasso da punição quanto a suas finalidades.

O que se percebe das causas legais apontadas como motivos para revogação da pena de prestação do trabalho a favor da comunidade é que estas estão lastreadas no fracasso, no caso concreto, da busca pela prevenção, em identidade com a motivação da revogação das demais penas de substituição.

Prossegue a citada autora chamando atenção para a baixa aplicação da pena de prestação do trabalho a favor da comunidade em Portugal, embora tenha ampliado o seu número após a reforma de 2007. Esta forma de punir costuma ser mais aplicada nas infrações penais contra segurança das comunicações e contra propriedade e integridade física, segundo se observa do (FACULDADE DE ECONOMIA, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2009).

A pena de prestação do trabalho a favor da comunidade se constitui numa das formas mais abrangentes de punição moderna, tendo em vista o amplo caráter de prevenção geral e prevenção especial positiva que ela contém, reforçando os laços entre infrator e sociedade, se mostrando útil como sanção ao corpo social, na medida em que a essência da pena é revertida concretamente para a sociedade atingida pelo crime pelo benefício decorrente do trabalho prestado (pena).

Outra constatação bastante positiva na aplicação da pena de prestação do trabalho a favor da comunidade se dá nos casos de crimes cometidos pela chamada criminalidade jovem, consistente em indivíduos ainda em formação e com traço amplo de exclusão social, com potencialidade maior para a recidiva criminal, onde os efeitos desta sanção tem se operado de forma extremamente satisfatória, com alto índice de inserção e reinserção social.

4.2.3.4 PENA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE PENA DE PRISÃO

Esta modalidade punitiva se revela no Direito Português como aquela que possui maior importância no rol das chamadas penas de substituição, principalmente pelo amplo espectro de sua atuação, pois alcança tanto penas de pequena, quanto de média duração, atingindo a chamada baixa e mediana criminalidade, pois conforme dispõe o art. 50 do CP, a medida pode alcançar condenações a pena de prisão de até 05 (cinco) anos.

O raciocínio jurídico contido nesta pena tem origem no *sursis* franco-belga, que encontrou em Portugal um dos seus primeiros adeptos em 1893 (Lei de 06 de julho), cujo fundamento é a prevenção especial positiva decorrente da coação exercida pela ameaça da privação da liberdade que paira sobre o infrator, caso descumpra as regras de suspensão impostas. O instituto é largamente aplicado por todo o planeta com viés de reintegração social agudo, componente educativo e corretivo e alto índice de efetividade.

Esta pena se apresenta em 02 (duas) modalidades, conforme traga ou não encargos adjacentes, sendo denominadas como: a) simples (art. 50,º -1, CP); ou b) com imposição de deveres ou observância de regras de conduta ou acompanhada de regime de prova (art. 50, º -2, CP) (DIAS, Figueiredo, 2009).

Denomina-se *com imposição de deveres*, quando acompanhada da fixação de regras de conduta destinadas a facilitar a sua reintegração na sociedade, conforme lição de Germano Silva (1999). Entre os deveres direcionados à reparação dos prejuízos e afetações causadas pelo ato infracional, elenca o art. 51, do CP, o pagamento de indenização ao lesado, a satisfação moral adequada à vítima, ou a entrega a instituições públicas ou privadas de cunho social, de valores equivalentes

aos danos causados pelo crime, sempre observadas as condições socioeconômicas e pessoais do infrator. Os referidos deveres podem ser alterados até o fim do período de suspensão, havendo circunstâncias supervenientes de caráter relevante reconhecidas pelo Tribunal..

Entre as regras de conduta previstas estão: não exercer determinadas profissões; não frequentar certos meios ou lugares impróprios à condição do suspenso; não frequentar certas associações ou não participar de certas reuniões; apresentar-se periodicamente perante o tribunal, o técnico de reinserção social ou entidades não policiais e a já mencionada sujeição a tratamento médico em instituição adequada, sempre com o consentimento prévio do condenado.

A revisão de 2007 alargou a possibilidade da aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, permitindo a sua incidência nos casos de até 05 (cinco) anos de prisão determinados na sentença, o que foi aceito festivamente por grande parte da doutrina portuguesa, entendendo esta, ser de extrema utilidade o manejo desta ferramenta nos casos envolvendo jovens sem antecedentes criminais, cujo período decorrido entre o fato criminoso e a punição atestou um comportamento satisfatório perante as regras sociais de conduta, além de contribuir para evitar-se a ampliação do número de presos e todos os males dela decorrentes.

Cabe mencionar que a despeito da boa aceitação desta forma de punir, algumas críticas surgiram pontuando um certo grau de complacência, tendo em vista a margem punitiva alcançada pela abrangência da norma (até 05 anos de prisão).

Contudo, frise-se que a concessão desta modalidade de substituição encontra-se vinculada a critérios de prevenção e análise do caso concreto, não sendo compulsória a sua aplicação.

A legislação de 2007 mudou a regra de conversão que anteriormente se fundava nos ditames do art. 71 do Código Penal Português e dava-se de maneira autónoma. Com a alteração, aplica-se atualmente a correspondência entre o período de pena de prisão estabelecido na condenação e o da pena de suspensão da execução, respeitando-se um tempo mínimo de 01 (um) ano, conforme se infere do art. 50, n. 5 do CP.

A paridade de tempo trazida pela reforma de 2007 tem como fator positivo, entre outros, a inibição da fixação de períodos descompassados, aleatórios e subjetivos que contrariam o princípio da proporcionalidade, constitucionalmente consagrado.

De outro lado, críticas existem quanto à paridade, uma vez que em períodos pequenos o efeito socializador é diminuto e para as questões relacionadas a tratamentos de drogadição, etc, a fixação de um tempo pode comprometê-lo, pois, sabe-se que estas medidas terapêuticas variam de pessoa para pessoa, não possuindo período objetivamente determinado para surtir os efeitos desejados.

Contudo, não se pode esquecer que a pena como restrição de direitos que é, reclama correspondência com a decisão condenatória que a originou.

Em se tratando de pena, uma vez cumpridas as condições impostas e decorrido o prazo fixado, a mesma se extingue e assim deve ser declarada, salvo se pendente estiver processo criminal cujo deslinde implique em sua revogação ou apuração por ausência do cumprimento dos deveres impostos (art. 57, CP).

Os casos de descumprimento da pena de suspensão da execução da pena de prisão podem ensejar o restabelecimento da então privação da liberdade ora substituída, embora essa consequência não se dê em todos os casos de descumprimento, sendo possível o entendimento do Tribunal, no sentido de advertir formalmente o sentenciado descumpridor para que volte a cumprir ou prorrogar o período de suspensão imposto (art. 50, CP), se, por óbvio, o descumprimento se der por culpa do infrator.

A revogação da suspensão é medida extrema, que acaba por determinar o insucesso de todos os objetivos buscados pelas penas de substituição no que se refere à minimização do encarceramento como única resposta ao crime. Não sendo obrigatória, constitui-se em última providência diante de uma situação concreta que a recomende.

Caso ocorra a revogação da suspensão, conseqüentemente se restabelece a prisão originária sem desconto relativo ao período em que o sentenciado cumpriu efetivamente e regularmente a suspensão, ainda que com imposição de deveres, ou observância de regras de conduta, ou acompanhada de regime de prova (art. 56.º-2, CP).

Esta consequência é alvo de críticas por parte daqueles que entendem haver um tratamento desigual, *“de caráter expiatório associado à pena, em detrimento da reinserção social do condenado”* (TORRES, 2012, p.43), pois enquanto a pena de proibição e outras preveem desconto, a pena de suspensão da execução de pena de prisão não o admite, embora os motivos legais previstos para a revogação sejam praticamente os mesmos.

Para tais críticos, a melhor solução seria um tratamento igualitário que aplicasse a mesma regra para todos os casos de pena de substituição, devendo o Tribunal em caso de revogação proceder o desconto de tudo que já foi efetivamente cumprido e observado pelo sentenciado até o momento em que se deu a causa da revogação.

Para os casos de cometimento de crime doloso durante o período de suspensão, cuja condenação determine pena de prisão, cuida-se de revogação impositiva, ainda que padeça de críticas baseadas na possibilidade de um lapso temporal amplo entre o período da suspensão e o da condenação.

Ocorrendo o cumprimento das condições impostas na suspensão da execução da pena de prisão, findo o prazo, impõe-se a extinção da reprimenda. Não se deve confundir esta situação com o simples decurso do prazo de suspensão arbitrado, uma vez que se faz necessário o regular cumprimento das condições impostas, sem que tenha havido revogação.

Observe-se, ainda, quanto à extinção da pena, a necessidade da inexistência de pendência de processo-crime ou incidente por descumprimento de deveres, regras de conduta ou plano de readaptação por atos cometidos durante o prazo de suspensão, situação em que a pena só poderá ser declarada extinta quando do término do respectivo processo pendente e desde que este não enseje a revogação da suspensão ou a prorrogação do seu período.

No Direito Brasileiro também encontramos o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*, previsto no art. 77 e seguintes do Código Penal Brasileiro), com semelhanças e distinções em relação ao instituto Português.

Aproximam-se as 02 (duas) formas de suspensão da prisão quando possibilitam que não ocorra a privação da liberdade e atribuem-se encargos ou condições ao sentenciado, que ao final, cumpridas, podem extinguir a punição. Também existe identidade dos institutos quanto à possibilidade de prorrogação do prazo de suspensão inicialmente fixado. Outra coincidência decorre da não aplicação de qualquer desconto, comutação ou detração, na hipótese de descumprimento proposital e injustificado pelo sentenciado, para efeito da revogação, devendo haver o cumprimento total da pena imposta.

Distinguem-se, contudo, quanto ao tempo de pena prevista na sentença penal condenatória, que possibilita a aplicação da suspensão, pois enquanto no Direito Português (art. 50, CP), a medida pode alcançar condenações de até 05 (cinco)

anos de prisão, no Direito Brasileiro em regra geral, a pena privativa de liberdade limite é de 02 (dois) anos, embora excepcionalmente possa chegar a até 04 (quatro) anos, quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (art. 77, § 2º, CP Brasileiro).

O período de suspensão também é distinto entre os 02 (dois) países, pois enquanto em Portugal a previsão é de 01 a 05 anos de suspensão, (art. 50, n. 5,CP), no Brasil a regra geral estabelece um prazo de 02 (dois) a 04 (quatro) anos (art. 77, CP Brasileiro) e nos casos excepcionais, denominados *sursis* etário e humanitário, o prazo de suspensão é de um mínimo de 04 (quatro) e um máximo de 06 (seis) anos (art.77, § 2º, CP Brasileiro).

No Direito Brasileiro o *sursis* (suspensão condicional da pena) é um dos componentes do sistema punitivo, pois no Brasil, para as penas privativas de liberdade aplicadas até o máximo de 02 (dois) anos, em regra, permite-se a suspensão da execução da pena; para as penas privativas de liberdade aplicadas de até 04 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça à pessoa, cabe a substituição por penas alternativas substitutivas; para os casos de privação de liberdade até 04 (quatro) anos de prisão, desde que não substituídas, cabe o regime prisional aberto, executado em casas de albergados ou estabelecimentos congêneres; para penas aplicadas entre 04 (quatro) e 08 (oito) anos, o regime de cumprimento é o semi – aberto, executado em colônia agrícola ou industrial e para as penas aplicadas a partir de 08 (oito) anos, a execução se dá no regime fechado, cumprido em penitenciárias de segurança máxima.

De acordo com a classificação já referida, as penas de substituição podem ser não detentivas ou detentivas. Após a abordagem das primeiras, cumpre tratar do segundo grupo, que se compõe das penas denominadas: a) regime de permanência na habitação; b) prisão por dias livres e c) semidetenção.

4.2.3.5 PENA DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO

Tem-se o surgimento da pena de permanência na habitação no Direito Português a partir da Lei nº 59/2007, embora se registre a obrigação de permanência na habitação como uma das medidas coercitivas de cunho processual,

já estabelecida no art. 201, do Código de Processo Penal Português (GONÇALVES²⁴⁷).

Assim, o art. 44 do atual Código Penal, corroborado pela Lei nº 33/2010 e as portarias nº 1462-B/2001 e 109/2005 disciplinam o regime de permanência na habitação, estabelecendo que o mesmo é aplicável em casos de condenação à pena de prisão de até 01 (um) ano em qualquer crime e independentemente de ter havido prisão de natureza processual, desde que, quando da execução da condenação, não reste mais do que 01 (um) ano de pena de prisão a cumprir.

De igual forma, é possível a aplicação caso exista situação familiar ou pessoal, frágil, que não indique a privação da liberdade nos moldes tradicionais, recomendando a permanência em habitação (art. 44, n. 2, CP), hipótese em que o prazo pode ser alargado por até 02 (dois) anos, tais como gravidez, idade inferior a 21 (vinte e um) ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, doença ou deficiências graves, existência de menor a cargo do sentenciado, ou existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado (art. 44, n. 2, CP).

Estabelece de forma clara a doutrina de Paulo P. Albuquerque²⁴⁸ que o pressuposto da aplicação da pena de substituição é a sua adequação, bem como suas finalidades.

Cumprir esclarecer que esta modalidade punitiva não se confunde com a chamada prisão domiciliar, pois o Direito Português não prevê instrumentos capazes de obrigar a permanência do sentenciado na habitação, que não observada, implica em descumprimento desta mesma obrigação, causando a sua revogação.

Esta modalidade de punição apresenta-se como substitutiva de uma pena de prisão, não se prestando para as situações de descumprimento das demais penas de substituição, uma vez que a vertente trazida pela reforma de 2007 traça preferência clara pelas penas não privativas de liberdade em relação a estas, o que indica uma espécie de “hierarquia implícita” para o regular funcionamento do sistema punitivo. Portanto, a permanência na habitação é medida a ser aplicada para os

²⁴⁷ (2007).

²⁴⁸ (2010, p.214): “O pressuposto da aplicação desta pena de substituição é o da sua adequação às finalidades da sua punição. A escolha desta pena de substituição, como de qualquer outra, é determinada exclusivamente por considerações de natureza preventiva, quer de prevenção geral, quer especial. Esta pena é particularmente indicada no caso em que o arguido já tenha sofrido um período de obrigação de permanência na habitação a título cautelar na pendência do processo e as necessidades preventivas sejam compatíveis com o cumprimento da pena de prisão no mesmo ambiente”.

casos onde não se puder aplicar outras modalidades substitutivas não detentivas, distintas da prisão.

Sobre o tema, Acórdão do TR de Lisboa²⁴⁹ já dispôs a respeito da ordem para a aplicação das penas de substituição.

A ideia trazida pelo julgado mencionado baseia-se no fato explícito de que em se tratando de penas substitutivas, as não detentivas devem preceder as detentivas e no caso da aplicação das penas de substituição detentivas, a permanência na habitação se constitui na mais branda delas, pois cumprida no próprio lar do sentenciado, uma vez que, tanto as penas de prisão por dias livres ou de semidetenção são cumpridas em estabelecimentos prisionais.

Tema que desperta discussão se refere à possibilidade do sentenciado em cumprimento da pena de permanência na habitação poder obter autorização de saída para o trabalho ou estudo, ante a ausência de previsão legal expressa para tanto. Nesta seara, melhor posição adota os que entendem não existir incompatibilidade entre os 02 (dois) institutos, ao contrário, em sendo a mais branda forma punitiva da modalidade de pena de substituição detentiva, o acesso do penitente a atividades laborativas e/ou outras que permitam a manutenção dos laços sociais, em nada destoa das finalidades da pena imposta.

Reforçando tal entendimento, pode-se invocar a previsão da saída do condenado para trabalhar ou estudar nas hipóteses de semidetenção (art. 46, n. 2, CP), pena formalmente mais rígida que a permanência em habitação, o que revela um contrassenso pensar que para uma medida mais drástica existe autorização de saídas para o trabalho ou estudo, enquanto que para uma pena mais leve, esta mesma autorização é vedada.

Outra questão que se põe ao debate, refere-se à natureza da pena de permanência na habitação, pois para uns trata-se de pena de substituição detentiva, enquanto que para outros, se constitui em forma de execução da pena de prisão. Para Figueiredo Dias, a posição dominante no Direito Português é a de que toda pena de substituição se constitui em pena autônoma, posição também defendida por

²⁴⁹ “sendo admissível pena de substituição, o Tribunal deve decidir sobre a aplicação das mesmas pela ordem seguinte: multa, suspensão da execução da pena, regime de permanência na habitação, prisão por dias livres e regime de semidetenção (Acórdão do TR do Porto de 23/08/2008, processo: TRP P00041271, dgsi.pt apud Acórdão do TR de Lisboa de 01/03/2011, processo: 839/10.9GAALQ.L1-5, dgsi.pt. e neste sentido Acórdão TR do Porto de 01/10/2008, processo: 0844029, dgsi.pt).

Eduardo Correia.

Na vertente outra, posiciona-se Cavaleiro Ferreira, esposando a ideia de que algumas das penas tidas como de substituição são verdadeiras fases da execução penal.

Posição mais acertada parece ser a de Paulo P. Albuquerque quando afirma, calçado na doutrina majoritária, que a pena de permanência na habitação é pena de substituição da pena de prisão na modalidade não detentiva (ALBUQUERQUE, 2010).

As hipóteses de descumprimento da pena de permanência na habitação estão dispostas no art. 44, n. 3 e 4 do CP, prevendo a legislação a revogação desta pena de substituição detentiva, caso o condenado venha a infringir grosseira ou repetidamente os deveres da pena, não cumprindo de forma adequada a limitação da liberdade determinada, como alternativa à prisão contínua, contrariando os fins perquiridos pela política criminal correspondente.

Outra forma de violação desta medida de substituição prevista, se dá com o cometimento de crime pelo penitente, durante o cumprimento da sanção, desde que venha a ser condenado, por demonstrar que a medida imposta não fora suficiente para alcançar as finalidades a que se propõe.

Havendo a revogação da pena de permanência na habitação, a consequência que se impõe é o efetivo cumprimento da pena de prisão determinada na condenação, sendo que para tanto se procede a compensação (desconto) de todo o período de permanência na habitação cumprido pelo sentenciado, vale dizer, a prisão a ser imposta resulta estritamente do saldo advindo da aplicação do respectivo desconto (art. 44, n. 4, CP).

4.2.3.6 PENA DE PRISÃO POR DIAS LIVRES

Dispõe o art. 45, do CP Português, cuja redação foi alterada pela Lei nº 59/2007, que quando aplicada pena de prisão não superior a 01 (um) ano e não sendo o caso de substituição por pena de outra espécie, dá-se a pena de prisão por dias livres se o Tribunal entender adequada e suficiente esta modalidade punitiva para os fins pretendidos pela punição.

Desta forma, de logo pode-se afirmar que esta modalidade de pena se aplica necessariamente quando a pena de prisão estabelecida não puder ser substituída por qualquer outra pena não detentiva, bem assim pela pena de permanência na habitação, haja vista a já mencionada hierarquia implícita das penas de substituição.

Para a aplicação da pena de prisão por dias livres, necessário se faz entendê-la adequada à reprovação do ilícito, analisando-se sempre vários fatores, conforme cita Figueiredo Dias²⁵⁰.

A fixação desta modalidade punitiva também obedece a razões que buscam a exigência da prisão, ainda que descontinuada, pela necessidade da prevenção da prática futura de crimes, cujas medidas mais brandas, nestes casos, não se revelam suficientes por questões de natureza político-criminal.

É medida que visa a tentativa de conciliação entre o convívio familiar e social do condenado e a submissão à limitação da liberdade contida na pena imposta, levando – se em conta que, diferentemente da prisão contínua, esta medida se opera em meio aberto, com restrição incidente sobre os dias livres, quais sejam, finais de semana e eventualmente feriados que os antecedam ou os sigam imediatamente.

Quanto aos períodos de duração, estabelece a lei um mínimo de 36 (trinta e seis) e um máximo de 48 (quarenta e oito) horas, o que em tese duraria em seu máximo, da manhã de sábado até a manhã da segunda-feira, exceto nas hipóteses de feriados já mencionados, mesmo assim observado o limite máximo de duração de cada período (art. 45, n. 3, CP).

Ainda em relação aos períodos, determina a lei que estes não podem exceder o número de 72 (setenta e dois), o que leva à conclusão de que esta pena tem um máximo possível de 144 (cento e quarenta e quatro) dias efetivos de privação da liberdade. No entanto, por força do disposto no art. 45, n.3 do CP, cada período corresponde a 05 (cinco) dias de prisão contínua, donde se conclui que 72 (setenta e dois) períodos correspondem a 360 (trezentos e sessenta) dias de prisão contínua. Assim, o cumprimento integral de 140 (cento e quarenta e quatro) dias de prisão por dias livres, equivalem ao cumprimento de 360 (trezentos e sessenta) dias de prisão contínua.

²⁵⁰ (2009, p.391): “a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao fato punível e as circunstâncias deste”.

Problema que se apresenta diz respeito ao incumprimento da pena de prisão por dias livres, revelado pelo não comparecimento do penitente, ao estabelecimento indicado nos dias determinados, desde que ocorra sem justificação aceitável.

Em tais ocorrências, determina o art. 125, n. 4, do Código de Execução de Penas (CEP), que as faltas no estabelecimento prisional devem ser anotadas no processo individual do condenado, cabendo ao Tribunal analisar a justificativa apresentada e não a acatando, poderá converter a pena de prisão em dias livres em pena de prisão contínua, determinando a captura do sentenciado.

Para efeito da conversão retromencionada, deve-se proceder ao cálculo dos dias que restam de pena a cumprir, diminuindo-se do prazo de prisão contínua, o tempo de prisão por dias livres já cumprido, observando-se a equivalência entre os períodos de prisão em dias livres e os dias de prisão contínua, na forma do mencionado art. 45, n. 3 do CP.

Encontra-se grande crítica ao instituto da prisão por dias livres, na doutrina portuguesa, ressaltando-se que este instituto é de pouca aplicação, limitado e com tendências para ser cada vez menor, principalmente pela dificuldade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a rigidez inerente à prisão e a flexibilidade própria das sanções em meio aberto. Contudo, para as chamadas penas curtas, ainda se revela melhor opção que a prisão contínua, sendo mais indicado aperfeiçoá-la que aboli-la. (ARAÚJO²⁵¹).

4.2.3.7 PENA DE REGIME DE SEMIDETENÇÃO

Com previsão no art. 46 do CP, com redação alterada pela lei nº 59/2007, o regime de semidetenção aplica-se para os condenados a pena privativa de liberdade não superior a 01 (um) ano, não substituída por pena de outra espécie e nem cumprida em prisão por dias livres.

Esta modalidade punitiva é considerada a *ultima ratio* que antecede a prisão contínua, ou seja, a derradeira forma de pena de substituição prevista no sistema punitivo português, sendo indicada quando adequadas às necessidades de

²⁵¹ (2012).

prevenção geral e especial verificadas no caso concreto.

A medida mencionada é dotada de mais flexibilidade quanto à restrição da liberdade imposta, à semelhança da prisão por dias livres, porém distinta desta, pois será cumprida, embora de forma continuada, em períodos superiores aos indicados para a prisão por dias livres, inclusive não só nos finais de semana.

Cuida-se de imposição ao condenado, de restrição da liberdade, de forma cotidiana, nos períodos que se sucederem à conclusão das suas tarefas diárias de trabalho, bem como todos os finais de semana não ocupados por estas respectivas tarefas.

Assim, a pena mencionada preserva a liberdade do sentenciado durante a realização do seu trabalho, impondo rotina densa, pois, o condenado está obrigado a ingressar no estabelecimento prisional ao fim da sua jornada de trabalho, de lá só saindo para enfrentá-la novamente, e retornando à prisão, cumprindo um ciclo consecutivo.

A legislação estabelece como pressuposto para a fixação da pena de semidetenção o consentimento do condenado (art. 46, n. 1, CP), exatamente porque não se pode negar toda dimensão da dificuldade por parte do penitente para cumprir as exigências próprias desta modalidade de sanção.

Nas situações de incumprimento por parte do condenado que deliberadamente violar as obrigações impostas e a regular forma de submissão à reprimenda, cabe a sua revogação, resultando na prisão a ser cumprida em regime contínuo, na proporção de 01 (um) dia de semidetenção, por 01 (um) dia de prisão, observando-se sempre o desconto do período de pena de semidetenção já cumprido pelo condenado.

Os aspectos positivos revelados nesta sanção, traduzem-se na manutenção e preservação dos vínculos profissionais e de subsistência do sentenciado, respeitados pela punição. Todavia, critica-se a medida qualificando-a de desproporcional e pesada, principalmente para aqueles sentenciados cuja forma de vida ou rotina de trabalho não se adequem de maneira fácil aos ditames da pena, tornando-a sacrificante (DIAS, Figueiredo).

Ressalte-se que, como já mencionado, as penas de substituição detentivas tanto quanto as não detentivas, possuem a mesma natureza, qual seja, a de penas de substituição, não merecendo a predominância do rótulo de formas de execução da pena de prisão, devendo, portanto, serem fixadas no momento da sentença

condenatória e não durante a fase de execução da pena, conforme doutrina majoritária capitaneada por Figueiredo Dias, Paulo Pinto de Albuquerque, entre outros.

Por fim, conforme o propósito deste capítulo, após a breve análise de alguns pontos importantes acerca do direito punitivo português e, em particular, sobre algumas das principais penas previstas neste ordenamento jurídico, passa-se a tratar, de forma mais detalhada, das alternativas penais à prisão no Direito Brasileiro, tecendo-se singelas pinceladas quanto às legislações outras.

CAPÍTULO V — ALTERNATIVAS PENAIS À PRISÃO

“Um pequeno ladrão é colocado na cadeia. Um grande bandido torna-se o governante de uma nação”, Chuang Tzu.

Neste Capítulo, abordar-se-á, desde a questão das alternativas penais no cenário internacional, até a trajetória das penas e medidas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelas penas restritivas de direito no Brasil, dentre outros temas.

A pena de prisão já foi tida como meio adequado para conseguir a reforma do delinquente, mais notadamente a partir do século XIX. Como salienta Bitencourt²⁵².

A pena privativa de liberdade deve ser limitada às condenações de longa duração, bem como aos condenados perigosos e de difícil recuperação²⁵³.

Cabe a lembrança de Betiol *apud* Bitencourt²⁵⁴, quando, ainda nos fins dos anos 1960, advertia sobre a necessidade da razão entre lei e proporção, a fim de que o ato de punir não corresponder ao arbítrio.

A questão da ineficácia da pena privativa de liberdade, conforme Bitencourt²⁵⁵,

²⁵²BITENCOURT (2006, p.1): “Seria um meio idôneo de realizar todas as finalidades da pena, em especial reabilitar o delinquente. Todavia, esse otimismo já não existe mais e, inclusive, há uma atitude pessimista com relação à prisão tradicional. Tal crise, atinge, ainda, o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade”.

²⁵³(BITENCOURT, 2006)

²⁵⁴(2006, p.3): “Se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente”.

²⁵⁵(2006, P.5-6): “Considera-se que o ambiente carcerário é um meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum *trabalho reabilitador* com o recluso. [...]. Nesse sentido manifesta-se Antonio García-Pablos y Molina, afirmando que a ‘pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos *expiacionistas*; que é mais difícil *ressocializar* a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão-somente se lá esteve ou não’.

Seguindo raciocínio como esse, chega-se a posturas radicais como a de Stanley Cohen, que

pode ser resumida em duas premissas.

A criminologia crítica não admite a possibilidade de ressocializar delinquentes numa sociedade capitalista. Sintetizando os argumentos, fundamentando-nos em Bitencourt²⁵⁶, como abaixo explica-se:

O sistema penal, no qual se insere a prisão, não apenas permite a manutenção do sistema social, como também das desigualdades sociais e da marginalidade.

5.1 DAS ALTERNATIVAS PENAIS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Maria Amélia Vera Jardim²⁵⁷ expõe acerca da substituição da pena de prisão de curta duração e os seus efeitos perniciosos.

considera ser tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua *reforma*, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais. Por isso, Stanley chega ao extremo de sugerir que a única solução para o problema da prisão é a sua extinção pura e simples.

A) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões, de todo o mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançável o *objetivo reabilitador*. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade quotidiana, faz pensar que a prisão encontra-se efetivamente em crise. Sob esta perspectiva, menos radical que a mencionada no item 'a', fala-se da crise da prisão não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam *converter a pena privativa de liberdade* em um meio efetivamente *reabilitador*.

B) A prisão surgiu como um instrumento de controle e manutenção do sistema capitalista. "A *instituição carcerária*, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a *ressocialização* do delinquente". [Grifos do autor].

²⁵⁷ (2006, p.5-6): "Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a *ressocialização*".

²⁵⁷ "A constatação da ineficácia e dos efeitos perniciosos da prisão de curta duração é hoje uma opinião largamente partilhada, reunindo o consenso de escolas e correntes doutrinárias bem distintas e que encontrou no Conselho da Europa, a única organização intergovernamental europeia que se dedica ao estudo dos problemas criminais, um meio importante de divulgação. Com efeito, tem esta organização contribuído para a harmonização das legislações dos seus Estados membros, sem prejuízo das várias culturas nacionais, defendendo nas suas Resoluções a adopção de uma política criminal assente na prevenção do delito e na reinserção social do delinquente. Entre as várias Resoluções adoptadas pelo Comité de Ministros desde 1965, no âmbito da substituição das penas privativas de liberdade, citaremos, a título de exemplo, as Resoluções (65)1, (70)1, (73)17, 73 (24 e 76 (10); nesta última recomenda-se expressamente no ponto 3.c. que sejam apreciadas 'as vantagens do trabalho a favor da comunidade e mais particularmente a possibilidade concedida:

- ao delinquente de resgatar a sua pena prestando um serviço à comunidade;
- à comunidade de contribuir activamente para a ressocialização do delinquente aceitando a sua participação no trabalho voluntário". (JARDIM, 1988, p.25-26).

De logo, faz-se necessário esclarecer que se adota, aqui a nomenclatura “alternativas penais” como o gênero que contempla as diversas espécies de institutos penais dispostos no sistema jurídico pátrio, que buscam impedir a atuação, *in concretum*, da pena privativa de liberdade, ou seja, segundo o disposto nas Regras de Tóquio (Assembleia Geral da ONU de 14 de dezembro de 1990). Portanto, desconsidera-se a denominação “penas alternativas” como sentido idêntico.

Adota-se, contudo, a denominação “penas alternativas” como sinônimo de “penas substitutivas”, conceito este que contempla as penas restritivas de direito e a pena de multa substitutiva.

Feita essa importante demarcação conceitual, busca-se identificar e acompanhar a trajetória das alternativas penais no processo histórico.

Com a constatação do fracasso obtido em razão da aplicação, em larga escala, da pena privativa de liberdade, surgem outras formas punitivas em vários países, buscando alcançar os resultados não produzidos pela prisão.

Uma série de Congressos Internacionais Penitenciários, que ocorreram entre 1872 e 1895, cogitou uma política de penas distintas da pena de prisão.

Os serviços prestados à comunidade, que hoje constituem uma das mais usadas alternativas penais à prisão no mundo, também são tidos como uma das primeiras formas alternativas de punição, introduzidas no final do século XIX, de forma distinta dos trabalhos forçados.

Tais antecedentes históricos são identificados em registros como: o Cantão de Vaud, em 1875, ou nos Lander alemães (Saxônia, Prússia e Baden); também no Egito, no início do começo do século passado, com a substituição das penas privativas de liberdade de pequena quantidade pelo trabalho comunitário²⁵⁸.

O Código Penal Soviético, de 1926, trouxe o serviço comunitário como uma restrição da liberdade, distinguindo-o do trabalho forçado, em razão deste se destinar às condenações perpétuas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a constatação das violações de direitos, ocorrida durante esta página vergonhosa da História da humanidade, cunha-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, com o

²⁵⁸ (SHECAIRA, 2002, p. 163).

propósito de assegurar a igualdade de tratamento entre todos os seres humanos, pautada no reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana como fonte de todos os valores, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, à luz do enunciado em seu primoroso artigo 2º.

Na esteira desse singular texto normativo, que tem a pretensão de igualar os homens em sua essência, em seu artigo 5º, estabelece: “ninguém será submetido a tratamento degradante”, o que, por óbvio, implica rechaçar qualquer forma punitiva que submeta o ser humano à degradação, fato que, costumeiramente, ocorre com a execução da pena de prisão, em função das condições carcerárias precárias, em quase todo o mundo.

Dessa forma, visando a implementação e consequente ampliação de um sistema alternativo à pena privativa de liberdade, ocorreu a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, que ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), que foi sucedida por outras diversas Convenções sobre Direitos Humanos aprovadas pela ONU.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, merece destaque por estabelecer direitos numa órbita mais ampla da que estabeleceu a histórica Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Quanto à questão das reprimendas criminais, o artigo 7º, do memorável texto proíbe a tortura e penas cruéis, além dos tratamentos degradantes, e o artigo 10 estabelece tratamento humanitário e respeito à dignidade da pessoa humana à todos aqueles que se encontram encarcerados.

Igualmente, o VI e o VII Congressos das Nações Unidas para prevenção do crime e tratamento dos delinquentes ressaltaram a obediência às regras mínimas para o tratamento dos reclusos e exortaram a necessidade da utilização de outras sanções penais substitutivas ao cárcere.

Como já mencionado, por ocasião da reunião da Assembléia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1990, foram editadas as denominadas Regras de Tóquio, dispondo sobre sanções não privativas de liberdade.

A partir desse que foi o VIII Congresso da ONU, a expressão “alternativas penais” passa a ter destaque, para consagrar as sanções e medidas que não envolvam a perda da liberdade, definindo, assim, como “medida não privativa de liberdade” toda e qualquer decisão emanada de autoridade competente em matéria penal, em

procedimento administrado pela justiça penal, mediante a qual “[...] uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão”²⁵⁹.

Essa disposição normativa reorienta a política criminal mundial, no que diz respeito à questão das alternativas penais ao cárcere, e o faz através da propositura de objetivos, sendo o primeiro deles voltado para o estímulo da aplicação e execução de sanções (penas e medidas) substitutivas ou alternativas à prisão.

O segundo se refere à observação das garantias mínimas asseguradas aos submetidos às penas e medidas não privativas de liberdade, quanto aos procedimentos investigatório e condenatório e quanto a culpabilidade e a legalidade.

Como terceiro e quarto objetivos, encontram-se as ações voltadas para a maximização da participação da sociedade no tratamento do condenado, bem assim na execução penal.

O quinto e último objetivo identificado diz respeito ao incentivo à compreensão e efetivação do nível de responsabilidade que o condenado deve ter para com toda a sociedade.

No VIII Congresso das Nações Unidas (1990), propostas das mais diversas, relativas às sanções alternativas à prisão, foram apresentadas, merecendo destaque as que versaram sobre restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade, indenização à vítima, compensação do dano causado e suspensão condicional do processo.

É imperioso registrar que os princípios gerais que norteiam as denominadas Regras de Tóquio, chamam à atenção para o fato de que as normas ali estabelecidas devem ser aplicadas, levando-se em conta as condições sociais, culturais, políticas e econômicas de cada país, devendo todos os Estados signatários buscar o máximo de efetividade para tais objetivos, num harmônico e simbiótico equilíbrio entre o direito das vítimas, o interesse da sociedade e o direito dos delinquentes.

Hoje, é fato que as sanções alternativas ao cárcere encontram-se presentes em diversas legislações por todo o mundo.

Há um grande consenso, atualmente, entre os países europeus, sobre a

²⁵⁹ (DAMASIO DE JESUS, 2000, p. 28).

ineficácia da prisão, bem como em relação à necessidade de se buscar alternativas punitivas mais adequadas. Romênia, Dinamarca, França, Hungria, Irlanda, Holanda, Polônia, Escócia e Suécia passaram a utilizar como penas principais, medidas anteriormente previstas como penas acessórias; como exemplos: inabilitação para exercício do cargo, profissão ou ofício, confisco de objetos, suspensão ou cancelamento da licença para conduzir veículos automotores, privação de direitos, fechamento de empresas, dentre outras (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR²⁶⁰).

Não se pode esquecer de destacar que, a admoestação, também, pode ser mencionada como medida penal alternativa de grande utilização nos países europeus.

Destarte, sem a pretensão da realização de um estudo de direito comparado e, dentro das limitações das referências disponíveis e consultadas para este trabalho, noticia-se a existência de alguns institutos conceituados como alternativas penais em países outros, a título de ilustração.

Na França, o Código Penal que passou a vigorar em 1993 estabeleceu algumas medidas penais alternativas como forma de substituir as penas privativas de liberdade de curta ou média duração, pelas seguintes: a) dia-multa (certo valor pago por determinado número de dias); b) trabalho de interesse geral; c) suspensão ou proibição temporária da habilitação para dirigir veículos; d) perda da habilitação para dirigir veículos; e) confisco de veículos. Cabe frisar, ainda, que, além dessas medidas, existe a possibilidade de suspensão da execução da pena privativa de liberdade através do *sursis*, o qual deve ser acompanhado de um regime de prova (vigilância e assistência ao condenado).

Nos países árabes, a prisão também encontra medidas alternativas e substitutivas em alguns casos de menor gravidade, podendo ser mencionadas as seguintes: a) trabalho forçado; b) suspensão da execução da pena privativa de liberdade; c) multa; e d) expulsão. Frisamos, ainda, que o Sudão e a Argélia aplicam a pena de vergonha ou recriminação pública como sanção básica. Tal pena consiste na divulgação do veredicto ao público em geral.

A Arábia Saudita, inspirada no Alcorão – o livro sagrado islâmico -, aplica severas penas previstas no conjunto de leis denominado “Sharia”. Em alguns casos, porém, admite-se a extinção da punibilidade com o perdão da vítima ou, ainda, se esta

²⁶⁰ SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p.167.

aceitar uma indenização que repare o dano sofrido. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR²⁶¹).

Na Inglaterra, tem-se notícia da mais bem-sucedida experiência de utilização dos serviços comunitários, como pena autônoma, por meio do *Criminal Justice Act*, de 1972.

Vera Jardim²⁶² nos apresenta como se dá a prestação de trabalho em alguns países da Europa. Citaremos, aqui, Grã-Bretanha, Itália e Luxemburgo.

Vera Jardim²⁶³ explica sobre o regime jurídico na Grã-Bretanha.

A esse respeito cabe, ainda, citar Shecaira; Corrêa Junior²⁶⁴.

Ainda valendo-nos de Vera Jardim²⁶⁵, são feitos comentários sobre o referido assunto, na Itália.

²⁶¹(SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p.169).

²⁶² “O modelo ocidental da prestação de trabalho, como pena autônoma, foi estabelecido pela primeira vez na Grã-Bretanha, na sequência da recomendação apresentada pela Comissão Wooton, através do *Criminal Justice Act* de 1972, iniciando-se a sua implementação no ano seguinte em seis regiões da Inglaterra”. (p.108).

²⁶³ “O regime jurídico do trabalho comunitário caracteriza-se nuclearmente por se exigir o acordo do réu e pelo facto de a prestação de serviços não ser remunerada, sendo estes normalmente executados durante um número específico de horas (40/240) nos períodos de tempos livres, num prazo que não deve exceder os 12 meses. O limite máximo é de 120 horas no caso de jovens com 16 anos de idade”. (1988, p.110).

Para aplicar a sanção referida, deve-se observar, conforme Vera Jardim, algumas condições estabelecidas pela *Community Service Orders (CSO)*.

- “- O arguido deve ter pelo menos 17 anos;
- Deve ser declarado culpado pela prática de uma infracção a que corresponda pena de prisão;
- É necessário que manifeste o seu consentimento;
- Deve ter residência numa comarca onde estejam oficialmente em funcionamento os serviços responsáveis pela execução da medida;
- Deve ser elaborado um relatório sobre a personalidade e os antecedentes do arguido de modo a permitir ao tribunal concluir sobre a sua adaptabilidade ao sistema de CSO”. (p.110).

²⁶⁴ (SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p.170): “A implementação desta reacção penal encontrou boa receptividade da comunidade, o que fez com que a sociedade passasse a encarar de modo diferente sua relação com o delinquente. Não é por outra razão que em 1974 foram aplicadas 1.019 penas deste tipo. Em 1979, 15.700 medidas e, em 1983, este número subiu para 34.500 decisões. A pena é aplicada em, grande percentual para furtos (41% em 1983), mas também em relação a crimes mais graves, como o de roubo (35%). As entidades beneficiadas pelo trabalho são associações de qualquer natureza (agremiações esportivas, por exemplo) ou serviços públicos de carácter social (creches, hospitais etc.). A grande vantagem do *Community Service Order (CSO)* é que a medida serve como pena e ao mesmo tempo é um tratamento de readaptação social e uma maneira de reparar o prejuízo causado à sociedade pela infração. O trabalho permite ao condenado elevar sua própria estima, pois em lugar de ser ele o assistido é ele quem presta assistência a outrem. Além disso, há inúmeros casos de adequada individualização penal, como a condenação de uma artista inglesa a tocar cem horas de piano, em instituições para idosos, em consequência de alguns furtos em lojas”.

Por fim, em Luxemburgo²⁶⁶.

Outro instituto bastante difundido junto aos Ingleses é o *Probation*, consistente na prestação de serviços à comunidade, fiscalizado por oficiais e pela comunidade.

Outros institutos, igualmente adotados nesse país, como alternativas ao cárcere, são o confisco, a reparação de danos à vítima e a multa.

Na Alemanha, registra-se, como exemplo, a proibição de conduzir veículos, a perda do cargo público e dos direitos políticos. Também se fazem notar a prestação de trabalho de utilidade pública e a pena de multa, através de cotas diárias, levando-se em consideração a situação pessoal do réu (artigo 40, Código Penal Alemão, de 1975).

O citado diploma legal alemão, em seus artigos 56 e 59, respectivamente, trata da prestação de interesse coletivo como condição do *sursis* e da pena de admoestação.

Na Espanha, as penas alternativas ao cárcere estão dispostas no artigo 39, do Código Penal Espanhol, de 1995, tratadas como principais ou acessórias, consistentes em interdição ao exercício de cargo público, profissão, ofício, indústria

²⁶⁵ “O actual regime de trabalho em benefício da comunidade foi introduzido neste país no início da década de oitenta (Lei nº 689 de 1981) no quadro geral das sanções pecuniárias, configurando uma alternativa à pena de prisão em caso de impossibilidade de pagamento da multa.

A prestação de trabalho constitui assim uma particular modalidade de execução da pena de multa, substituindo o pagamento de uma determinada quantia e pode ser utilizada relativamente à prática de crimes ou contravenções desde que a determinação da prestação pecuniária se contenha nos limites fixados pela lei (um milhão de liras nas multas simples e três milhões de liras em caso de pluralidade de multas).

Consiste esta medida na prestação de serviços gratuitos e de reconhecido interesse público, mediante a expressa aceitação do réu, por períodos não superiores a 60 ou 480 horas, consoante se trate da conversão de multas simples ou plurais. A prestação de serviços terá lugar na área de residência do réu e corresponderá pelo menos a um dia de trabalho por semana (8 horas) podendo, no entanto, ser definido um regime de execução diferente que melhor se adapte à situação laboral e familiar daquele. O órgão responsável pela aplicação da medida é o juiz de execução das penas (*magistrato di sorveglianza*) que aprecia as condições objectivas e subjectivas, após o representante do Ministério Público ter procedido à conversão da multa, e ter sugerido simultaneamente o recurso à medida que considere mais conveniente. A decisão de recorrer à prestação de trabalho só deverá ser formulada após a audiência do réu de modo a obter-se a sua aquiescência. Na sentença constarão a indicação do local e da natureza do trabalho, data do início da execução, horário de trabalho e duração da medida”. (JARDIM, 1988, p.114-115).

²⁶⁶ “O trabalho a favor da comunidade (TPAC) foi introduzido no Luxemburgo em 1976, não como sanção principal mas no quadro de uma medida de graça na sequência de pedido apresentado pelo condenado. Insere-se portanto num fase pós-sentencial e apresenta-se como uma modalidade de execução da pena de prisão, podendo substituí-la parcial ou totalmente.

A fixação do período de trabalho resulta de uma orientação jurisprudencial segundo a qual a 1 mês de prisão deve corresponder 1 semana de trabalho, sendo esta proporcionalidade alterada sempre que estejam em causa penas de prisão de duração mais prolongada.

O recurso a esta medida é sempre acompanhado da realização de um relatório efectuado pelo serviço central de assistência social que também é responsável pela organização e controlo em fase de execução”. (JARDIM, 1988, p.122-123).

ou comércio; dos direitos do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda; do direito do sufrágio passivo ou de qualquer outro direito. Também é possível a privação do direito de portar arma, residir em determinados lugares ou a eles se dirigir; privação do direito de conduzir veículo automotor; assim como o trabalho em benefício da comunidade e a pena de multa. Para efeito de aplicação, a duração varia de 6 (seis) meses até o máximo de 20 (vinte) anos.

Em Portugal, as punições alternativas à prisão, encontram-se com previsão bastante alargada, conforme tratado no Capítulo IV.

No Japão, uma das principais alternativas ao cárcere é a *Probation*, que consiste no controle das atividades do condenado, através de supervisão pelo Estado, assistindo-o com a finalidade de reintegração social, sendo cabível para as condenações não superiores a três anos.

Na Austrália, o sistema punitivo prioriza a pena alternativa à prisão e, somente, um percentual não superior a 30% (trinta por cento) dos condenados se submetem ao cárcere, pois a maioria é condenada à pena de multa. Existem, ainda, as penas de advertência ou admoestação para delitos leves e o programa de prisão domiciliar, normalmente aplicado aos delitos de trânsito.

O Serviço Comunitário é uma pena amplamente utilizada na Austrália, distinguindo-se do trabalho forçado, pois se realiza sob a disciplina de grupos comunitários que incitam a integração social do condenado²⁶⁷.

No México, o trabalho em favor da comunidade é utilizado para crimes cuja condenação não excede a quatro anos, e a multa quando a condenação não excede a dois anos. Prevê o sistema nacional mexicano a reparação de dano à vítima, através da restituição do produto do delito ou do pagamento do preço equivalente, cabendo, inclusive, indenização por dano material e moral aos dependentes da vítima, em caso de seu falecimento.

No Canadá, cerca de 70% (setenta por cento) dos condenados estão sujeitos a alguma espécie de pena não privativa de liberdade, restando a prisão para somente 30% dos infratores. Nesse país, são utilizadas alternativas à prisão como: a ordem de serviço comunitário, a multa, a *Probation*, a *Parole*, a restituição à vítima, a reconciliação com a vítima e o programa de reabilitação e reintegração com o apoio da comunidade, segundo dados da Fundação Internacional Penal e

²⁶⁷ (OLIVEIRA, 2001).

Penitenciária (FIPP), em 2004.

A *Parole* é uma espécie de livramento condicional e o programa de reabilitação e reintegração permite ao Tribunal que determine ao infrator que se submeta a tratamento terapêutico, médico, psicológico e sociológico, buscando o não retorno à delinquência. Naquele país, as pesquisas de opinião demonstram que a população é contra um sistema mais violento que empregue penas longas de prisão, sendo favorável ao uso maior do serviço comunitário, da restituição às vítimas e da multa²⁶⁸.

Nos Estados Unidos da América, merece registro uma questão peculiar que é a possibilidade de o juiz sentenciante poder combinar penas para os casos que são submetidos ao seu julgamento, sempre com a intenção de proteção e segurança pública.

Dessa forma, o juiz americano dispõe de uma gama de penas à sua disposição, podendo estabelecer a dosagem ou as combinações necessárias, conforme entenda adequada a cada caso.

Os EUA são conhecidos como o país que mais encarcera no planeta e os números apontam para uma população prisional acima de 2.000.000 (dois milhões) de presos (FIPP, 2005).

Diante de tal quadro, o emprego das chamadas sanções alternativas torna-se mais do que necessário. Assim, registra o sistema americano diversas alternativas à prisão como: *Probation*, *Parole*, correção comunitária, serviço comunitário, multa, confisco de propriedade e restituição ou compensação à vítima.

A principal alternativa punitiva utilizada nos EUA é a *Probation*, que consiste na manutenção do condenado, em liberdade, sob os cuidados e responsabilidade de pessoa reconhecidamente idônea pelo corpo social, devendo o infrator cumprir certas condições, a exemplo do não cometimento de novos crimes, não se ausentar do distrito da culpa e manter-se empregado.

Em 1995, cerca de 2.670.234 (dois milhões seiscentos e setenta mil e duzentos e trinta e quatro) adultos encontravam-se sob *probation*, com índice de aproveitamento e êxito de 79% (setenta e nove por cento) dos casos²⁶⁹.

A prestação de serviço comunitário também é utilizada nos EUA e pode ser

²⁶⁸ (OLIVEIRA, 2001).

²⁶⁹ (OLIVEIRA, 2001).

substituída pelo pagamento monetário, em prol de uma entidade assistencial. Contudo, os serviços comunitários, prioritariamente, são impostos aos condenados e consistem em dirigir ônibus, servir refeições em restaurantes públicos, trabalhar na manutenção de praças, jardins, parques, hospitais, escolas ou unidades militares. É comum a combinação de serviço comunitário com a *Probation*.

Com a evolução tecnológica, surgiu, com mais aplicabilidade, nos EUA, a alternativa punitiva da prisão virtual ou monitoramento eletrônico, que teve início em 1968, em Massachusetts, por Ralph Schwitzgebel, e atualmente é utilizado em diversos programas punitivos como a prisão domiciliar provisória; a pena de prisão domiciliar, a *Parole* etc.

O sistema de monitoramento eletrônico, que controla, através de bracelete ou tornozeleira colocada no infrator, os seus movimentos e informa sua permanência nos locais previamente determinados, tem alcançado um grande número de infratores e vem sendo aprimorado pelas indústrias, expandindo-se por diversos países como Inglaterra, França, Canadá, Holanda, entre outros, encontrando-se, atualmente, em fase de discussão legislativa no Brasil.

Uma outra alternativa punitiva usada pelo direito americano é a prisão domiciliar, que é imposta ao condenado primário, devendo permanecer em sua residência por período fixado na sentença, só podendo ausentar-se por razões de saúde ou trabalho.

Não se pode deixar de registrar, no entanto, a tímida iniciativa quanto à aplicação de alternativas penais em alguns locais do planeta.

O continente africano, por exemplo, apresenta uma realidade na qual apenas alguns países desenvolveram estudos que se encontram, predominantemente, no plano teórico, na perspectiva da utilização de alternativas ao cárcere, como se percebe no Quênia, Nigéria, Tunísia, África do Sul, Etiópia, Malavi, Sudão, Camarões, Gâmbia etc., prevalecendo o sistema carcerário como hegemônico. Tal postura se revela um contra-senso, tendo em vista que, segundo levantamento feito pelo Instituto das Nações Unidas Africanas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (UNAFRI), em 1989, 88% (oitenta e oito por cento) dos crimes praticados naquele continente são classificados como “crimes de rua”, principalmente, o furto²⁷⁰.

²⁷⁰ (OLIVEIRA, 2001).

No continente africano, o Unafri, recomendou, aos países africanos, a adoção das seguintes medidas alternativas à prisão: a) descriminalização e despenalização; b) suspensão do processo no caso de infração leve; c) censura pública (advertência); d) restituição da coisa; e) privação de direitos; f) multa; g) confisco de bens; h) compensação à vítima; i) suspensão total ou parcial da execução da pena; j) *probation* (liberdade vigiada); k) trabalho supervisionado em favor da comunidade; l) arresto de fim de semana; m) licenças periódicas; n) cumprimento de programas comunitários; o) tratamento especial de saúde; p) perdão; e q) anistia. Porém, apesar da recomendação retroreferida, poucos países africanos introduziram em suas legislações penais as alternativas aqui colocadas, como acima referido. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR²⁷¹).

Idêntica timidez é verificada nos países árabes, onde a questão econômica aparece como barreira para as alternativas penais ao cárcere, em razão da necessidade da formação e organização de estruturas administrativas para o seu funcionamento.

Ocorre que, naqueles países, o tratamento dado aos criminosos ocupa pequeno espaço nos programas sociais que priorizam a educação, a saúde e outros serviços em prol da comunidade; isto, sem contar com a opinião pública, que é contrária a investimentos em programas correcionais, preocupando-se com as necessidades básicas de sobrevivência.

Todavia, a despeito dos registros supracitados, o que se percebe é a existência de uma preocupação com a ampliação dos sistemas de penas alternativas à prisão, que já resulta em uma expansão desta modalidade punitiva, por vários países.

Assim é que os dados da FIPP-ONU²⁷² registram a aplicação de penas e medidas alternativas, em percentual elevado, por exemplo, nos seguintes países: Finlândia, 86% (oitenta e seis por cento) dos casos; Austrália, 79% (setenta e nove por cento) dos casos; Holanda, 78% (setenta e oito por cento) dos casos; Inglaterra, 76% (setenta e seis por cento) dos casos; África do Sul, 75% (setenta e cinco por cento) dos casos; Canadá, 72% (setenta e dois por cento) dos casos; e Estados Unidos da América, 68% (sessenta e oito por cento) dos casos.

²⁷¹(SHECAIRA, CORRÊA JUNIOR, 2002, p.168-169).

5.2 AS ALTERNATIVAS PENAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

É muito comum, na doutrina pátria, a ideia de que o sistema conhecido como de “Penas Alternativas”, surgiu no Brasil com a reforma penal de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal brasileiro e introduziu, em dispositivo próprio, as regras sobre a execução da pena, vale dizer, as Leis nº7.209/84 e 7.210/84, respectivamente.

Todavia, essa idéia carece de precisão técnica e cronológica. Com efeito, a reforma de 1984, no tocante à parte geral do Código Penal, trouxe as denominadas penas substitutivas, que, definidas na redação do artigo 32, do Código Penal, se tratam de penas restritivas de direito, à exceção da multa substitutiva (parágrafo único, do artigo 58, do Código Penal).

Assim, encontram-se, no direito penal pátrio atual, as seguintes penas substitutivas, após a Lei nº 9.714/98, seguindo-se a classificação adotada por Luiz Flávio Gomes (1999), acatada neste trabalho: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valor; III – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; IV – limitação de fim de semana; V – proibição do exercício de cargo; VI – proibição do exercício da profissão; VII – suspensão da habilitação para dirigir veículo; VIII – prestação de outra natureza; IX – proibição de freqüentar determinados lugares; e X – multa substitutiva.

As penas substitutivas têm como principal característica substituir a pena privativa de liberdade, quando imposta, desde que estejam presentes, no caso concreto, todas as circunstâncias exigidas pelo sistema legal.

No entanto, não esgotam em si mesmas o sentido das alternativas penais, que ainda incluem outras espécies, como, por exemplo, aquelas previstas na Lei dos Juizados Especiais, Lei nº9.099/95, que visam a não condenação do autor do fato, e, portanto, são aplicadas independentemente da formação da culpa, ou seja, composição civil (artigo 74); transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89), todas denominadas de medidas alternativas²⁷³.

Também dispõe o ordenamento jurídico pátrio de institutos que visam evitar que o autor de uma infração penal tenha contra si executada punição privativa da

²⁷² (2004).

²⁷³ (CORDEIRO, 2003).

liberdade, a exemplo do *sursis* (artigo 77, do Código Penal) e do livramento condicional (artigo 83, do Código Penal), de igual modo conceituados como medidas alternativas²⁷⁴.

No Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº9.503/97), encontram-se penas restritivas de direito, portanto alternativas à prisão, que galgaram, inclusive, o *status* de “pena principal”, cominadas cumulativamente com a privativa de liberdade (artigos 302, 303, 306, 307).

De igual modo, verifica-se a presença de alternativas penais no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90), artigo 78, que prevê a aplicação simultânea com a privação de liberdade; Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), artigo 28, no qual sequer existe a previsão da privação da liberdade; etc.

Dessa forma, a confusão, já anunciada por René Dotti²⁷⁵, acaba por se ampliar em face da identificação como similares de conceitos obviamente distintos, atribuindo-se sinonímia às expressões: “penas restritivas de direito”, “penas substitutivas”, “penas alternativas”, “medidas alternativas”, “substitutivos penais”, “benefícios”, “alternativas à prisão”, entre outros²⁷⁶.

Vale ressaltar que se adota, neste trabalho, o conceito de alternativas penais previsto nas Regras de Tóquio, ou seja, como gênero, que, por sua vez, contempla as diversas espécies de penas e medidas alternativas à prisão.

No que diz respeito ao equívoco de ordem cronológica, observa-se que, em verdade, desde a influência exercida pelos diversos congressos internacionais do final do século XIX e início do século XX, já mencionados, o sistema jurídico nacional brasileiro contava com alternativas penais como a suspensão condicional da pena (1924) e o livramento condicional (1940).

Todavia, não se pode negar que o direito penal brasileiro, com a reforma penal de 1984, passa a contar com um valioso instrumento para atender, ainda que timidamente, aos reclames internacionais, no que concerne a uma política de alternativas penais à prisão.

Ocorre que a reforma de 1984 condicionou a aplicação das penas substitutivas à prisão aos casos cuja condenação não ultrapassasse a um ano de pena privativa de liberdade, restringindo, portanto, o âmbito de incidência do instituto às

²⁷⁴ (GOMES, 1999).

²⁷⁵ (1980).

²⁷⁶ (AZEVEDO, 2005).

contravenções penais e crimes diminutos, não alcançando margem significativa de atuação capaz de refletir no cenário do sistema punitivo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que, denominada Constituição Cidadã, exorta a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (artigo 1º, III, CF) e também disciplina, em seu artigo 5º, III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante, tem-se um substancial reforço para a ampliação de uma política criminal que vise à minimização da pena privativa de liberdade e à maximização da atuação das alternativas penais.

A Constituição Federal, em seu artigo 98, I, também dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais, com atribuições para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, e, em seu artigo 5º, XLVI e XLVII, prevê a adoção de penas de perdas de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos, entre outras, a cargo do legislador ordinário, impedindo as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis.

Tal comando constitucional evidencia a política criminal que se pode extrair do espírito constituinte, que demonstra uma clara noção de contenção da punição, através de métodos que causem maior invasão nos direitos do cidadão, inclinando-se por uma intervenção punitiva humanitária, suficiente e adequada.

A orientação constitucional, esculpida no artigo 98, I, dá origem à Lei nº9.099/95, que, a partir do seu artigo 60, dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais e define, em seu artigo 61, com nova redação dada pela Lei nº11.313/2006, as infrações penais de menor potencial ofensivo, quais sejam, as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Essa Lei tornou-se um marco singular na história recente do direito penal brasileiro, haja vista que, após a sua edição, inaugurou-se um espaço fecundo para a atuação das alternativas penais. Com caráter desprisionalizador, o texto aludido busca não a descriminalização das condutas tidas como de menor potencial ofensivo, mas evitar que estas condutas sejam tratadas pela via da pena privativa de liberdade.

É assim que, valorizando a posição da vítima no processo penal, que há muito fora renegada a plano inferior, a legislação em comento trouxe a manifestação do ofendido como condição de procedibilidade da ação, no seu artigo 88, e, em determinados casos, a reparação do dano como condição para a aplicação de

alternativa penal (artigo 89, I).

De igual modo inovador, a Lei nº9.099/95 inaugura a possibilidade de acordo entre o Estado e o infrator, inédito no sistema penal pátrio, com a previsão da transação penal (artigo 76), permitindo que o Ministério Público proponha aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, como alternativa ao oferecimento da denúncia, produzindo um efeito de contenção da incidência da pena privativa de liberdade.

Vale registrar o instituto da composição dos danos, previsto no artigo 74 da lei em análise, que, uma vez homologada pelo Juiz, impede a formação do respectivo processo crime nas ações penais privadas ou condicionadas à representação do ofendido o que, por consequência, veda a aplicação de pena privativa de liberdade, em tais situações concretas.

O artigo 89, já mencionado, que dispõe sobre a suspensão condicional do processo, também se revela como um impeditivo da atuação da pena privativa de liberdade, pois permite que o processo relativo aos crimes, cuja pena mínima não exceda a um ano, seja suspenso por período que varia de dois a quatro anos, desde que presentes as demais condições exigidas pelo texto legal, gerando, por consequência, no caso do cumprimento efetivo das condições, a extinção da punibilidade (artigo 89, § 5º).

Esse modelo, esboçado pela Lei nº9.099/95, fortalece a ideia extraída do princípio da intervenção mínima do Estado, principalmente, nas punições relativas a infrações de pequena lesividade social, que encontra legitimidade no arcabouço constitucional vigente.

A relevância da criação dos Juizados Especiais Criminais ganha maiores contornos quando se observa o grande número de processos crimes que tramita na justiça penal pátria, relativos a infrações de menor potencial ofensivo, cujo destino seria a prescrição, em virtude das distorções e deficiências estruturais do sistema penal, marcado pela sabida dificuldade do Estado em equipar, humana e materialmente, os órgãos que compõem o sistema punitivo.

De outro lado, o surgimento dos Juizados Especiais Criminais cria a perspectiva de que a justiça penal comum possa voltar-se para o deslinde de questões que envolvam maior gravidade, ou seja, o trato das infrações penais de maior potencial ofensivo que, neste particular, reclamam, ainda, a presença da pena privativa de liberdade como instrumento a ser utilizado pelo Estado.

Outrossim, a criação dos Juizados Especiais Criminais permite a separação da política criminal em dois módulos bastantes identificados. De um lado, aquele voltado para os crimes graves envolvendo violência, grave ameaça e grande afetação aos bens jurídicos mais sublimes para o corpo social. De outro, o destinado ao trato das infrações penais que atingem, em menor grau, os bens jurídicos tutelados ou violam bens jurídicos de menor relevância.

Na esteira da Lei dos Juizados Especiais Criminais, no final da década de 90, fruto do projeto de Lei nº. 2.684/96, gestado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), o sistema penal brasileiro viu surgir a Lei nº9.714/98, que, alterando a parte geral do Código Penal nos artigos 43 e seguintes, ampliou de forma significativa o rol das penas restritivas de direito, espécie do gênero alternativas penais.

A importância desse texto legal para o que se convencionou chamar sistema alternativo de penas, segundo Luiz Flávio Gomes²⁷⁷ é ímpar, tendo em vista que, voltado para sancionar as infrações distintas das graves, prevê a aplicação de penas restritivas de direito para as infrações de médio potencial ofensivo, cuja definição recai, entre outras, sobre aquelas em que a pena imposta *in concretum*, não ultrapasse a quatro anos de prisão e não sejam cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa.

Dessa forma, seguindo os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes²⁷⁸, o sistema penal brasileiro estaria delineado conforme a seguinte classificação: o modelo penal clássico baseado na aplicação da pena privativa de liberdade, tendo como destinatário o praticante de infrações de grave potencial lesivo, e o novo modelo de justiça criminal voltado para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, pautado na aplicação de alternativas penais à prisão.

A Lei nº9.714/98 alterou o espectro de alcance das alternativas penais, haja vista ter ampliado de um para quatro anos a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e, ao fazê-lo, seguindo a trilha da Lei dos Juizados Especiais Criminais, avança na idéia de construção de uma intervenção penal que se revele legítima e adequada aos ditames constitucionais que norteiam o moderno Estado Democrático de Direito, como é concebido o Estado brasileiro.

²⁷⁷ (1999).

²⁷⁸ (1999).

A legitimidade que busca a Lei nº9.714/98, encontra ressonância na idéia de intervenção mínima do direito penal que está implícita no sistema constitucional pátrio que, entre outras disposições, traz, em seu artigo 3º, como objetivo fundamental da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicar a pobreza e a marginalização, objetivos estes que, para serem alcançados, perpassam, notadamente, por uma justiça penal que privilegie a liberdade do infrator e a possibilidade da sua integração social em detrimento da prisão, nos casos em que esta não se revela necessária.

Necessária, entretanto, a reflexão sobre a “sede de punir” no Brasil, como salienta Cezar Bitencourt²⁷⁹, inclusive com a criminalização maciça, ao contrário do que tanto se defende sobre as alternativas penais.

5.3 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO BRASIL

Conforme já mencionado, para efeito de orientação adota-se neste trabalho a classificação do professor Luiz Flávio Gomes²⁸⁰ quanto às penas restritivas de direito previstas no Brasil, em um total de dez, elencadas nos artigos 43, 45, 47 e 60, § 2º, todos do Código Penal Brasileiro, instituto que recomenda uma análise individualizada para o propósito estabelecido neste estudo.

A par de tomar-se como base, para a análise que se segue, o rol disposto no Código Penal, não se pode deixar de registrar que as penas restritivas de direito também se fazem presentes na legislação extravagante, a saber: Código de Defesa do Consumidor (artigo 78, da Lei nº8.078/90); Código de Trânsito Brasileiro (artigos 302, 303, 306, 307 e 308, da Lei nº9.503/97); Lei de Crimes Ambientais (artigos 8º e 22, da Lei nº9.605/98) e Lei de Tóxico (artigo 28, da Lei nº11.343, de

²⁷⁹ (2006, p.71): “Vivencia-se, hoje, uma ‘sede de punir’, constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais são objeto de constante preocupação do Poder Central. Como tivemos oportunidade de afirmar, ‘as políticas de descriminalização, despenalização e desjuridicalização não fazem mais parte da ordem do dia. Orquestra-se uma política de reforma legislativa na área de *direito material* que aponta no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, no endurecimento dos regimes penais, e, na *área processual*, que sustenta a redução, simplificação e remoção de ‘obstáculos formais’ que possam, eventualmente, dificultar uma *imediata e funcional* resposta penal, com graves violações dos direitos fundamentais do cidadão”. [Grifos do autor].

²⁸⁰ (1999).

agosto de 2006), apresentando, inclusive, algumas curiosidades, a serem inframencionadas.

Todavia, entre as várias espécies de pena restritiva de direito, merecem destaque, quanto à sua importância fática, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, seguida da pena de prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza (cestas básicas). Tendo em vista que, apesar do rol ampliativo trazido pela Lei nº9.714/98, após cerca de mais de uma década de sua vigência, o que se constata é uma larga aplicação destas duas modalidades de pena. Tal realidade, recomenda, maior aprofundamento em suas análises individuais.

5.3.1 DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES

A pena de perda de bens e valores tem raiz constitucional (artigo 5º, XLVI, “b”) que, materializada nos termos do artigo 45, § 3º, do Código Penal, implica a perda, em regra, em favor do Estado (Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN) de quantia equivalente ao prejuízo suportado pela vítima ou do benefício obtido pelo próprio autor do crime ou terceiro em função da atitude delitiva, considerando-se sempre o que prevalecer como de maior valia.

A característica dessa pena, focada no aspecto invasivo do patrimônio lícito do infrator, em uma realidade como a brasileira, que demonstra, por meio dos dados divulgados nas mais diversas pesquisas realizadas, o perfil do criminoso predominantemente pobre, de logo inclina a sua direção para os crimes tratados como de “colarinho branco”, uma vez que os bens e valores, alvos desta reprimenda, diversificam-se em suas possibilidades, tais como: móveis, imóveis, ações etc., repertório que dificilmente é encontrado no universo do criminoso comum.

De início, deve-se distinguir essa modalidade punitiva do confisco que, atualmente, constitui, no sistema penal posto, efeito da condenação (artigo 91, II, do Código Penal), pois a pena referida não versa sobre coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito e tampouco sobre os instrumentos do crime. Na mesma linha, não trata a reprimenda de bens ou valores que constituam o

próprio produto do crime ou advindo do proveito auferido pelo autor com a atividade delituosa.

Logo é necessário que a perda para o Estado se dê sobre a parcela do patrimônio que possui o infrator, conquistado de forma legal.

Alguns aspectos destacados na doutrina têm inviabilizado uma aplicação efetiva desta pena restritiva de direitos provocando, inclusive, celeuma constitucional.

A Constituição Federal ao dispor, acerca da possibilidade de transmissão da obrigação relativa ao perdimento de bens aos sucessores e contra eles executado até o limite do valor do patrimônio (artigo 5º, XLV), abre, quando da redação do § 3º, artigo 45, do Código Penal, uma discussão quanto ao conflito existente em relação ao princípio constitucional da pessoalidade, personalidade ou intranscendência, consagrado nos termos do mesmo dispositivo constitucional, que garante que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Melhor argumentação quanto a esta discussão extrai-se da lição de Shecaira (2002) que distingue de forma clara a intenção do constituinte ao tratar, no mesmo dispositivo, das hipóteses de impossibilidade do alcance da sanção penal a outra pessoa que não o condenado e da possibilidade da transmissão aos seus sucessores do encargo imposto quanto à responsabilidade civil pelo delito perpetrado.

Dessa forma, o renomado autor esclarece que a impossibilidade de transmissão do encargo recai sobre o conteúdo da pena imposta, enquanto a autorização para se buscar, no limite patrimonial transmitido, a satisfação da obrigação, versa sobre a reparação do dano, portanto, efeito da condenação.

Outro argumento de caráter incontestável, também citado pelo referido autor, é a disposição expressa no artigo 107, I, do Código Penal, que estabelece como causa extintiva da punibilidade a morte do agente, impedindo que o feito em sua concepção punitiva prossiga, restando tão-somente os seus efeitos outros.

A perda de bens e valores é de natureza pecuniária, versando sobre o patrimônio do infrator e quando da sua fixação em concreto, para efeito do *quantum* deve o juízo aferir o grau de culpabilidade do agente, assim como a sua condição econômica. No entanto, por lacuna, não trouxe fixação de um mínimo legal, apenas do limite máximo que deve, inclusive, nortear-la.

Outra crítica apontada, em relação à pena em comento, diz respeito à falta de proporcionalidade que incorreu o legislador em relação ao crime quanto à sua

gravidade e natureza. Também não dotando a Lei de Execução Penal de instrumento adequado para viabilizar sua respectiva execução²⁸¹.

Observação importante quanto a essa modalidade punitiva advém dos ensinamentos de Cezar Bitencourt²⁸², quando argumenta a impossibilidade de sua conversão em pena de prisão pelo descumprimento. A idéia esboçada pelo insigne penalista lastreia-se na proibição contida na Lei Nº9.268/96, que alterou os dispositivos relativos à pena de multa, impedindo sua conversão em prisão.

Por entender ser a multa a única pena pecuniária existente à época, as demais penas que se sucederam (prestação pecuniária e perda de bens e valores), imperativamente devem ter o mesmo tratamento, por identidade de natureza, sendo descabida a adoção de dois pesos e duas medidas.

Contudo, reitera-se que esta pena não se difundiu no cotidiano usual do sistema punitivo pátrio, sendo observada em situações residuais e específicas, mormente nos crimes da competência da Justiça Federal que envolve infratores com melhor perfil socioeconômico.

5.3.2 DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA

Esta espécie de pena surgiu com a Reforma Penal ocorrida em 1984, estando atualmente prevista no artigo 48 do Código Penal, consistindo na submissão do apenado a uma restrição em sua liberdade de ir e vir, por meio da permanência por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em estabelecimentos próprios, “casa do albergado”, ou outros considerados adequados, sem que se prejudique as suas atividades cotidianas, como trabalho, estudo etc.

O que se procura é dar efetividade à sanção, durante o período de repouso ou descanso, em locais apropriados, assim como proporcionar ao condenado palestras, cursos ou atividades educativas (parágrafo único do artigo 48, do Código Penal).

Aspecto positivo a ser ressaltado nessa modalidade punitiva é o da preservação das atividades desenvolvidas pelo indivíduo que transgrediu a Lei Penal,

²⁸¹ (REALE JR., 2003).

²⁸² (2006).

compatibilizando-a com a execução da sanção respectiva, evitando a transcendência dos efeitos diretos da pena para outros (família, dependentes, etc.). Observa-se, aí, a prescrição constitucional do princípio da pessoalidade, personalidade ou intranscendência (artigo 5º, XLV, da Constituição Federal).

A ideia é permear a reprimenda com o viés educativo, proporcionando ao penitente o contato com atividades que reforcem os valores sociais, na tentativa do cumprimento de objetivos reeducadores²⁸³.

Essa pena requisita a intervenção de órgãos da execução, o que implica ligação da sociedade com o poder público, pois caberá ao juízo de execução indicar a maneira e o local de cumprimento, competindo a fiscalização ao Patronato de Presos e Egressos (artigo 79, II, da LEP), órgão da execução que, tanto público quanto particular, tem a atribuição de prestar a assistência aos albergados e aos egressos (artigo 78 da LEP).

Ocorre que, tanto no que se refere às casas de albergados quanto aos Patronatos, infelizmente, o que se percebe é uma total ausência de interesse e investimento por parte do poder público²⁸⁴, o que, por via de consequência, afeta diretamente a credibilidade na imposição desta alternativa penal que, carente de local apropriado para o seu cumprimento, bem assim de estrutura para sua fiscalização, termina por apresentar-se, aos olhos da sociedade, como medida punitiva inócua.

A partir da criação do Programa Nacional de Acompanhamento e Monitoramento da Execução das Alternativas Penais (CENAPA)²⁸⁵, pelo Ministério da Justiça, em 2000, passou-se a utilizar a rede social conveniada como *locus* para execução e fiscalização desta sanção, ampliando significativamente as suas *chances* de efetividade.

Prescreve o parágrafo único do artigo 151 da LEP que o início do cumprimento desta pena dar-se-á quando do primeiro comparecimento do condenado ao local determinado pelo juízo, podendo haver, durante o cumprimento da sanção, alteração no que se refere aos horários, local ou atividade, sempre que tais mudanças sejam necessárias para ajustar-se às condições pessoais do condenado ou à característica do próprio estabelecimento ou, ainda, ao programa comunitário

²⁸³ (BITENCOURT, 2006).

²⁸⁴ .Conforme dados analisados no item 6.2.

²⁸⁵ .Tema abordado no item 5.5.

ou estatal a que estiver submetido o apenado, nos termos do artigo 148, da LEP.

Questão que se coloca na atualidade é a possibilidade de se viabilizar a efetividade da pena de limitação de fim de semana, mediante a utilização da ferramenta do controle virtual (monitoramento eletrônico).

O que se propõe, por meio de algumas iniciativas legislativas, em trâmite no Congresso Nacional, é a utilização do monitoramento eletrônico para obrigar o indivíduo apenado a permanecer em sua própria residência, durante o período estabelecido como de limitação, não podendo ausentar-se do local determinado no horário previsto.

Tais propostas encontram, na doutrina, posições variadas, pois de um lado questiona-se, de forma ampla, a utilização do controle eletrônico como atitude que fere a dignidade humana e recebe a pecha de inconstitucionalidade. De outro, argumenta-se que o uso tecnológico inclui as sanções penais na atualidade e otimizam a noção de tempo e espaço, criando perspectivas de uma forma punitiva menos maléfica e condizente com a preservação das garantias que refutam o tratamento cruel e degradante aos condenados, notadamente encontrado na pena de prisão.

5.3.3 DA PENA DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

Esta espécie de pena restritiva de direitos foi introduzida no sistema nacional, de igual modo, por ocasião da reforma realizada na parte geral do Código Penal, com a Lei nº7.209/84, sendo complementada pela Lei nº9.714/98.

A aludida reforma (1984) alterou essencialmente esta reprimenda que anteriormente consistia em pena acessória, ou seja, possível de aplicação concomitante com a pena privativa de liberdade. Após a reforma, ganhou *status* de pena autônoma substitutiva, vale dizer, atua substituindo a pena de prisão.

As espécies de interdição temporária de direitos estão elencadas nos quatro incisos do artigo 47 do Código Penal e, predominantemente, implicam uma obrigação de não fazer, com caráter de temporariedade, distinguindo-se, portanto, dos chamados efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código

Penal²⁸⁶.

- *Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.*

Para efeito do conceito do que vem a ser cargo, função ou atividade pública, a base de raciocínio deve ser o disposto no artigo 327 do Código Penal que amplia o sentido da expressão “funcionário público”, o máximo possível, atendendo a razões de política criminal, levando em conta, inclusive, as situações que dizem respeito ao caráter temporário e até sem a respectiva remuneração, bem assim, às entidades paraestatais, prestadoras de serviços contratadas ou conveniadas para a atividade típica da administração pública.

É uma sanção que se caracteriza pela sua especificidade com relação aos que cometem infrações penais em razão do exercício do cargo, função ou atividade pública. São chamados crimes que reclamam o nexo funcional.

Destarte, é possível a aplicação de outras alternativas penais a infratores que exercem cargo, função ou atividade pública, desde que estes tenham praticado infrações penais outras que não tragam conexão com esta condição. No entanto, deve ser aplicada sanção desta espécie sempre que o caso tratar de crime funcional, não cabendo, por óbvio, esta modalidade punitiva àqueles que não detêm esta condição.

Quanto ao mandato eletivo, diz respeito àqueles próprios dos agentes políticos na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo, eleitos para período determinado, seja no âmbito municipal, estadual ou federal.

Para estes, a proibição do exercício do direito relativo ao mandato eletivo se dá, de igual forma, através de decisão que a decreta temporariamente.

O que ocorre é a imposição de restrição para o início ou continuidade do exercício do mandato público, durante o período correspondente à substituição imposta.

Não se pode confundir esta modalidade de sanção com os efeitos da condenação, mencionados no artigo 92, I e parágrafo único, do Código Penal, tendo em vista que estes efeitos implicam a perda do cargo, função ou mandato eletivo e não na limitação temporária. Além do mais, os aludidos efeitos devem ser declarados na sentença e só podem ser invocados nos casos de aplicação da pena

²⁸⁶ (GOMES, 1999).

privativa de liberdade por período igual ou superior a um ano, quando o crime implica cometimento de abuso de poder ou violação de deveres para com a própria administração pública, ou quando a pena imposta for a privativa de liberdade, superior a quatro anos, nos demais crimes.

Havendo o reconhecimento do efeito da condenação prevista no artigo 92, I, do Código Penal, não cabe, logicamente, a aplicação substitutiva desta alternativa penal, tendo em vista que, havendo a perda, não pode haver a interdição temporária.

Quanto à questão que envolve a proibição do exercício do mandato eletivo, encontra-se na doutrina a observação que se refere ao conflito entre a disposição do artigo 15, III, da Constituição Federal, que determina a eficácia imediata da decisão transitada em julgado para a vedação do exercício dos cargos eletivos (Vereador, Prefeito, Deputado Estadual, Governador, etc.), com a exceção, para os casos do Deputado Federal e do Senador, que estão submetidos a um comando normativo próprio, estipulando somente a figura da perda do mandato, conforme se infere do artigo 55, VI, § 2º da Constituição Federal.

Assim, a conclusão que se extrai dos ensinamentos doutrinários é de que o juízo criminal não tem como aplicar essa modalidade de pena restritiva de direito aos deputados federais e senadores, devendo remeter a decisão exarada à respectiva casa para o encaminhamento referido no artigo 55, da Constituição Federal, que versa sobre a perda do mandato²⁸⁷.

- *Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.*

Entre as diversas profissões existentes, algumas exigem requisitos específicos para o seu exercício. Estes requisitos tanto podem dizer respeito ao reconhecimento da habilitação própria ou autorização pelo poder público.

Esta espécie de reprimenda é inerente a fatos delituosos praticados no próprio exercício da atividade, ofício ou profissão, que importe na violação dos deveres respectivos (artigo 56 do Código Penal).

Consiste no impedimento temporário do exercício das atividades a serem desempenhadas pelo profissional, por força do comando contido na decisão judicial,

²⁸⁷ (MONTEIRO, 2006).

que implica a apreensão dos documentos que simbolizam a condição autorizatória do direito restringido.

Durante a submissão do indivíduo a esta modalidade restritiva, não há impedimento para o exercício de outra atividade distinta daquela mencionada no *decisum* e, tão logo se ultime o período de restrição imposto, pode ser retomada a atividade, desde que não haja outra causa legal de impedimento.

Os exemplos mais comuns de utilização desta alternativa penal apresentam-se nas hipóteses de infrações penais, com violação de deveres, praticadas por médicos, farmacêuticos, advogados, despachantes, professores, etc.

Observação digna de registro é a de que não há impedimento na imposição de penalidades outras fora do âmbito da responsabilidade penal pelas instituições responsáveis por cada atividade ou profissão, tais como: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselho Regional de Medicina (CRM) etc.²⁸⁸

O que se tem verificado no âmbito da execução desta espécie de sanção é sua utilização em crimes culposos que envolvem a prática da medicina ou profissões na área de saúde, além de casos isolados envolvendo profissionais da advocacia, contudo sem grande impacto no cenário geral da utilização das alternativas penais, pelo próprio caráter seletivo do sistema punitivo que pouquíssimo alcança a parcela da população que ocupa este *status* social.

Todavia, esta ferramenta disponibilizada pelo sistema alternativo de penas se constitui em instrumento valioso para ser utilizado em situações que contemplem a violação dos deveres inerentes a profissão, ofício ou atividade.

- *Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*

Esta alternativa penal apresentada como “pena restritiva de direitos” (artigos 47, III e 57, todos do Código Penal), revela-se própria dos crimes culposos de trânsito.

Esta sanção refere-se à suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor e tem natureza própria de pena substitutiva. Assim, necessária é a previsão *ab initio* da privação de liberdade a ser substituída pela restrição citada.

De logo, deve ser distinguida do efeito da condenação previsto no artigo 92, III, do Código Penal, tendo em vista que esta última disposição implica vedação permanente para o exercício do direito de conduzir veículo e só ocorre quando verificado o cometimento de crime doloso, sendo o veículo utilizado como meio para

²⁸⁸ (REGIS PRADO, 2004).

a respectiva prática infracional.

O Código Nacional de Trânsito anterior (Lei nº5.108/66) diferenciava “autorização de habilitação”, destinando a expressão autorização àqueles que conduzem veículos de propulsão humana ou de tração animal, também mencionando tal expressão para açambarcar os estrangeiros que, habilitados regularmente em seus próprios países, passavam à condição de permitidos a dirigir no território nacional, enquanto que o significado do termo “habilitação” era reservado à autorização para aqueles aprovados nos testes legalmente previstos que galgavam a condição de portadores da Carteira Nacional de Habilitação. Recentemente, o novo Código de Trânsito Brasileiro criou a expressão “Permissão” que se destina aos que tiveram sucesso nos exames relativos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, com validade de um ano, fazendo jus após este prazo à Habilitação, caso não cometa infração de natureza grave ou gravíssima, ou não se torne reincidente em infração de natureza média²⁸⁹.

Diferencia-se, pois, da pena principal prevista no Código de Trânsito Brasileiro que comina, de forma isolada ou cumulativa, com outra sanção, a denominada suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor.

Primeiro porque, obviamente, inviabiliza a adoção do caráter substitutivo desta restrição pela própria, bem assim em relação à privação da liberdade, porventura, prevista cumulativamente, esvaziando, por completo, a possibilidade de sua utilização como substitutiva em tais situações.

Posteriormente, reforça-se a idéia de distinção, tendo em vista que, como o Código de Trânsito Brasileiro não menciona a expressão “autorização” e o Código Penal não contempla a expressão “Permissão”, cada uma delas, com significado próprio, anteriormente mencionado, ficou a cargo, respectivamente, de cada legislação citada.

Destarte, o que é comum às duas legislações é a suspensão da habilitação para dirigir veículo, que só será aplicada quando não houver situação de redundância.

De forma idêntica a outras restrições de direito retromencionadas, quando da aplicação desta alternativa penal, cabe ao juízo competente oficial a autoridade administrativa própria para comunicar-lhe a retenção do documento de habilitação, e a restrição imposta, para que surta regular efeito. Sendo restabelecido o direito

²⁸⁹ (BITENCOURT, 2006).

atingido após o decorrer do prazo relativo a substituição.

Esclarece-se que a suspensão de autorização ou de habilitação abrange a condição de condutor de qualquer veículo automotor e não deve ser aplicada nas situações em que, praticada a infração penal, não possuía à época, o infrator, autorização ou habilitação, posição esta defendida pela doutrina, argumentando-se que a restrição *a posteriori* implicaria violação ao princípio da legalidade²⁹⁰.

- *Proibição de frequentar determinados lugares.*

A origem desta espécie de restrição data dos idos da Idade Média, quando fazia parte do cotidiano dos sistemas jurídicos germânico, canônico e romano, como uma forma de imposição ou impedimento de domicílio, através do desterro ou confinamento²⁹¹.

O direito brasileiro utilizou esta ferramenta punitiva como medida de segurança, na antiga redação do artigo 88, § 2º, do Código Penal, que precedeu a reforma de 1984.

Também se verifica a sua presença como condição especial da suspensão condicional da pena, *sursis*, de acordo com o disposto no artigo 78, § 2º, “a”, do Código Penal, o mesmo ocorrendo em relação ao *sursis* processual (artigo 89, § 1º, II, da Lei nº9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais).

Discute a doutrina quanto à natureza desta espécie de sanção, pois, embora prevista atualmente em nosso sistema jurídico como uma das hipóteses de restrição de direitos, pode ser vista como restrição da liberdade, porque impede o indivíduo do livre exercício do seu direito constitucional²⁹².

Consiste na determinação expressa no corpo da sentença de proibição da frequência aos lugares ali explicitados, donde se infere que a decisão judicial deve trazer consigo a relação dos locais que o infrator não pode frequentar, sob pena de incorrer em proibição genérica, abstrata, violando o princípio da reserva legal.

Para a definição dos locais objeto da proibição, necessário se faz a adoção de critérios que levem em conta o delito praticado, ou seja, a conexão com a natureza e circunstâncias da infração penal para a legitimação da reprimenda.

Destarte, devem ser observados aspectos como o local onde reside ou trabalha a vítima, estabelecimentos que contribuem para uma atmosfera ou ambiente

²⁹⁰ (BITENCOURT, 2006).

²⁹¹ (DOTTI, 1998).

²⁹² (SHECAIRA, 2002).

favoráveis ao delito praticado etc.

Esta modalidade punitiva apresenta, como vantagem, compatibilidade com os ideais do direito penal atual, em sua linha progressista, tendo em vista que, buscando uma intervenção penal, o faz tentando evitar maior intensidade nesta atuação do Estado, respeitando a idéia de minimização da aplicação da privação da liberdade.

A dificuldade desta modalidade de sanção reside, principalmente, na capacidade de fiscalização pelo Estado, o que compromete a efetividade no seu cumprimento.

Difícil imaginar mecanismos capazes de monitorar, por todo o período correspondente à sanção imposta, o fiel acatamento do comando contido na sentença que a determina, ante a racional impossibilidade de, em meio aberto, fiscalizar-se, 24 horas por dia, os passos do infrator.

Diante dessa deficitária estrutura, a legislação prevê, no artigo 155 da LEP, a possibilidade de a autoridade competente, ou qualquer interessado, poder comunicar ao juiz o descumprimento da pena, praticamente “terceirizando” a fiscalização da execução penal para o corpo social.

Atualmente, discute-se, por meio de projetos que tramitam no legislativo, a utilização do sistema de monitoramento eletrônico como ferramenta para dar efetividade a esta sanção.

Enquanto tal discussão não resultar em medida objetiva, ou não for criada, pelo Estado, estrutura própria (equipes de fiscalização), a utilização desta modalidade sancionatória permanecerá comprometida em sua eficiência e, conseqüentemente, em sua imagem.

5.3.4 DA PENA DE MULTA SUBSTITUTIVA

A pena de multa, sanção pecuniária por excelência, de origem remota, sempre permeou e permeia, embora de forma variada, a legislação penal de todo o planeta, através dos tempos.

Em sua primeira fase de aplicação, significava o pagamento ao Estado, via comunidade, ou ao próprio ofendido, por meio de bens tais como: metais, animais ou

dinheiro, como reparação pelo crime praticado²⁹³.

Tendo sido aplicada largamente, quando do seu surgimento, percorreu uma trajetória que implicou, num segundo período, seu declínio e, modernamente, voltou à cena com grande destaque.

O caráter penal atribuído à idéia contida na multa reclama que esta seja imposta em razão do cometimento de uma infração penal, distinguindo-se de quaisquer outras formas existentes (multa administrativa, cível, fiscal etc.).

A despeito de sua natureza pecuniária, não deve ser confundida com indenização, haja vista sua destinação ao Estado e não à vítima.

No Brasil, segundo Roberto Lyra²⁹⁴, a multa figurou como sanção principal e acessória já nas Ordenações Filipinas, no Livro V, que vigoraram até o primeiro Código Nacional Autônomo (Código Criminal do Império, de 1830).

O estatuto penal referido, que merece os elogios por ter sido um dos mais primorosos códigos de sua época, trouxe, em seu artigo 55, a pena de multa desenhada através do sistema de dias-multa que, tido como pioneiro, poderia ser chamado de sistema brasileiro, conforme a honrada observação de Zaffaroni, citado por Regis Prado²⁹⁵.

Prevista no Código Penal Pátrio de 1940, a pena de multa referia-se ao pagamento em dinheiro da quantia determinada na sentença criminal (artigo 28, III), com cominação da quantidade mínima e máxima para cada caso, devendo o juiz observar a condição econômica do réu para a respectiva fixação do *quantum* da reprimenda.

A Lei Penal de 1940 admitiu o pagamento parcelado, assim como previu a cominação alternativa, cumulativa e isolada para esta sanção.

Também a legislação da época (artigo 689, II, do Código de Processo Penal) dispunha acerca da possibilidade de conversão em detenção e em prisão simples para os casos de descumprimento da pena imposta, quando o apenado fosse solvente.

Com a reforma penal ocorrida em 1984, o legislador adotou o critério moderno do dia-multa, por meio da Lei nº7.209/84, instituindo os dias-multa com um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, e o valor de cada

²⁹³ (REGIS PRADO, 1980).

²⁹⁴ (1942).

²⁹⁵ (1980).

dia não inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente, ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes este salário (artigo 49, do Código Penal), prevendo ainda a sua atualização monetária por ocasião da execução.

Manteve o legislador de 1984, a possibilidade do pagamento da multa em prestações mensais (artigo 50 do Código Penal).

No que se refere ao descumprimento da sanção, fixou o legislador da época a determinação da conversão em pena privativa de liberdade quando o infrator fosse solvente e frustrasse sua execução ou deixasse de pagá-la, estabelecendo, para este efeito, a correspondência de um dia de detenção para cada dia-multa não pago, limitando esta quantidade a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, ou seja, um ano (artigo 51, do Código Penal).

A cominação da pena de multa na reforma de 1984, também contemplava as modalidades isolada, cumulada ou alternada.

Em seu artigo 60, o Código Penal, atualizado em 1984, orientou o magistrado quando da fixação da pena pecuniária, indicando-lhe a observação da situação econômica do réu, inclusive, para a possibilidade de majoração da multa imposta, até o triplo, ainda que fixada no máximo, caso considerasse sua ineficácia, ante as condições econômicas do réu.

Conforme já explanado neste trabalho, a privação de liberdade, desde o final do século XIX e o início do século XX, tem sido alvo de progressivas e severas críticas quanto à sua eficiência, mormente quanto aos delitos de pequena e média intensidade²⁹⁶, o que deu margem ao surgimento de penas outras que pudessem atingir as finalidades não alcançadas pela prisão, solo fértil em que a pena de multa se frutificou.

Sendo a multa uma opção para a privação da liberdade de curta duração, a sua conversão em prisão, ainda que pelo descumprimento, revela-se antagônica e incoerente.

Assim, diante de tal constatação, é que o legislador, por intermédio da Lei nº9.268/96, extirpou, do sistema jurídico penal brasileiro, a possibilidade de conversão da multa penal imposta e não paga em privação da liberdade (artigo 51, do atual Código Penal).

Sem embargo, o valor da multa deve ser inscrito na dívida ativa da Fazenda

²⁹⁶ (FOUCAULT, 1999)

Pública e passa a ter caráter extrapenal, constituindo-se dívida de valor, devendo ser cobrada mediante processo executivo próprio, referindo-se à nova redação, inclusive às respectivas causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Pontua-se que não houve alteração quanto à natureza penal da multa, permanecendo os efeitos penais da decisão que a fixou. Contudo, o processo executório é que passa a ocorrer em moldes extrapenais²⁹⁷.

Com o advento da Lei nº9.714/98, que, como já mencionado, alargou o rol das alternativas penais no sistema punitivo brasileiro, a nova redação do artigo 44 do Código Penal dispôs sobre a possibilidade de aplicação da pena de multa, com caráter substitutivo, para os casos de condenação de até quatro anos nos crimes dolosos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, ou nos crimes culposos, independentemente da quantidade de pena.

Tal conclusão impõe a análise, em conjunto, com o disposto no artigo 58, parágrafo único, e no artigo 60, § 2º, todos do Código Penal.

Este tema suscita opiniões divergentes na doutrina quanto à vigência ou revogação do artigo 60, § 2º, do Código Penal, após a edição da Lei nº 9.714/98, pois, para autores como Luiz Flávio Gomes²⁹⁸, houve revogação tácita do dispositivo em exame, em face do teor do artigo 44, § 2º, que regulou integralmente o tema, traçando novo parâmetro temporal para a aplicação da multa substitutiva.

Segundo o renomado autor, a revogação dá lugar a nova quantidade de pena como limite, ou seja, um ano. Portanto, a ampliação é benéfica e deve ser considerada.

De modo distinto, entende Celso Delmanto²⁹⁹, argumentando que não ocorreu a revogação aludida e, sim, persiste a vigência do artigo 60, § 2º, do Código Penal, coexistindo com o novo § 2º, do artigo 44, também do Código Penal.

As razões esboçadas por Delmanto³⁰⁰ são no sentido da aplicabilidade do § 2º do artigo 60, para os crimes dolosos cometidos com grave ameaça ou violência à pessoa, nos casos em que a pena fixada não ultrapasse seis meses. Isto porque a proibição contida no artigo 44, I, para a aplicação da multa substitutiva ou quaisquer outras penas substitutivas, não está prevista no § 2º do artigo 60, que só menciona

²⁹⁷ (JESUS, 2006).

²⁹⁸ (1999).

²⁹⁹ (2000).

³⁰⁰ (1999).

os incisos II e IV, do artigo 44.

Então, quando o crime doloso for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa só caberá a substituição por multa se a pena fixada for no máximo de seis meses, ou seja, seguindo a regra do artigo 60, § 2º, do Código Penal.

Todavia, para os crimes dolosos que não envolvem violência ou grave ameaça à pessoa, o limite para aplicação da multa substitutiva será de até um ano, quando a substituição for isolada, ou até quatro anos, desde que cumulada com outra restritiva de direito, pela atual regra do § 2º, do artigo 44, do Código Penal.

A posição de Delmanto revela-se mais consistente, haja vista que não retira do ordenamento jurídico a vigência da norma do artigo 60, do Código Penal, atendendo melhor às regras de hermenêutica que recomendam o maior aproveitamento possível das normas no sistema.

Outrossim, esse entendimento permite que os praticantes de crimes dolosos, com grave ameaça ou violência à pessoa, possam ser alvo da substituição pela multa, como de resto já previa o artigo 60, § 2º, do Código Penal, antes da publicação da Lei 9.714/98, sempre que a pena estabelecida na sentença não exceda seis meses, disponibilizando a sanção pecuniária para infrações, por exemplo, como a lesão corporal leve (artigo 129, *caput*, do Código Penal), independentemente da questão dos Juizados Especiais Criminais.

A utilização da pena de multa como substitutiva da privação da liberdade, independentemente da previsão expressa no tipo penal, dar-se-á de duas formas: de uma, quando a pena privativa de liberdade, fixada na sentença, não ultrapassar um ano, hipótese em que será substituída pela multa isoladamente; de outra, quando a pena privativa de liberdade fixada ultrapassar um ano, hipótese em que poderá ser substituída pela multa, acompanhada de outra pena restritiva de direito ou apenas por duas penas restritivas de direito.

Destarte, a multa como pena integra o rol das alternativas penais, tanto quando considerada como pena prevista no tipo penal, como na hipótese de surgir como pena substitutiva. Ressalte-se que, em quaisquer das formas que se apresentar, o seu descumprimento impede a conversão em pena privativa de liberdade (artigo 51, do Código Penal).

A utilização da pena de multa vem sofrendo grande refração no Brasil, mormente a multa substitutiva, em face do perfil socioeconômico do indivíduo

alcançado pelo sistema penal, que, predominantemente, advém de classes menos favorecidas e, portanto, sem condições de honrar os valores impostos nas sentenças, o que, por via de consequência, influencia os juizes no momento da substituição, que optam pela utilização de outras alternativas penais.

Além desse fato, a determinação legal do procedimento para a sua execução, no âmbito da Vara da Fazenda Pública e patrocinada pela Procuradoria Fiscal do Estado, ou equivalentes na esfera federal, nos termos da Lei nº 9.268/96, tem ocasionado, também, a sua inaplicabilidade.

É que, normalmente, o valor da multa imposta, em muitos casos, não alcança o patamar mínimo fixado pelo sistema fiscal, a merecer a ação do Estado em um processo de execução, tendo em vista que os custos desembolsados são superiores ao valor que se busca executar.

Registro importante sobre a multa diz respeito às varas especializadas de execuções de penas e medidas alternativas, quando da execução de sentenças, que impõem penas restritivas de direito, cumulativamente com a multa, seja a substitutiva ou a prevista diretamente no tipo.

Nessa oportunidade, observa-se que o juízo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defesa, permite o parcelamento do valor da multa, em tantas parcelas quantas forem possíveis, tomando como parâmetro o disposto na primeira parte do artigo 55, do Código Penal. Este procedimento tem viabilizado o cumprimento da pena de multa em muitos casos.

Assunto que merece destaque é a edição do Decreto Presidencial nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008 (Decreto de Indulto), que em seu artigo 1º, VI, prevê a possibilidade da concessão do indulto (Art. 107, II do Código Penal), como forma de extinção da punibilidade para: o condenado a pena de multa, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não quitada aquela e cumprida a pena privativa de liberdade imposta, até 25 de dezembro de 2008³⁰¹.

Tal dispositivo legal busca por fim aos processos de execução penal em que cumprida a pena mais rigorosa, ou seja, a pena privativa de liberdade restava à pena de multa a ser cumprida e não podiam ser extintos.

Desta forma, diante das dificuldades criadas pela Lei nº 9.268/96, quanto à execução da pena de multa imposta, o Decreto Presidencial põe fim aos casos

³⁰¹ BRASIL (2008).

citados, com a concessão da extinção da punibilidade, independentemente da fase em que se encontre a execução do feito.

5.3.5 DAS PENAS DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DA PRESTAÇÃO DE OUTRA NATUREZA

A análise da pena de prestação pecuniária obriga o exame, em conjunto, da pena, que dela deriva, intitulada prestação de outra natureza ou “prestação inominada”.

Ambas as sanções foram introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº9.714/98, que fixou na inteligência dos artigos 43, I, e 45, todos do Código Penal, estas novas modalidades punitivas que, além de proporcionar um maior grau de importância à vítima no cenário do sistema penal, como medida de política criminal, coaduna-se com as diretrizes atuais que reconhecem, nas formas de reparação do dano ao ofendido, atenção aos efeitos preventivos gerais e especiais a que se propõe a pena.

A prestação pecuniária consiste numa modalidade reflexa de antecipação da reparação cível, quando idênticos os beneficiários, tendo em vista que a lei penal a disciplina como o pagamento à vítima ou a seus dependentes de quantia, em espécie, não inferior ao equivalente a um salário mínimo e não superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (§ 1º, do artigo 45, do Código Penal).

Quando a infração penal praticada oportuniza a identificação e a localização da vítima para os fins propostos na pena de prestação pecuniária, o juízo competente operacionaliza o recebimento dos valores fixados na sentença diretamente pelo seu destinatário.

A determinação do texto legal refere-se ao pagamento à vítima, não havendo esta possibilidade, aos dependentes da vítima, e, em última hipótese, às entidades públicas e privadas com destinação social.

Ensina Cezar Bitencourt³⁰² que o mais apropriado tecnicamente é reconhecer esta modalidade de sanção como multa reparatória, só podendo deixar de ser

³⁰² (2006).

destinada à vítima ou a seus dependentes, excepcionalmente, em duas situações: na primeira, quando inexistir dano a ser recomposto; na segunda, diante da ausência de vítima imediata ou seus dependentes, haja vista a ideia de recomposição do dano causado pelo crime.

Por essa linha de raciocínio, a transformação da prestação pecuniária em “prestação de outra natureza” ou “prestação inominada” só deve ocorrer por exceção.

No que tange à possibilidade de destinação dos valores impostos aos dependentes, observa-se a não utilização, pelo legislador, da terminologia “sucessores”, o que demonstra a preferência pela situação daqueles que, diretamente dependem da vítima em relação aos que legalmente possam suceder a esta quanto aos seus bens.

A relação de dependência implica necessidade, o que difere da relação sucessória, sendo compreensível que o legislador se preocupe com a recomposição dos danos causados pelo crime diretamente com relação à vítima ou àqueles afetados de forma imediata (dependentes), uma vez que a esfera cível apresenta-se como instrumento aos afetados de forma mediata (sucessores).

Outra questão a ser analisada diz respeito à expressão “beneficiários” disposta no § 2º, do artigo 45, do Código Penal, quando exige a aceitação destes para a mudança de prestação pecuniária para a prestação de outra natureza.

Neste tema, o que se tem observado é que esta aceitação é suscitada ao infrator, oferecendo-lhe, o juízo da execução, a possibilidade de cumprir a prestação imposta por meio da entrega de gêneros outros, em substituição à pecúnia.

Todavia, se bem observada, a menção feita ao termo “beneficiários”, na expressão do § 1º, do mesmo artigo, trata claramente da vítima, ou seus dependentes, tanto que se preocupa com a coincidência destes em relação aos valores percebidos para efeito da dedução no montante de eventual condenação quando da ação civil de reparação.

Por via de consequência, referindo-se, o legislador, ao beneficiário, como aquele que aufere o produto exigido do infrator no cumprimento da sanção, continua a se referir a ele como beneficiário, quando o consulta sobre a transformação da prestação pecuniária (pagamento em espécie), em prestação de outra natureza.

Entende-se, por outro lado, com fundamento nas razões expostas, que a consulta

exigida pela Lei não se refere ao infrator, mas sim ao beneficiário do produto da sanção, seja ele a vítima ou seus dependentes, bem assim a entidade pública ou privada com destinação social, conforme expressão do § 1º, do artigo 45, do Código Penal, lembrando que o texto legal utiliza a expressão “pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades pública ou privada com destinação social”.

Embora o legislador tenha estabelecido um critério de importância na sequência dos beneficiários desta alternativa penal, o que se tem observado é a inversão deste quadro com a destinação dos valores auferidos, por intermédio da aplicação e execução desta sanção, para as entidades públicas e privadas com destinação social.

Tal fato tem origem na prática que se iniciou com o advento dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº9.099/95), que implementou as denominadas “cestas básicas”, que consistem na entrega de gêneros alimentícios ou outros artigos de necessidade social, tais como cobertores, remédios, vales transporte etc., a entidades que atuam na promoção da assistência social.

Ocorre que é rotineira a não localização da vítima e dos seus dependentes, quando da fase de execução penal, para os efeitos pretendidos pelo legislador, e o que se tem notado, ao menos na experiência das Varas Especializadas de Execução de Penas e Medidas Alternativas, é a volumosa transformação da prestação pecuniária em *prestação de outra natureza* (§ 2º, do artigo 45, do Código Penal).

Ressalte-se que, a par da crítica que é feita ao desvirtuamento da sanção em comento, não se pode negar os benefícios que esta alteração proporciona, tanto ao corpo social, mormente a parcela menos aquinhoadada da população, que passa a ter mais um mecanismo de minimização desta precária condição, refletindo em toda sociedade, como para o próprio infrator que estabelece uma relação direta com a sociedade, no cumprimento de sua reprimenda, reforçando seus valores.

Essa observação tem fundamento na identificação das situações fáticas verificadas por ocasião das entregas dos gêneros às entidades, conforme determinado na sentença que impõe a prestação de outra natureza.

O monitoramento realizado pela Central de Acompanhamento de Penas e

Medidas Alternativas (CEAPA)³⁰³ tem constatado, não só a ocorrência do reforço dos valores sociais nos infratores, como a assimilação da noção do benefício que diretamente está proporcionando ao corpo social, com o cumprimento de sua reprimenda, dotando, assim, a sanção imposta de um caráter de utilidade, com predominância do conteúdo preventivo sobre o retributivo.

Outro destaque a ser feito com relação à prestação pecuniária, ainda que convertida em prestação de outra natureza, diz respeito à facilidade que esta oferece na fiscalização de sua execução, haja vista a possibilidade de monitorar o cumprimento da prestação imposta por meio de documentos como recibos, termos de audiência, ofícios, etc., além da fiscalização, *in locu*, quando do ato de entrega dos gêneros às entidades assistenciais públicas ou privadas, tarefa desempenhada pela equipe técnica das Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS), atualmente espalhadas por todo o país.

Observa-se, porém, que esta modalidade punitiva deve ser fixada para infrações penais, cujo bem jurídico tutelado e agredido não gere, na sociedade, a impressão de pouco caso do sistema punitivo.

Assim, melhor assenta a imposição da prestação pecuniária ou de outra natureza para delitos patrimoniais, por exemplo, devendo-se evitar a sua utilização naqueles com a presença de violência à pessoa, ficta ou até mesmo real, como a lesão corporal leve (artigo 129, do Código Penal), admitida nas situações dos Juizados Especiais Criminais.

Esta linha de raciocínio busca evitar ou diminuir as observações críticas feitas, tanto pela doutrina (Bitencourt, Prado, Azevedo, entre outros), como pela própria sociedade, quanto à banalização da utilização das “cestas básicas” como resposta ao crime, o que repercute negativamente na imagem de todo o sistema das alternativas penais, comprometendo a sua credibilidade e fomentando o discurso da impunidade.

Ainda com relação às “cestas básicas”, há doutrinadores que a consideram uma invenção genuinamente brasileira, oriunda do antigo conceito dos Juizados Especiais, então Juizados Especiais de Pequenas Causas, em legislação local no Estado do Mato Grosso do Sul³⁰⁴.

³⁰³ .Instituição melhor analisada nos itens 5.5 e 6.2.1.

³⁰⁴ (SZNICK, 2000).

O retromencionado autor esclarece que a denominada “cesta básica”, encontra guarida no texto constitucional, por se revestir de natureza pecuniária, e se consistir em “prestação social alternativa” (artigo 5º, XLVI, “d”, da Constituição Federal).

No entanto, posição em contrário é adotada por Cezar Bitencourt³⁰⁵, que defende a ideia da inconstitucionalidade da prestação de outra natureza (cesta básica), por entender que esta viola o princípio da legalidade, pois, como pena inominada, é pena indeterminada. E pena indeterminada não é admitida no nosso sistema jurídico, por força do princípio da reserva legal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º, do Código Penal).

Quanto ao tema em debate, constata-se a posição majoritária da doutrina pátria (Juarez Cirino dos Santos, Luiz Flávio Gomes, René Dotti, Celso Delmanto, entre outros), no sentido do reconhecimento da constitucionalidade da prestação pecuniária e sua transformação, nas hipóteses próprias, em prestação de outra natureza, conforme previsto no artigo 45, do Código Penal.

O posicionamento majoritário da doutrina é também o esposado neste trabalho. Entende-se que o texto constitucional estabelece, em seu artigo 5º, XLV, margem própria para a criação, pelo legislador infraconstitucional, de outras modalidades punitivas, desde que identificadas com aquelas previstas no mesmo enunciado normativo e não violem as regras proibitivas dispostas no artigo 5º, XLVII, da Carta Política, que não admitem penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, ou cruéis.

Ademais, a prestação pecuniária permite a sua transformação em prestação de outra natureza (não pecuniária), que, uma vez alterada para as diversas modalidades de “cestas básicas”, ou seja, alimentos, cobertores, remédios, etc., destinadas a entidades assistenciais públicas ou privadas, como já salientado, insere-se na ideia de prestação social alternativa, legitimada pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, “d”.

A fixação do *quantum* da prestação pecuniária, dada sua natureza pecuniária, deve levar em consideração a situação socioeconômica do infrator, a exemplo do que ocorre com a pena de multa (artigo 60, do Código Penal), devendo o juízo sentenciante observar, no momento da determinação da pena *in concretum*, os aspectos que circundam cada situação própria.

³⁰⁵ (2006).

Assim, nos casos de substituição, o valor a ser fixado deve orientar-se por tais diretrizes, sem descuidar da quantidade de pena imposta como um referencial de culpabilidade, proporcionalidade e suficiência.

Quando da utilização, nos casos dos Juizados Especiais Criminais (medidas alternativas), o *quantum* da prestação pecuniária ou prestação de outra natureza deve também atentar para os limites mínimo e máximo da pena previstos no tipo, além das demais circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, à exceção, naturalmente, da culpabilidade, que não é aventada nas hipóteses das medidas alternativas impostas pela Lei nº9.099/95.

Em relação à transformação da prestação pecuniária em prestação de outra natureza, os valores representados pelos gêneros a serem entregues às entidades públicas ou privadas com destinação social, devem corresponder àqueles determinados por ocasião da substituição da privação da liberdade imposta, atendendo aos critérios já mencionados.

Saliente-se que esta modalidade de sanção também contempla os crimes ambientais previstos na Lei nº9.605/98, que em seu enunciado aproxima-se bastante do teor do artigo 45, do Código Penal.

Diferencia-se, porém, quando não repete a possibilidade do pagamento em dinheiro à vítima ser destinado a seus dependentes; de igual modo, não prevê a sua transmutação para prestação de outra natureza ou *prestação inominada*.

Dessa forma, na seara dos crimes ambientais, a incidência desta sanção restringe-se à prestação pecuniária, destinando-se somente às pessoas físicas como infratores, tendo em vista que não se encontra elencada no rol das sanções direcionadas à pessoa jurídica, de acordo com os artigos 21 e 22, da Lei nº9.605/98³⁰⁶.

Observação importante é feita por Delmanto³⁰⁷, acerca do destino dos valores auferidos com a prestação pecuniária nos casos de crimes ambientais. Salienta o autor que a melhor direção dada é a de encaminhamento de tais valores a entidades públicas ou privadas que atuem diretamente na proteção do meio ambiente, fortalecendo sua estrutura, de preferência, instituições que estejam atuando na área onde, de fato, o dano ambiental ocorreu.

Registremos que, nesta direção, foi criada em Brasília – DF, em 2003, uma

³⁰⁶ (NEVES, 2007).

estrutura de Central de Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CEMA), no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, específica para os casos de infrações penais praticadas contra o meio ambiente.

Cumprе mencionar a crítica maciça que sofre o legislador por parte da doutrina, praticamente uníssona, pela opção feita de utilização do salário mínimo para balizar os parâmetros da prestação pecuniária.

Assim, tratando-se de pena de natureza pecuniária, a exemplo da multa, melhor técnica teria trilhado a opção pelo modelo dia-multa, que, inclusive, oferece mais objetividade para a fixação e substituição. Contudo, a prática tem permitido o parcelamento da prestação pecuniária, em similitude com o que ocorre com a multa, em razão do disposto no artigo 50, do Código Penal³⁰⁷.

Outro tema relacionado à prestação pecuniária, é tratado por Bitencourt³⁰⁸, quando se refere a impossibilidade de conversão em pena de prisão pelo seu descumprimento.

Assevera esse autor que, com a vigência da Lei nº9.268/96, que alterou o artigo 51 do Código Penal, para tornar a multa dívida de valor, não existiam outras sanções de natureza pecuniária, sendo incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente, com as Leis nº 9.605/98 e 9.714/98.

Portanto, com a proibição expressa de conversão da pena pecuniária de multa não cumprida em pena privativa de liberdade, a exemplo do que ocorre, também, com a pena de perda de bens e valores, a pena de prestação pecuniária descumprida não pode ensejar a conversão em prisão, por se tratar de pena da mesma natureza.

A despeito do debate estabelecido a partir das lições do autor acima mencionado, têm-se verificado conversões, quando das hipóteses de descumprimento das penas de prestação pecuniária, em privação da liberdade.

Porém, com a ampliação das estruturas de execução de penas e medidas alternativas (alternativas penais), ou seja, das Varas Especializadas e CEAPAS, uma cultura própria tem-se desenvolvido, no sentido de evitar as conversões em prisão das alternativas penais impostas.

Destarte, quando verificada a situação de descumprimento da prestação

³⁰⁷ (2006).

³⁰⁸ (CORDEIRO, 2003).

³⁰⁹ (2006).

pecuniária, por analogia ao disposto no artigo 148, da LEP, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz motivadamente alterar a forma de cumprimento da pena, ajustando-a às condições pessoais do condenado, tem ocorrido a alteração pelo juízo da execução, transformando a pena de prestação pecuniária em prestação de serviços à comunidade, medida que tem evitado a drástica imposição da privação da liberdade.

Adotando-se a doutrina do impedimento da conversão em privação da liberdade, no caso de descumprimento, o procedimento para a execução desta sanção, ante a ausência de disposição expressa a respeito, por analogia, deve ser o disposto nos artigos 164 e seguintes, da Lei de Execução Penal³¹⁰.

5.3.6 DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS

Esta alternativa penal constitui uma das mais importantes formas de punição utilizadas em diversos países.

A ideia de um sistema de penas distinto daquele baseado na privação da liberdade, como núcleo, traz como embrião a utilização da mão-de-obra do infrator, em prol do corpo social.

No final do século XIX, como já mencionado, começaram a surgir, nas legislações da Saxônia, Prússia e Baden (Länder alemães), os primeiros traços de utilização do trabalho comunitário como pena, aplicada de maneira distinta da ideia contida no trabalho forçado.

Registra-se que, em 1912, a legislação penal do Egito dispôs sobre os serviços comunitários como substitutivos da privação da liberdade, aplicados em delitos de pequena quantidade de pena de prisão.

Em 1960 a União Soviética adotou, em seu Código Penal, a prestação de serviços ao corpo social como alternativa penal.

Nos Estados Unidos da América, esta espécie de sanção penal iniciou-se nos anos 60 do século passado, por meio do Estado do Arizona e outros, tendo

³¹⁰ (MIRABETE, 2004).

destaque em bairros de Nova York, nos quais a atividade de pequenos consertos nas residências populares e o auxílio na limpeza pública demonstraram um índice de sucesso superior a 90% (noventa por cento). (SHECAIRA³¹¹)

Igualmente nos Estados Unidos da América, vale registrar, já em 1975, no Arizona, as estatísticas que acusaram um sucesso de 97% (noventa e sete por cento) nos casos de aplicação da prestação dos serviços comunitários. (SHECAIRA³¹²).

Contudo, coube à Inglaterra os louros históricos da concepção e implementação, à época, do melhor programa de serviços em favor da comunidade, já com o *status* de pena autônoma *Community Service Order* (1972). (SHECAIRA³¹³)

Na Alemanha, apenas, em 1975, surgiu o serviço à comunidade como condição especial do *sursis*. (SHECAIRA³¹⁴)

Cezar Roberto Bitencourt³¹⁵ elogia, entretanto, a preocupação alemã em somente admitir, excepcionalmente, a aplicação de pena privativa de liberdade inferior a seis meses.

A Itália consigna a origem do instituto em sua legislação em (1889-1930), com o trabalho em favor da comunidade como sanção para crimes menores. Já em 1981, como modalidade de conversão, nos casos de descumprimento da pena de multa, sendo que, em 1999, a prestação de serviço à coletividade ganhou *status* de pena alternativa à prisão nas hipóteses de contravenção penal.

Os lusitanos incorporaram, em 1982, para os primários, a substituição da prisão, nos pequenos delitos, pela prestação de serviços comunitário.

A França, somente em 1983, previu a sanção de trabalho em favor da comunidade aos condenados primários como pena substitutiva ou condição especial do *sursis*. Com a reforma penal ocorrida em 1994, foi criado o sistema “Trabalho de Interesse Geral” (TIG), aplicado como alternativa penal aos casos de infrações punidas com a prisão, que atinge os crimes cuja pena pode chegar até dez anos.

³¹¹ (1993).

³¹² (1993).

³¹³ (1993).

³¹⁴ (1993).

³¹⁵ (2006, p.75): “É elogiável, porém, sob todos os aspectos, a preocupação alemã em evitar os efeitos prejudiciais da pena privativa de liberdade de curta duração, especialmente *dessocializadores*, ao admitir, só excepcionalmente, a aplicação de pena segregativa inferior a seis meses”. [Grifo do autor].

Em toda a extensão da América Latina, só se constata a utilização da prestação de serviços à comunidade, na Colômbia, Argentina, Costa Rica, Peru e Brasil, sendo que, nestes países, à exceção do Brasil, usa-se quando do descumprimento da pena de multa.

Detalhe a ser pontuado diz respeito à distinção dos modelos adotados, quanto aos dias para o cumprimento do trabalho comunitário, como ensina Edmundo de Oliveira³¹⁶.

No modelo inglês, seguido pela Alemanha, França, Irlanda, Itália, Irlanda do Norte, Luxemburgo, Escócia, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Noruega, Finlândia, Suécia, Suíça e Áustria, o serviço comunitário deve ser realizado dentro do horário normal de trabalho do infrator.

Contudo, em países como Hungria, Rússia, Polônia, República Tcheca, Portugal e Brasil, a prestação do trabalho comunitário deve ocorrer durante as horas e dias livres para o infrator, de modo que não prejudique a sua jornada normal de trabalho (artigo 46, § 3º, do Código Penal Brasileiro).

A prestação de serviços à comunidade surgiu, no direito brasileiro, por ocasião da Lei nº6.416/77, como condição especial da suspensão condicional da pena *sursis*, e, posteriormente, com a reforma penal promovida pela Lei nº7.209/84, como pena restritiva de direito.

Embora dotada de cunho retributivo, tendo em vista a imposição do trabalho ao infrator, predomina, nesta sanção, o caráter ressocializador, pois permite a manutenção do vínculo com o corpo social, ao tempo em que revela a utilidade da pena, traduzida nas tarefas desempenhadas em prol da sociedade.

O fato de esta sanção ocorrer em meio livre impede a incidência de todos os fatores negativos identificados na pena de prisão, principalmente os males do cárcere, que contribuem para o desfiguramento da personalidade do homem. Ao contrário, reflete a interação entre infrator e corpo social, gerando no primeiro a expectativa de se redimir do ilícito praticado e, na sociedade, a minimização do estigma que normalmente a prisão incrusta nos infratores.

Conceitua-se a prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 46, do Código Penal, como atribuição ao sentenciado de tarefas gratuitas que serão por ele levadas a efeito em entidades

³¹⁶ (2001).

assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estaduais, de acordo com as suas aptidões, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, determinada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

A prestação de serviços à comunidade é vista como uma obrigação de fazer algo, portanto distinta das prestações pecuniárias, que se revelam como obrigação de dar³¹⁷.

Quanto à sua natureza jurídica, há doutrinadores que entendem tratar-se de espécie de pena restritiva de direito³¹⁸.

Contudo, melhor posição é considerá-la como espécie de alternativa penal (Regras de Tóquio), apresentando-se, no direito pátrio, como pena restritiva de direito (artigo 32, do Código Penal); como condição especial do *sursis* (artigo 78, § 1º, do Código Penal) e como medida alternativa na transação penal (artigo 76, da Lei nº9.099/95) etc.

Na rotina do mundo jurídico penal, apresenta-se, também, eventualmente, como condição judicial da suspensão condicional do processo (artigo 89, § 2º, da Lei nº9.099/95), como condição no livramento condicional (artigo 85, do Código Penal) e no cumprimento da pena em regime aberto (artigo 115, da Lei de Execução Penal).

Essa classificação permite a utilização, da prestação de serviços à comunidade em variadas situações no ordenamento jurídico penal brasileiro, como referido.

Como pena restritiva de direito autônoma e substitutiva, ou seja, em substituição à pena privativa de liberdade, é determinada no bojo da decisão condenatória, e encontra-se regulada nos termos do artigo 44, do Código Penal. Também é prevista nos artigos 8º e 23, da Lei nº9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). Para aplicação da prestação de serviços à comunidade, enquanto pena restritiva de direito substitutiva da privação da liberdade, é necessário, no caso concreto, a observância dos requisitos exigidos pelo texto legal.

Dessa forma, admite-se a substituição para os crimes dolosos, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, cuja condenação não ultrapasse a quatro anos de prisão e para os crimes culposos, independentemente da pena. Não existe distinção quanto ao crime tentado ou consumado.

Vale ressaltar que tais requisitos, incluindo outros de caráter subjetivo, também

³¹⁷ (GOMES, 1999).

³¹⁸ (SHECAIRA, 2002).

são comuns a qualquer possibilidade de aplicação de pena substitutiva e serão analisados em oportunidade própria³¹⁹.

No entanto, alguns requisitos são próprios da prestação de serviços à comunidade como o seu tempo de duração, período de cumprimento e quantidade de pena mínima para a aplicação.

Referente ao tempo de duração, prescreve o § 3º do artigo 46 do Código Penal que as tarefas a serem cumpridas deverão obedecer à razão de uma hora por dia de condenação. Logo a antiga disposição que determinava a quantidade de oito horas semanais (parágrafo único do artigo 46) perde totalmente sua vigência.

Embora tal disposição legal seja explícita, é muito comum ainda se observar, na rotina forense, decisões que trazem em seu corpo a fixação anterior, ou seja, oito horas semanais.

Estabelece o artigo 55 do Código Penal que a pena restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Assim, deve durar o tempo relativo à condenação à prisão, não podendo o seu cumprimento exceder a quantidade fixada na sentença condenatória.

Contudo, regra disposta no artigo 46, § 4º, do Código Penal admite a possibilidade de o sentenciado cumprir sua pena substitutiva em tempo inferior àquele fixado para pena de prisão, objeto da substituição. Limita, porém, esta redução a período não inferior à metade da pena imposta.

Esta regra é interessante, porém, desde que possível, para todas as hipóteses de pena substitutiva, aplicada à prestação de serviços à comunidade, e pode ensejar o seu cumprimento em até, no mínimo, metade do prazo fixado na privação da liberdade imposta.

Assinale-se, pois, que isso não significa cumprir metade da pena, haja vista que a quantidade de horas de serviços comunitários a ser prestada, com base na paridade de dias relativos à pena de prisão imposta, permanece inalterada. O que pode ser diminuído, até à metade, é o tempo para o cumprimento desta quantidade de horas.

Exemplificando: em uma condenação de três anos de prisão, substituída por três anos de prestação de serviços à comunidade, restará a obrigação da prestação de 365 (trezentas e sessenta cinco) horas, por cada ano de prisão, totalizando 1.095

³¹⁹ .Tema abordado no item 5.4.

(mil e noventa e cinco) horas, que poderão ser cumpridas, no máximo, em três anos (artigo 55 do Código Penal) e, no mínimo, em um ano e meio (artigo 46, § 4º, do Código Penal).

Porém, a despeito desta regra clara, a dificuldade que se apresenta para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade em sua forma reduzida, resulta da previsão expressa no artigo 46 do Código Penal, que admite a utilização de prestação de serviços à comunidade, apenas para as condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

O disposto nesse artigo limita a faculdade do infrator de cumprir sua reprimenda em tempo menor do que o fixado para a privação da liberdade, pois, ao prever um mínimo superior a seis meses para a utilização da prestação de serviços à comunidade e nunca inferior a metade para o seu cumprimento (§ 4º), implica dizer que uma pena de prisão fixada em sete meses, por exemplo, e convertida em prestação de serviços à comunidade, terá que ser cumprida em no mínimo seis meses, no entanto, se a condenação for a doze meses, poderá ser cumprida nos mesmos seis meses, o que se revela incoerente, uma vez que a pena maior recebe tratamento benéfico, que é negado à pena menor.

Por lógica, a pena fixada em maior quantidade revela um maior juízo de reprovabilidade da infração penal praticada, o que decorre de uma maior violação aos valores do corpo social. Portanto, o tratamento dispensado a uma pena fixada em maior quantidade não pode ser mais benéfico do que aquele dado a uma pena inferior.

A solução que se apresenta é a esposada na doutrina de Damásio de Jesus³²⁰, corroborada por Bitencourt³²¹, que admite a concessão da redução do período do cumprimento de pena (artigo 46, § 4º, do Código Penal), para todas as hipóteses em que ocorrer a substituição, por prestação de serviços à comunidade, independentemente da quantidade de pena.

Merece crítica, de igual modo, a limitação de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, como substitutiva da privação da liberdade, para os casos inferiores a seis meses, em razão do obstáculo que a lei criou para a utilização de uma sanção que se tem revelado como a mais apropriada para as condenações de curta duração.

³²⁰ (2006).

³²¹ (2006).

O que se tem observado é que esta modalidade punitiva é das mais fáceis de serem fiscalizadas e tem conseguido a maior amplitude de sucesso no fortalecimento dos valores sociais do infrator, com vistas a sua reinserção.

O discurso no sentido de que a prestação de serviços à comunidade, aplicada a situações inferiores há seis meses não aproveita o seu caráter pedagógico, foge a um fundamento racional político-criminal³²².

Vale lembrar que a legislação anterior à reforma de 1998 não estabelecia um patamar mínimo para a aplicação da prestação de serviços à comunidade ou de quaisquer outras penas restritivas de direito.

Além disso, tal limitação implica o atrito com o princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, do Código Penal, pois veda ao juízo competente a efetivação de tal princípio, ao impedi-lo de considerar a prestação de serviços à comunidade, entre as sanções restritivas de direito, como a mais adequada às condições e à situação do próprio infrator.

Acrescente-se que a prestação de serviços à comunidade pode ser utilizada como medida alternativa nos casos de transação penal (artigo 76, da Lei nº9.099/95), ainda que por período inferior a seis meses, pois não há restrição imposta por aquele texto legal. O mesmo ocorre na Lei de Crimes ambientais, que permite a utilização da prestação de serviços à comunidade, como substitutiva das condenações até quatro anos, sem estabelecer qualquer limite mínimo para tanto³²³.

Quando descumprida injustificadamente, a prestação de serviços à comunidade, revestida do caráter de pena substitutiva, converte-se em pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, § 4º, do Código Penal³²⁴.

A prestação de serviços à comunidade também se apresenta como condição especial da suspensão condicional da pena, *sursis*, dada sua previsão no parágrafo único do artigo 78, do Código Penal, que inclusive, como já referido, foi responsável pelo seu ingresso no sistema penal brasileiro.

O *sursis* é cabível quando a condenação a pena privativa de liberdade não ultrapassar dois anos, desde que presentes outros requisitos exigidos pelo artigo 77 e seguintes do Código Penal, apresentando variações no *sursis* denominados *etário* e *humanitário*.

³²² (BITENCOURT, 2006, p. 146).

³²³ (CORDEIRO, 2003).

³²⁴ . Tema objeto de abordagem crítica no item 5.4.

Interessa a esta abordagem destacar que essa forma de prestação de serviços à comunidade constitui condição estabelecida pelo juiz para a concessão da suspensão da execução da pena (§ 1º, do artigo 78, do Código Penal), não se confundindo, portanto, com o caráter sancionatório que reveste a prestação de serviços à comunidade enquanto pena restritiva de direito (artigo 32 do Código Penal).

Como condição imposta pelo juízo, uma vez descumprida, pode ensejar a revogação do *sursis* de forma obrigatória, conforme disposto no artigo 81, III, do Código Penal, resultando na execução da pena imposta em sua totalidade.

Quando aplicada como condição do *sursis*, ainda que iniciada, uma vez descumprida em seu curso, obriga o Magistrado a revogar o benefício e executar toda a pena imposta, salvo o período relativo à detração previsto no artigo 42 do Código Penal, que só atingirá o tempo que o infrator suportou de prisão ou de internação no Brasil ou no estrangeiro.

Portanto, não serão levadas em conta, para efeito de detração, as horas de serviços à comunidade prestadas, pelo infrator, na modalidade de condição do *sursis* (artigo 78, § 1º, do Código Penal), diferentemente do tratamento dispensado com relação à prestação de serviços à comunidade enquanto pena restritiva de direito substitutiva (artigo 44, § 4º, do Código Penal) que observa a detração.

Em relação ao *sursis*, cabe, ainda, mencionar que a discussão quanto à sua vigência, após a edição da Lei nº9.714/98, encontra-se superada, uma vez que este convive pacificamente com as alterações trazidas pelo novo diploma legal.

Primeiro, porque o artigo 77, III, do Código Penal determina a aplicação do *sursis* somente nas hipóteses em que a substituição, prevista no artigo 44, não for indicada, priorizando, desta feita, a substituição.

Em um segundo momento, verifica-se que a substituição, referida no artigo 44, só pode ocorrer quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, enquanto o *sursis* não impõe tal restrição para sua concessão.

Como bem acentua a doutrina, o que ocorreu foi o esvaziamento do instituto do *sursis* que, antes da reforma de 1998, atingia um espaço mais amplo, pois cabível para as condenações de até dois anos e superava as hipóteses de substituição que se limitavam a apenas um ano de condenação³²⁵.

³²⁵ (MARCÃO, 2007).

Como condição judicial, nos casos de suspensão condicional do processo (artigo 89, § 2º, da Lei nº9.099/95), a prestação de serviços à comunidade vem sendo aplicada em similitude com o disposto em relação ao *sursis* penal (artigo 78, § 1º, do Código Penal).

Ocorre que o instituto da suspensão condicional do processo, também denominado *sursis processual*, foi concebido com base no *sursis* penal do artigo 77 do Código Penal e, por consequência, consiste na imposição de condições ao indivíduo que, uma vez cumpridas, extingue a sua punibilidade (artigo 82 do Código Penal e § 5º do artigo 89 da Lei nº9.099/95).

Entre as condições impostas no *sursis* penal está o cumprimento da prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do seu prazo, o que acabou, em muitos casos forenses, incorporado para o *sursis processual* (§ 2º do artigo 89 da Lei nº9.099/95).

Da mesma forma que no *sursis* penal, quando fixada pelo juiz a obrigatoriedade da prestação de serviços à comunidade, no *sursis processual*, o seu descumprimento implica revogação do benefício. A diferença é que, revogado o *sursis* penal, se executa a pena privativa de liberdade imposta que se encontrava suspensa, enquanto que, revogado o *sursis processual*, o processo que se encontrava suspenso, volta a correr normalmente em seu procedimento próprio.

Em ambas as hipóteses, não há que se falar em detração, haja vista tratarem-se de condições.

A utilização da prestação de serviços à comunidade, como condição judicial imposta nos casos de *sursis processual*, ocorreu levando em conta que os juízes e promotores, que atuam na área criminal, perceberam que os infratores recusavam a proposta de transação penal, quando efetuada para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei nº9.099/95), aguardando sucessiva proposta da suspensão condicional do processo, a qual aceitavam.

Esta situação de fato ocorre, haja vista que, se o infrator reúne as condições objetivas e subjetivas para receber a proposta da transação penal (artigo 76 da Lei nº9.099/95), inevitavelmente reúne as condições para ser alvo da proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº9.099/95), pois o universo da segunda está contido na primeira.

No entanto, ao aceitar a proposta de transação penal, o infrator se sujeita à aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (artigo 76 da Lei

nº9.099/95), ou seja, medida alternativa, cabendo, portanto, a imposição da prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

Caso recuse a transação penal e aceite a suspensão condicional do processo, o infrator se sujeitará, somente, à imposição de condições (artigo 89 da Lei nº 9.099/95).

Assim, torna-se mais interessante recusar a medida destinada a infrações menos graves (com pena máxima de até dois anos de prisão) e aceitar medida destinada a infrações mais ofensivas ao corpo social (com pena mínima não superior a um ano), invertendo-se toda a proposta formulada pela política criminal que orientou aquela legislação.

Como forma de corrigir tal distorção, passou-se a utilizar a prestação de serviços à comunidade, como condição judicial, nos casos da suspensão condicional do processo (§ 2º do artigo 89), impondo encargo mais gravoso a este instituto, que, além desta, prevê outras condições que o infrator deverá cumprir, enquanto a transação penal só impõe o cumprimento isolado de uma medida restritiva de direito ou multa (artigo 76, da Lei nº9.099/95).

Não faz sentido, então, o infrator recusar a transação, buscando a suspensão condicional do processo, reordenando-se ambos os institutos.

Tendo em vista a previsão no artigo 85 do Código Penal quanto à fixação de condições para concessão do livramento condicional e levando em conta o disposto no artigo 132 da Lei de Execução Penal que, além das condições obrigatórias mencionadas em seu § 1º, prevê, ainda, a possibilidade da imposição de outras obrigações ao liberado, é que se tem observado a utilização da prestação de serviços à comunidade como condição facultativa em alguns casos de concessão do livramento condicional.

O raciocínio que baliza esta atitude tem, como fundamento, a noção de que o § 2º do artigo 132 da Lei de Execução Penal, ao se referir às condições facultativas, não o faz como *numerus clausus*, mas de maneira exemplificativa.

Assim sendo, considerada a questão, não há impedimento para a fixação, pelo juiz, de outras condições, desde que não venham a constituir, por si mesmas, sanção não prevista na lei ou situação que restrinja quaisquer direitos individuais preservados pelo texto constitucional³²⁶.

³²⁶ (MIRABETE, 2004).

Portanto, a imposição, ao liberado, da prestação de serviços à comunidade como condição, encontra guarida nesta construção interpretativa, principalmente por se tratar de medida prevista no ordenamento jurídico, da mesma maneira que a proibição de freqüentar determinados lugares, expressamente contemplada como idêntica condição facultativa, no mencionado artigo 132, § 2º, “c”, da Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que o descumprimento da prestação de serviços à comunidade imposta como condição ao liberado condicional, poderá gerar a revogação facultativa do benefício, com suas legais consequências (artigos 87 e 88 do Código Penal).

Outra forma de presença da prestação de serviços à comunidade no sistema jurídico brasileiro é a que se estabelece como condição especial para a concessão do regime aberto no cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme dispõe o artigo 115 da Lei de Execução Penal.

De acordo com este dispositivo, para a concessão do regime aberto no cumprimento da pena privativa de liberdade, além das exigências nele contidas e os requisitos dispostos no artigo 114 da Lei de Execução Penal, também é possível a imposição, pelo juiz, de outras condições especiais.

Na construção do que vem a ser “condições especiais”, a doutrina informa que estas devem levar em conta as condições pessoais do infrator e pertencer ao rol daquelas previstas para o livramento condicional ou da suspensão condicional da pena³²⁷.

Desse modo, por analogia às outras definições de *condições*, já mencionadas por ocasião da análise dos artigos 78, § 1º, do Código Penal, e 132, da Lei Execuções Penais, é comum a adoção da prestação de serviços à comunidade como condição especial para a concessão do regime aberto.

A hipótese do descumprimento da prestação de serviços à comunidade, imposta como condição especial para o regime aberto, implica falta grave (artigo 50, V, da Lei de Execução Penal) o que, por sua vez, acarreta a regressão de regime prevista no artigo 118, I, última figura, da Lei de Execução Penal.

Observação indispensável quanto à prestação de serviços à comunidade, em quaisquer de suas formas, reside na impossibilidade de que as horas de serviços

³²⁷ (MIRABETE, 2004).

prestados sirvam de base para o instituto da remição, previsto nos artigos 126 e seguintes, da Lei de Execução Penal.

No mesmo nível de importância, cumpre esclarecer que esta alternativa penal não gera quaisquer espécies de vínculo empregatício, jamais implicando remuneração respectiva.

Consigne-se que a prestação de serviços à comunidade encontra total guarida no texto constitucional, nos termos do seu artigo 5º, XLVI, “d”, e não se confunde com o trabalho forçado.

Assim, de toda forma que se apresenta a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, no ordenamento pátrio, seja como pena ou condição, o que se constata é que esta se constitui em uma medida voltada para a contenção da aplicação da privação da liberdade.

Portanto, merece destaque a reflexão trazida por Shecaira, quanto à utilidade desta forma de intervenção punitiva para o objetivo da conscientização daquele que violou a fronteira penal, acerca da necessidade de uma adequação mínima do seu comportamento para a convivência com o corpo social a que pertence³²⁸.

Do mesmo modo, a doutrina exorta a condição de “extraordinário caráter pedagógico – preventivo” de que esta é dotada³²⁹, pois ao mesmo tempo realiza o seu conteúdo retributivo e fomenta a atitude pessoal do infrator em ressocializar-se, além de chamar à colação a sociedade para interagir no momento da execução das reprimendas.

Apesar de expressar o reconhecimento dos valores contidos na prestação de serviços à comunidade, é compreensível a preocupação, também trazida por Bitencourt (2006, p. 142), quanto à efetividade desta alternativa penal, quando questiona: “Como, porém, operacionalizar a aplicação e execução da pena de prestação de serviços à comunidade? [...] Como se fará o acompanhamento, fiscalização do apenado que receber esta sanção penal?”

³²⁸ O caráter educativo ínsito à prestação de serviços à comunidade, chamado de prevenção especial, não tem o sentido de induzir alguém a “melhorar” sua personalidade, mas somente o de incutir a idéia de não repetir o crime. A sentença criminal não pode ser motivo para impor-se ao condenado obrigação de alterar seu *modus vivendi*. Inconcebível forçar o adepto de esquerda a aderir à direita, ou vice-versa. Nem mesmo que o mau se transforme em homem bom e piedoso. A constituição não transige com a lavagem cerebral, método preferido e largamente empregado nos regimes ditatoriais. Esta pena não quer exigir que o condenado pense e aja como toda sociedade, nem ao menos como a média das pessoas, mas pretende fazer com que o agente entenda que, mesmo com diferenças entre as pessoas, ele deve submeter-se a um padrão ético mínimo, que permita a consciência entre os homens, de forma pacífica (SHECAIRA, 1993, p. 59).

³²⁹ (BITENCOURT, 2006, p. 143)

A resposta a essas importantes indagações começaram a ser dadas com a criação do Programa Nacional de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas à Prisão, por meio da Central Nacional de Penas e Medidas Alternativas, no âmbito do Ministério da Justiça, que buscou instituir, fomentar e difundir uma estrutura apropriada para o monitoramento e a fiscalização do cumprimento das diversas alternativas penais existentes no sistema jurídico brasileiro, com ênfase na prestação de serviços à comunidade.

Corroborando este sentimento, colhe-se dos números divulgados pelo Ministério da Justiça, ao analisar a aplicação e execução, em todo o país, das alternativas penais, que a prestação de serviços à comunidade é medida utilizada, em mais de 90% (noventa por cento) dos casos³³⁰.

Quanto às mencionadas curiosidades relativas às penas restritivas de direito disciplinadas na legislação pátria extravagante, de logo suscita-se que o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com seu artigo 78, contrariando a disposição expressa no artigo 44 do Código Penal, admite a imposição cumulativa da pena privativa de liberdade com as seguintes penas: I – interdição temporária de direitos; II – publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, a expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III – prestação de serviços à comunidade, sem prejuízo da multa, também prevista no tipo.

Duas alternativas decorrem deste aparente conflito de normas: a primeira, entendendo que a regra do artigo 44, por se tratar de lei posterior (Lei 9.714/98), derroga a regra do artigo 78 da Lei 8.078/90, sendo, portanto, vedada a aplicação cumulativa de pena restritiva de direito com pena privativa de liberdade. A segunda, em sentido contrário, invoca a disposição expressa no artigo 12, do Código Penal, que estabelece a aplicação das regras gerais do código, salvo se lei especial dispuser de modo diverso.

Assim, para os adeptos da segunda posição, convivem ambas as regras supramencionadas.

Contudo, entende-se aqui, como melhor solução, a posição adotada no sentido de reconhecer a derrogação do artigo 78, da Lei nº8.078/90, prevalecendo o disposto na nova redação do artigo 44 do Código Penal, haja vista tratar-se de *lex mitior*.

³³⁰ (ILANUD, 2006).

Outra curiosidade é trazida pela disposição expressa no artigo 10 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº9.605/98), que prevê as penas de interdição temporária de direito, como a proibição do condenado de contratar com o poder público, de receber incentivos fiscais ou qualquer outro benefício, bem como de participar de licitações pelo prazo de cinco anos, quando se trata de crimes dolosos e de três anos nos culposos.

Esta previsão conflita-se, de igual modo, com o teor do artigo 44 do Código Penal, que limita a aplicação da pena restritiva de direito, nos crimes dolosos, a um máximo de quatro anos de privação da liberdade, como também com o disposto no artigo 7º da própria Lei de Crimes Ambientais, que, em seu parágrafo único, determina a duração da pena restritiva de direito idêntica à privação de liberdade substituída.

A observação de Roberto Delmanto³³¹ sobre a inconstitucionalidade do referido artigo 10, que se atrita com o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF), surge como orientação acertada acerca do tema.

A nova Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), em seu artigo 28, inova estabelecendo penas alternativas à prisão diretamente no tipo, sem a necessidade de âncora na privação de liberdade, iniciativa que merece os aplausos da doutrina progressista, adepta de uma intervenção penal pautada na minimização do poder de punir do Estado, maximizando o respeito aos direitos e garantias do indivíduo, em consonância com os princípios constitucionais postos, mormente o do resguardo à dignidade da pessoa humana.

Esta legislação trouxe em seu bojo a previsão para as hipóteses do crime de *uso de drogas*, das seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28, I, II e III).

O dispositivo mencionado também inova ao estipular prazo máximo de cinco meses para a aplicação das penas, não fixando prazo mínimo, deixando a cargo do juízo sentenciante esta avaliação, permitindo, no entanto, a aplicação até o dobro para as situações de reincidência (§§ 3º e 4º).

No § 5º, ao dispor sobre a prestação de serviços à comunidade, prevista no inciso II, direciona as atividades às instituições que, preferencialmente, tratem da

³³¹ (2006).

prevenção do consumo, ou da recuperação de usuários de dependentes de drogas.

De igual modo, o mencionado artigo 28 prevê a aplicação cumulativa e a substituição, a qualquer tempo, das penas referidas nos seus incisos I, II e III, destacando-se que só se procederá entre elas próprias, não havendo disposição acerca da pena privativa de liberdade. A multa só surge como conversão em caso de descumprimento injustificado ou recusa do agente em relação às demais penas previstas (§ 6º do artigo 28).

5.4 DAS HIPÓTESES E FORMA DE APLICAÇÃO E DA CONVERSÃO EM PRISÃO

As alternativas penais em sua espécie “penas alternativas” (restritivas de direitos substitutivas), conforme orientação traçada pelo legislador (artigo 44 do Código Penal), poderão ser aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade, nos casos de condenação por crime culposos ou dolosos, desde que este último não tenha sido cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, e a pena de prisão imposta *in concreto* não seja superior a quatro anos.

De início, constata-se que o juízo sentenciante, nos casos do cometimento de crime culposos, do ponto de vista da análise do critério objetivo tem, praticamente, uma imposição legal para a substituição, não podendo deixar de aplicá-la em função da quantidade de pena.

Contudo, mesmo nas hipóteses de crime culposos é possível que o juízo não substitua a pena de prisão, caso entenda que os requisitos de cunho subjetivo, (circunstâncias judiciais, artigo 59 do Código Penal), previstas no inciso III, do artigo 44, sejam desfavoráveis ao infrator, indicando que a substituição não é suficiente como resposta penal para a situação concreta.

Com relação às hipóteses de condenação por crime doloso, o legislador optou por estabelecer um rol maior de exigências, levando em consideração a distinção evidente que existe entre as infrações dolosas e culposas. Esta orientação obedece a critérios de política criminal consciente e valorativa.

Assim, exige a legislação, para a substituição, que o crime doloso não tenha sido praticado com grave ameaça ou violência real contra a pessoa, não sendo vedada a

substituição nas hipóteses em que a violência é exercida contra a coisa ou mesmo contra a pessoa, caso ocorra em sua forma ficta³³².

Igualmente o legislador limita a substituição nos crimes dolosos, quando a pena privativa de liberdade imposta for superior a quatro anos.

Esse requisito, de caráter temporal, impede a aplicação da pena substitutiva, ainda que o crime doloso não tenha sido praticado com grave ameaça ou violência real à pessoa, haja vista tratar-se de exigência cumulativa com a anterior.

Observação a ser feita diz respeito aos delitos que, mesmo praticados com violência real ou grave ameaça à pessoa, são considerados como infrações de menor potencial ofensivo, conforme definição trazida pelo artigo 61 da Lei nº9.099/95 e suas alterações.

Ocorre que essas infrações, como a lesão corporal leve dolosa (artigo 129 do Código Penal), ou mesmo o constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal), são merecedoras do tratamento dispensado pela política despenalizadora empreendida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais que, corretamente, dispõe de mecanismos que buscam dificultar a imposição da privação da liberdade, inclusive por meio de medidas que evitam o processo criminal ordinário³³³.

Nesse diapasão, possibilitam a aplicação de composição civil dos danos, artigo 74, e penas restritivas de direitos consensuais³³⁴, através da transação penal, artigo 76, todos da Lei nº9.099/95 (medidas alternativas).

A melhor solução, contudo, é a de possibilitar a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, para toda e qualquer infração de menor potencial ofensivo.

Com relação ao aspecto subjetivo, no que tange à substituição, insculpido no artigo 44, II, do Código Penal, o legislador, em princípio, impede que esta ocorra quando o condenado é reincidente em crime doloso. A reincidência em crime culposo não veda a substituição.

Porém, a despeito da previsão expressa no inciso II do referido artigo, o legislador, no § 3º do mesmo artigo, abriu a possibilidade de substituição, mesmo

³³² (GOMES, 1999).

³³³ Na dicção dos ensinamentos do Professor Afrânio Silva Jardim (1999, p. 351), possui o Juizado Especial Criminal, procedimento próprio para o trâmite de seus institutos: a composição civil (artigo 74) e a transação penal (artigo 76), residindo aí o *devido processo legal*, embora distinto do processo penal clássico do CPP.

³³⁴ Segundo a classificação de Luís Flávio Gomes (1999), são penas alternativas consensuais aquelas aplicadas, por exemplo, nas hipóteses de transação penal onde se exige consenso do autor do fato.

para o reincidente em crime doloso, desde que a medida seja socialmente recomendável, em paridade de tratamento com o reincidente em crime culposos.

A análise quanto à medida ser socialmente recomendável ou não, deverá ser balizada nas circunstâncias previstas no artigo 44, III, já mencionado, dentro de um espaço valorativo conferido ao juiz, sendo imprópria a incorporação da idéia de absoluta neutralidade do julgador, pois como ensina Manoel Jorge e Silva Neto³³⁵.

Esse contexto permite uma margem de discricionariedade ao julgador, possibilitando o ajuste adequado para a aplicação da norma nos casos concretos, dentro de uma política criminal que busca conferir liberdade, poderes e responsabilidades ao magistrado, por meio de um sistema dotado de atitude contemporânea, como se infere da lição de Alf Ross³³⁶.

Esse viés, que deve nortear a operacionalidade de um direito moderno, ressalta a utilidade do próprio direito para com as questões reais da sociedade, pois como afirma Von Ihering (1956), o direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele.

A interpretação do direito imperativamente precede sua aplicação e não deve, portanto, ser estática, como ensina Eros Grau³³⁷.

O óbice a essa atuação aparece quando a última parte do mencionado § 3º, do artigo 44 veda a substituição para os casos de reincidência específica.

A malgrada expressão *reincidência específica*, repristinada, produz confusão significativa para a operacionalização deste dispositivo.

Primeiramente, não há clareza quanto à amplitude desta *reincidência específica*, ou seja, a vedação atinge ou não os casos de crimes culposos?

Num segundo momento, a assimilação da expressão em seu sentido textual impede a substituição em situações nas quais a prática do mesmo crime se apresenta menos agressiva ao corpo social que a prática de dois crimes distintos.

Imagine-se um caso em que o infrator seja reincidente na prática de dois crimes

³³⁵ (2006, p. 75): “Condições intrinsecamente associadas à pessoa do intérprete enformam o trabalho interpretativo, considerando-se que fatores de ordem ideológica, cultural ou até mesmo pessoal influenciam, de modo decisivo, a postura assumida pelo cientista do direito”.

³³⁶ (2003, p. 170): “De acordo com o grau de liberdade que o juiz se atribui na interpretação da diretiva da lei, à luz das reclamações da consciência jurídica material e das exigências sociais, pode-se distinguir entre um estilo de interpretação (relativamente) livre e um estilo (relativamente) limitado”.

³³⁷ (2004, p. 152), “[...] a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Nem a ‘vontade do legislador’, nem o ‘espírito da lei’ vinculam o intérprete”. Prosseguindo, o Ministro afirma que: “A aplicação do direito – e este ato supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos”.

de difamação (artigo 139, *caput*, do Código Penal). Esta reincidência seria suficiente para impedir a substituição, enquanto a reincidência pela prática de uma difamação e um furto (artigo 155, do Código Penal) poderia levar à substituição.

Não obstante a posição aqui defendida, registre-se que o entendimento predominante na doutrina (Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, Delmanto etc.) assinala a restrição absoluta para a substituição nos casos de *reincidência específica* em crimes dolosos.

Nos termos do artigo 44, § 2º, a orientação do Código é no sentido de que, nos casos em que a condenação à pena de privação de liberdade não for superior a um ano, a substituição dar-se-á por uma pena de multa ou uma restritiva de direito. Na hipótese de condenação superior a um ano, e limitada a quatro, para os crimes dolosos ou sem limites máximos para os culposos, a substituição dar-se-á por duas penas restritivas de direito ou por uma acompanhada de multa.

Não deve haver grande dificuldade de operacionalidade quando da prolação da decisão que substitui a privação da liberdade imposta, desde que bem observada a prescrição normativa.

Todavia, no cotidiano forense, são muito comuns decisões condenatórias à privação de liberdade superiores a um ano, com a realização da substituição impondo, tão-somente, uma pena restritiva de direito ou a multa, o que implica uma execução correspondente, tendo em vista que não pode o juízo da execução alterar o conteúdo da sentença condenatória, passado em julgado, para majorar a situação do sentenciado.

Da mesma forma, não é difícil encontrar decisões que impõem a privação da liberdade mais a multa, por força da cominação cumulativa do tipo, e, quando da substituição, traduz-se na aplicação de duas multas.

Essa forma de proceder, no primeiro caso, implica a inobservância da necessidade de substituição por duas penas alternativas (incluindo-se nesta classificação a multa substitutiva), enquanto, no segundo, despreza o vasto leque de penas alternativas, optando-se pela simplista aplicação de duas multas.

Merece censura a comum atitude do juiz sentenciante quando substitui a privação da liberdade superior a um ano por duas restritivas de direito, utilizando, simultaneamente, as penas de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e de limitação de fim de semana.

O curioso é que, por óbvio, as penas impostas devem ser exeqüíveis e, na

situação que se apresenta, emerge a incompatibilidade para este propósito, tendo em vista que a dicção do artigo 46, § 3º, do Código Penal determina o cumprimento das tarefas relativas à prestação de serviços de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do infrator. Logo, deverá ocorrer, preferencialmente, nos finais de semana ou eventualmente nos feriados.

Ocorre que a execução da pena de limitação de fim de semana, por força do artigo 48 do Código Penal, obriga o infrator a permanecer aos sábados e domingos em casa de albergados ou em outro estabelecimento adequado.

Assim, torna-se praticamente impossível a obediência à disposição contida no artigo 55, também do Código Penal, que determina que a pena restritiva de direito imposta tenha a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

A solução que tem sido encontrada pelos operadores do direito, nas Varas de Execuções Penais, é a utilização do artigo 148 da LEP, normalmente substituindo a pena de limitação de fim de semana, que costumeiramente é de comprometida efetividade e fiscalização, pela pena de prestação pecuniária ou de outra natureza, havendo situações onde se admite a alteração mencionada, inclusive a requerimento do próprio sentenciado³³⁸.

Na substituição, o juiz deve atentar para a mensagem trazida pelo legislador, por intermédio do conteúdo da Lei nº9.714/98, que procurou municiar o ordenamento jurídico de uma significativa variedade de *penas alternativas*. Assim, utilizando estas ferramentas de maneira que aproveite a diversidade dos conflitos penais, atribuindo um caráter de utilidade a este instrumental normativo, operará sua conformação.

Com a intenção de dotar as alternativas penais de um caráter de efetividade, o legislador procurou revesti-las de um grau de coerção julgado suficiente por meio da perspectiva da privação da liberdade.

Dessa forma, dispõe o artigo 44, § 4º, do Código Penal acerca da conversão das penas restritivas de direito (penas alternativas) em pena privativa de liberdade, quando houver o descumprimento injustificado da restrição imposta na alternativa penal.

Essa medida institui uma espécie de âncora no sistema de aplicação das penas restritivas de direito no Código Penal e tem como objetivo assegurar o seu

³³⁸ “É possível, a requerimento do réu, trocar-se uma pena substituta por uma outra dessa mesma natureza, como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade em vez da suspensão da habilitação para dirigir veículos”. (TACrimSP, AC 937.117/5, Rel. Haroldo Luz, Bol. IBCCrim, 53:189).

funcionamento, com a possibilidade do acionamento da prisão para os casos nos quais não há o cumprimento da restrição de direito determinada.

Em um primeiro momento, a simples previsão abstrata da possibilidade da conversão em prisão assume um caráter preventivo (ameaça) e, em momento derradeiro, a efetiva conversão concretiza o sentido repressivo da medida.

A opção do legislador por esse sistema revela a ideologia de uma política criminal focada na prisão como epicentro de todo o sistema penal, haja vista que se inicia com a idéia da privação da liberdade (pena abstrata) e encerra-se com previsão idêntica (conversão em pena privativa de liberdade).

Para a mudança da ideologia, que entende a prisão como centro do sistema penal ante o notório questionamento quanto a sua capacidade de realizar as suas finalidades declaradas, particularmente nas hipóteses de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, torna-se imperativa a inversão deste paradigma para conceber as alternativas penais como regra e a privação da liberdade como exceção³³⁹.

Contudo, do modo que está posto, pode haver a conversão em prisão em duas distintas situações: uma, de caráter volitivo e, outra, de caráter sistêmico.

A primeira hipótese, de caráter volitivo, implica em um comportamento do penitente em desacordo com os ditames e regramentos da restrição a este imposta, revelando a sua inadaptabilidade a este modelo sancionatório, uma vez que houve o *descumprimento injustificado* da respectiva alternativa penal.

Registre-se que esta hipótese de conversão, de cunho obrigatório, no âmbito das varas de execução de penas e medidas alternativas, ocorre quando esgotadas todas as medidas utilizadas pela equipe de monitoramento e acompanhamento do cumprimento das alternativas penais, que costumam reverter a maioria maciça dos casos³⁴⁰.

A segunda hipótese de conversão, de cunho facultativo, tem caráter sistêmico, vale dizer, pode ocorrer quando houver condenação posterior à pena privativa de liberdade, situação em que o juiz de execução decidirá acerca da conversão, caso não seja possível ao condenado cumprir a restritiva de direito imposta anteriormente (artigo 44, § 5º, do Código Penal).

³³⁹ . Tema abordado no item 6.3.

³⁴⁰ . Tema abordado no item 6.2 e seus subitens.

Para essa hipótese, o que deve ser considerado pelo juízo da execução é a compatibilidade do cumprimento da nova sanção imposta com a alternativa penal em plena execução. Caso seja factível a execução simultânea de ambas as condenações, não há determinação, pelo legislador, de obrigatoriedade da conversão.

Quando ocorre nova condenação à privação da liberdade e esta é substituída por pena restritiva de direito, costumeiramente, o juiz da execução procura adaptar ambas as sentenças, utilizando o instituto da unificação das penas, previsto no artigo 111 da Lei de Execução Penal.

Decorre, dessa adaptação, a continuidade da situação do condenado, que passa a cumprir as duas reprimendas, ajustando-se esta rotina às condições pessoais do infrator, nos termos do, já mencionado, artigo 148, também da LEP.

A política utilizada pelos juízos especializados em execução de penas e medidas alternativas é no sentido de evitar, desde que possível, a utilização da conversão de alternativas penais em privação da liberdade. Só o fazendo nas hipóteses absolutamente necessárias.

Nos casos em que a nova condenação à pena privativa de liberdade não possibilita a substituição acima referida e nem a utilização de quaisquer outras formas de alternativas penais, a exemplo do *sursis*, etc., e o cumprimento da privação da liberdade se impuser de maneira efetiva, cabe a conversão mencionada com a respectiva unificação, considerando-se a detração prevista no artigo 44, § 4º, do Código Penal.

Nesta ou em qualquer outra hipótese, desde que possível, prevê claramente o § 4º do artigo 44 do CP que, em caso de conversão em pena privativa de liberdade, pelo descumprimento da restrição imposta, a pena a ser executada deduzirá o tempo cumprido da pena restritiva de direito.

Desse modo, a detração referida no artigo 42 do Código Penal, relativa a pena privativa de liberdade, foi incorporada às penas restritivas de direito, por força deste dispositivo (§ 4º do artigo 44, do Código Penal).

A ressalva que é feita quanto a esse louvável dispositivo, diz respeito ao teor da sua parte final, quando limita o saldo remanescente da operação, que realiza a detração penal, a *um mínimo de trinta dias*.

A crítica a essa parte do dispositivo em análise concentra-se na idéia de violação a princípios constitucionais como o da judicialidade, tendo em vista que o saldo a

cumprir é determinado, diretamente, pelo legislador e não pelo juiz, caso se imagine uma hipótese de detração na qual o saldo concreto fosse de dez dias e imposto os trinta dias.

Outro princípio constitucional arranhado é o da proporcionalidade, dada a imposição de pena superior ao *quantum* já dimensionado por ocasião da individualização judicial, realizada na sentença condenatória.

De igual modo, também restariam violados os princípios da culpabilidade e da proibição de excesso, entre outros.

As mencionadas hipóteses de conversão das penas alternativas em privação da liberdade são consideradas como “causas gerais de conversão”³⁴¹, destinadas ao rol das alternativas penais, excepcionando-se as de cunho pecuniário que, por força do novo tratamento dispensado pela Lei nº9.268/96, impede a imposição da prisão por descumprimento, como já referido.

Merece menção própria, a conversão disciplinada na Lei de Execução Penal. Nesse modelo de conversão, a LEP na verdade estabelece regras, em sua maioria, já contempladas, direta ou indiretamente, pelo sistema do Código Penal, pois residem as disposições do seu artigo 181 em situações de descumprimento injustificado, ou nova condenação.

Assim, constata-se a presença, no sistema punitivo brasileiro, de um instrumental legal significativo capaz de proporcionar a operacionalidade de uma política criminal fincada sobre princípios modernos, calcados na diretriz constitucional da intervenção mínima do poder de punir do Estado, principalmente, quando da ocorrência de infrações de menor e médio potencial ofensivo.

Contudo, a despeito de tal constatação, é sensata a lição de Fernanda Otoni de Barros³⁴².

Portanto, resta perquirir o nível de correspondência estrutural que se apresenta a possibilitar que este instrumental normativo se torne efetivo, ou seja, opere sua inserção no mundo dos fatos e materialize uma intervenção penal que se revele legítima, capaz de efetivar a punição devida ao caso concreto, resguardando o corpo social e respeitando a dignidade do infrator e, ao mesmo tempo, adequada, possibilitando ao sentenciado a absorção da porção de reinserção social de que

³⁴¹ (BITENCOURT, 2006, p. 180).

³⁴² (2005, p. 36): “A lei por si não garante a ordem, é preciso crer nela, e a crença é uma operação que necessita de investimento”.

deve ser dotada a sanção.

Para tanto, cumpre analisar a quantas andam as ações voltadas para a criação, ampliação e funcionamento das estruturas adequadas a efetividade das alternativas penais, o que exige uma jornada acerca das ações governamentais ultimadas sobre o Tema.

5.5 A TRAJETÓRIA DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS: A EXPERIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É fato que, a despeito de toda a implementação dos institutos voltados para o crescimento e a efetividade na aplicação das alternativas penais, no sistema punitivo brasileiro, durante a década de 90, o que se constatou, até o seu final, foi a existência de tímidas iniciativas na criação de estruturas adequadas e suficientes para o acompanhamento, a fiscalização e o monitoramento da execução das alternativas penais, o que comprometeu, significativamente, a criação de uma cultura acerca desta forma de intervenção punitiva, tanto entre os operadores do direito, quanto no corpo social.

A constatação, em face da inexistência de estrutura que pudesse tornar a execução das alternativas penais, principalmente das penas restritivas de direito, algo efetivo, ao revés, acabou por disseminar a idéia de que as alternativas penais eram sinônimo de impunidade.

O corpo social, alimentado pela ilusão de que o enfrentamento ao fenômeno criminal só pode e deve ser eficaz através da política prisional, não recepcionou a noção de que as infrações de menor potencial ofensivo devem ser tratadas de forma diferenciada. Decerto, e para que pudesse mudar seu modo de pensar, teria que constatar o efetivo funcionamento deste novo sistema, mediante a comprovação de que as alternativas penais cumprem melhor as finalidades da pena que a privação da liberdade, para estas espécies de delitos.

Os operadores do direito, por sua vez, diante da nova sistemática, ressentem-se da falta de estrutura inerente aos órgãos do sistema jurídico penal, mormente o Judiciário e o Ministério Público, para fazer frente ao monitoramento e à fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direito.

Tal situação revela a incapacidade, de, a curto prazo, principalmente do Poder Judiciário, equipar-se e estruturar-se para cumprir a determinação legal, contida na Lei de Execução Penal (artigo 66, V, “a”). Ressalte-se que a execução da pena privativa de liberdade está a cargo do Poder Executivo, o que desonera o Poder Judiciário e facilita a sua intervenção nesta espécie de execução penal, que implica uma atuação apenas procedimental-jurisdicional e não administrativa.

Em um interessante, embora negativo círculo vicioso, o Estado jurisdicional deficiente claudica no acompanhamento e na fiscalização da execução das alternativas penais e gera na sociedade a sensação de que estas alternativas penais significam impunidade. Legitimado pelo sentimento social, o Estado jurisdicional deficiente se encolhe na aplicação das alternativas penais.

A lentidão do Poder Judiciário para criar, em seu âmbito, estruturas adequadas para fiscalização da execução das alternativas penais é fato, tendo em vista que a criação de Varas Especializadas é um processo moroso, pois envolve não só a disponibilidade de recursos, com os ajustes políticos respectivos com o Poder Executivo, como o encaminhamento de projetos legislativos que necessitam da regular tramitação junto a este poder. Semelhante situação ocorre com o Ministério Público.

Ainda que ultrapassada esta fase, torna-se necessária a implementação de tal estrutura com a disponibilidade de espaço físico, a realização de concurso público para o provimento dos respectivos cargos e a capacitação dos servidores para o exercício regular de suas funções.

Registram-se, até o ano de 2000, pouquíssimas experiências no intuito da criação de estrutura adequada à execução das alternativas penais, com a inexistência de Varas Especializadas ou organismos semelhantes, com procedimento próprio e corpo técnico capacitado, notando-se a ausência da participação de rede social ou entidades públicas ou privadas que atuassem como parceiras na tarefa da fiscalização e monitoramento das alternativas penais.

É bem verdade que, em 1987, junto à Vara de Execução Criminal de Porto Alegre – RS, surgiu um projeto piloto com o propósito de estruturar um sistema capaz de monitorar e acompanhar os casos de execução da pena de prestação de serviços à comunidade, liderado pela magistrada Vera Regina Muller, que, inclusive, depois de sucedida pela combativa e saudosa Juíza Cleuza Mariza Silveira de Azevedo, viria a ser Coordenadora Geral do Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas do

Ministério da Justiça, em 2001.

Outra iniciativa identificada partiu do magistrado Diomar Ackel Filho, em São Paulo, no Fórum Regional de São Miguel Paulista, por intermédio de convênio celebrado com o Hospital Tide Setúbel, também para a execução da pena de prestação de serviços à comunidade.

Vale consignar algumas experiências criadas no Estado de Mato Grosso do Sul, em 1990, no Estado de São Paulo, nos anos de 1989, 1995 e 1997 e no Estado da Paraíba, no ano de 1997.

Em 1997, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), numa parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), realizou uma pesquisa com o objetivo de radiografar o estágio de implementação dos programas voltados para a execução das alternativas penais, principalmente os afetos à pena de prestação de serviços à comunidade nos Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e São Paulo.

Naquela oportunidade, o Governo Federal, através do Ministério da Justiça, envolveu-se no tema, criando um grupo de trabalho com a tarefa de pensar e conceber uma estrutura piloto destinada ao acompanhamento e fiscalização da execução das alternativas penais, no Estado de Goiás e no Distrito Federal, surgindo daí outras estruturas semelhantes no Paraná (1997) e no Pará (1999).

Um marco para a trajetória da política de incremento das alternativas penais, no Brasil, deu-se com a criação, em 1998, da primeira Vara Judicial Especializada na Execução de Penas Alternativas, em Fortaleza – CE, por iniciativa local, cujo titular, Magistrado Haroldo Máximo, mais tarde, em 2006, tornar-se-ia o primeiro Presidente da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça.

A despeito das importantes e históricas experiências e ações retromencionadas, havia a carência de uma atitude maior que garantisse a visibilidade da existência de um sistema pautado na aplicação de alternativas penais à prisão no País.

A dificuldade na mobilização do Judiciário para a formação da estrutura necessária a fazer frente à efetividade das alternativas penais como um sistema posto gerou, no seio do Poder Executivo, a atitude de colaboração, resultando na implementação de uma política pública nacional voltada para execução das alternativas penais.

Assim, surge em setembro de 2000, no âmbito do Ministério da Justiça o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas seguindo diretriz do Conselho

Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a ser executado pela gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), vinculada à Secretaria Nacional de Justiça, tendo como missão gerar as atitudes necessárias para a difusão da aplicação das alternativas penais no Brasil.

As ações da CENAPA consistiam em assessorar, informar, capacitar, estruturar e incrementar, através de recursos oriundos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), em todo território nacional, a instalação de equipamentos públicos necessários à fiscalização e ao monitoramento do cumprimento da execução das alternativas penais.

Dessa forma, preliminarmente, cuidou-se de elaboração e celebração de diversos convênios com os Estados Membros para a criação e implemento das Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS). Estes convênios foram firmados com estruturas variadas no âmbito institucional dos Estados, dependendo, em cada caso, da sensibilidade e aceitação das instituições.

Por tais razões, foram celebrados convênios com os Tribunais de Justiça, as Secretarias de Estado, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Também, em casos excepcionais, conveniu-se com organizações não-governamentais (ONGs).

Os convênios aludidos objetivaram a formação de uma célula estrutural mínima, dotada de espaço físico e de recursos materiais e humanos, que possibilitassem o auxílio ao Judiciário e ao Ministério Público na tarefa de monitorar, acompanhar e fiscalizar a execução das alternativas penais.

O corpo técnico, tido como indispensável para proceder tal tarefa, foi pensado a partir de uma visão multidisciplinar, conforme reclama a própria natureza da execução penal, dotado, portanto, de profissionais das áreas afetas à execução penal, como psicólogos, assistentes sociais, terapeutas, advogados etc.

No ano de 2002, buscando alcançar uma dimensão de consolidação da política pública de prevenção criminal, mediante disseminação da cultura da aplicação das alternativas penais em todo o país, foi criada, por meio da Portaria Ministerial 153/02, a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), composta por Juizes de Direito, Defensores Públicos, Promotores de Justiça, Psicólogos e outros técnicos com conhecimento e experiência na área de execução das alternativas penais, em todo o Brasil.

De igual modo, no ano de 2002, fruto do trabalho realizado pela CONAPA, foi publicada, com o apoio financeiro do Ministério da Justiça, a primeira edição do *Manual de Monitoramento de Penas e Medidas Alternativas*, instrumento que passou a orientar o fluxo procedimental das ações no âmbito das Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, em todo o país, trazendo em seu bojo organogramas que visavam uma ação unificada e organizada da tarefa de monitorar, acompanhar e fiscalizar a execução das alternativas penais.

Consigne-se que o Manual referido tornou-se uma bússola para os diversos procedimentos necessários da dinâmica da execução das alternativas penais, orientando os técnicos acerca da interdisciplinaridade que norteia esta forma de execução penal.

A metodologia desenvolvida centraliza-se nas ações da equipe multidisciplinar das Centrais em um processo de trabalho consistente em prática psicossocial, sem contudo, desvestir-se da noção de sanção penal. A multidisciplinaridade envolve a atuação de diversos saberes, compondo-se a equipe técnica das Centrais de Advogados, Psicólogos, Assistentes Sociais, Pedagogos, Terapeutas Ocupacionais etc.

As ações mencionadas consistem no conhecimento da história de vida individualizada dos cumpridores(as) ou beneficiários, de suas condições psicossociais e possibilidades de ressignificação do delito, além de todos os aspectos jurídicos da infração praticada.

Busca-se o aprofundamento da identificação do perfil de cada cumpridor (a), exortando as suas principais habilidades pessoais, a capacidade de adaptação e ajuste na sociedade, fomentando o reconhecimento da sua cidadania dotada de direitos, bem como de deveres.

O trabalho consiste no fortalecimento das características positivas do indivíduo, acolhendo e valorizando o infrator como cidadão, estimulando sua autoestima na tentativa de despertar habilidades e aptidões, muitas vezes adormecidas em cada um.

A equipe multidisciplinar percorre este caminho sem se afastar da perspectiva da punição da transgressão praticada, porém, utilizando a sanção penal com instrumento de censura do comportamento desviante e reorientação do infrator.

A dinâmica de trabalho das equipes das CEAPAS, junto ao cumpridor (a) envolve passos, a saber: a) entrevista psicossocial; b) reunião do grupo de

encaminhamento; c) reunião de grupo de fechamento; d) entrevista final.

Tendo havido uma condenação a pena alternativa à prisão ou a imposição de uma medida alternativa, o juízo responsável encaminha o cumpridor (a) para a respectiva Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Neste primeiro contato realiza-se a entrevista psicossocial previamente agendada.

A entrevista psicossocial é o primeiro passo e primeiro contato dos setores multidisciplinares com o cumpridor(a) dividido em duas etapas. Na primeira delas há uma entrevista com o setor de Assistência Social e na segunda com o setor de Psicologia. Essas entrevistas são obrigatoriamente realizadas em todos os casos encaminhados.

Os objetivos são: a) a escuta dos cumpridores (as) buscando-se compreender a expressão de sentimentos relacionados ao ato delituoso;

b) uma avaliação buscando traçar o perfil de cada cumpridor (a), perquirindo-se a adequação do a) infrator (a), quanto ao encaminhamento às entidades da rede social, para o efetivo cumprimento da pena ou medida alternativa imposta.

O caráter jurídico da entrevista psicossocial, não desaparece, pois, trata-se de um procedimento de cunho administrativo, sem o condão de alterar os aspectos processuais penais (crime e pena), contudo adstrito às regras de ética profissional das áreas técnicas envolvidas.

Este procedimento possibilita ao (à) cumpridor (a) expressar-se sobre seus sentimentos, abordar suas preocupações, discutir eventuais anseios e dúvidas, além de reforçar as perspectivas de uma ressignificação do ato infracional praticado, medida indispensável ao cumprimento das finalidades da pena.

Após a realização da entrevista psicossocial, a equipe multidisciplinar sugere ao juízo competente, para a sua análise e decisão, o encaminhamento do cumpridor (a) para a Instituição da rede social credenciada, que entender mais adequada (hospitais, escolas, creches, ONGs, órgãos públicos etc).

Determinado pelo juízo competente, o respectivo encaminhamento do cumpridor(a) para a Instituição, dá-se a reunião do grupo de encaminhamento, que se destina a fornecer todas as informações necessárias quanto à Instituição indicada, com o objetivo de orientar o cumpridor acerca de sua postura e atitude junto à Instituição no cumprimento da pena.

Nesta oportunidade, se esclarece quanto ao tipo de Instituição, funcionamento, funcionários, responsáveis, público-alvo, finalidades etc. A citada reunião é dirigida

por psicólogo (a), com a utilização de mecanismos, tais como, dinâmicas de grupo, informações audiovisuais etc, com o desiderato de fomentar no sentenciado, compromisso e responsabilidade na correção do seu comportamento que motivou a intervenção punitiva. Nesta ocasião, toda documentação necessária ao cumprimento da pena junto à Instituição é entregue aos beneficiários e devidamente encaminhada à referida Instituição, tais como, ficha de encaminhamento, relatório de frequência, relatório de avaliação etc. Esta etapa se constitui em fundamental para a efetividade da pena imposta, pois revela as expectativas e constrói o direcionamento do penitente.

Durante o cumprimento da pena ou medida alternativa, a equipe multidisciplinar interage tanto com o penitente quanto com a Instituição onde ocorre o cumprimento da pena, por intermédio de visita de monitoramento e inspeção, e/ou atendimentos setorizados, individualizados ou em grupos de cumpridores.

Ao final do cumprimento da pena tem lugar o grupo de fechamento, prática do setor social das Centrais com o objetivo de conhecer e compreender a situação vivenciada pelo cumpridor. Esta prática consiste em reunião com cumpridores que findaram sua pena e explicitam as implicações psicossociais ocorridas, além da visão de cada um quanto à ressignificação, a importância e utilidade da pena imposta e cumprida. Este momento proporciona troca de experiências e crescimento individual, segundo opiniões dos respectivos profissionais.

A derradeira etapa do trabalho psicossocial consiste na entrevista final realizada individualmente com cada cumpridor, momento em que todos os aspectos da execução da pena são analisados e checados, sejam eles positivos ou negativos preponderantemente na concepção do cumpridor. Este momento se caracteriza pela conclusão dos profissionais psicossociais quanto ao impacto da atuação do sistema de justiça na vida do sentenciado, quer seja sobre o aspecto do direito, quer seja sobre o aspecto emocional e social. É o momento em que se busca saber se de fato a pena cumpriu sua finalidade.

Ao término da entrevista final, toda documentação é juntada ao processo e devidamente encaminhada ao juízo competente para que este possa analisá-la e extinguir a punibilidade pelo cumprimento efetivo da sanção.

O rito procedimental junto à execução penal, em regra se inicia com a designação pelo juízo competente da denominada audiência admonitória. Presentes na audiência, juiz, membro do Ministério Público, defensor do sentenciado,

sentenciado e equipe técnica das Centrais, são esclarecidas as questões acerca da pena ou medida alternativa imposta, da Instituição sugerida pela Central para o cumprimento da pena, bem como dúvidas do sentenciado quanto a todo procedimento.

Na sequência, ouvidos Ministério Público e defesa, técnicos das Centrais e sentenciado, dá-se o início do cumprimento da pena com o encaminhamento do penitente para a Instituição adequada.

Durante o cumprimento da pena, devidamente monitorada pelos profissionais das Centrais, toda e qualquer intercorrência é levada ao processo e conseqüentemente ao conhecimento do juízo competente que adotará as providências que entender necessárias para cada situação.

Na eventual situação de descumprimento injustificado da pena ou medida alternativa imposta, tem lugar a denominada audiência de advertência, oportunidade em que o penitente é intimado a comparecer para apresentar justificativa acerca do descumprimento da pena. Durante a audiência, com a presença de todos as Instituições e Órgãos já mencionados, caso se acolha a justificativa apresentada, determina-se a retomada do cumprimento da pena, que pode ocorrer em Instituição outra, se for o caso. Se houver entendimento em sentido contrário, não acolhendo a justificativa apresentada, a pena alternativa será convertida em pena privativa de liberdade, seguindo-se os critérios legais para cada caso.

Outra tarefa essencial que cabe às CEAPAS é a formação da rede social parceira, composta das Instituições destinatárias do cumprimento das penas e medidas alternativas (hospitais, escolas, creches, ONGs, órgãos públicos etc).

A construção da rede é de fundamental importância para o alcance das finalidades da pena. Trata-se de interação com a sociedade civil e Órgãos públicos outros, chamando-os à participação efetiva na fase mais aguda de funcionamento do sistema punitivo, qual seja, a da sua efetiva execução. Nesta fase, onde a pena de fato se materializa, a citada interação rompe barreiras, desmistifica comportamentos, quebra preconceitos e encurta a distância que separa a sociedade do infrator, facilitando as trocas e o reforço dos valores sociais.

Assim, a equipe das Centrais identifica Instituições com perfil e interesse em compor a rede social, procedendo visitas de fomento e sensibilização, por meio das quais iniciam um processo de cooperação formalizados por termos de cooperação ou convênios próprios, nos quais se geram direitos e obrigações recíprocas

(credenciamento na rede).

Para a formação da rede, em regra são exigidos requisitos indispensáveis, tais como: 1) regularidade de documentação de funcionamento da Instituição (CNPJ, título de utilidade pública, federal, estadual ou municipal); 2) não possuir fins lucrativos; 3) declaração de comprometimento com a causa das alternativas penais à prisão; 4) disponibilidade de funcionário responsável pelo funcionamento da cooperação; 5) frequência a curso de capacitação e aprimoramento realizados pelas CEAPAS; 6) concordância com as visitas de fiscalização e monitoramentos pela equipe da CEAPA, havendo o descredenciamento da Instituição que deixar de possuí-los ou não atender aos objetivos metodológicos exigidos.

As entidades integrantes da rede são submetidas a um curso inicial de capacitação cujo objetivo é esclarecer toda a metodologia utilizada durante o cumprimento da pena e orientar acerca do procedimento na rotina do convívio com o penitente, explicitando seus direitos e obrigações durante a execução da pena.

Durante o período de cumprimento da pena são realizadas visitas institucionais pelas equipes da CEAPA junto às Instituições que compõem a rede com a finalidade de supervisionar a execução da pena, constituindo-se em instrumento de efetiva fiscalização das penas e medidas alternativas. Tais visitas são feitas de forma aleatória e sem prévio agendamento, atestando ou não a regularidade das atividades e estreitando os laços de parceria, como também esclarecendo eventuais dúvidas ou questionamentos existentes.

Na mesma linha, ocorrem as chamadas reuniões de monitoramento periódico, onde as equipes das Centrais interagem com diversas Instituições da rede em conjunto, buscando a troca de experiências, a difusão de boas práticas e a elucidação dos questionamentos feitos por parte das Instituições conveniadas, no intuito do aperfeiçoamento do funcionamento metodológico proposto.

As reuniões de monitoramento periódico, contam com a presença dos juízes, membros do Ministério Público, defensores e técnicos das CEAPAS, possibilitando a interinstitucionalidade do processo com a participação multidisciplinar e o reforço da credibilidade público-privada necessária para o efetivo funcionamento da execução da pena.

Por via de consequência, o programa nacional promoveu o primeiro ciclo de capacitações regionais sobre monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, que reuniu nas cidades de São Paulo, Salvador, Manaus, Fortaleza e

no Distrito Federal, técnicos e operadores do direito das 27 (vinte e sete) unidades da Federação.

Em 2003, o programa sofreu os efeitos da reestruturação pelo qual passou o Ministério da Justiça, deslocando a CENAPA da Secretaria Nacional da Justiça para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tendo sido criada a Coordenação Geral de Reintegração Social (CGRS), com orçamento próprio e abrigando a CENAPA.

Por via de consequência, o programa nacional promoveu o primeiro ciclo de capacitações regionais sobre monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, que reuniu nas cidades de São Paulo, Salvador, Manaus, Fortaleza e no Distrito Federal, técnicos e operadores do direito das 27 unidades da Federação.

Em 2003, o programa sofreu os efeitos da reestruturação pelo qual passou o Ministério da Justiça, deslocando a CENAPA da Secretaria Nacional da Justiça para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tendo sido criada a Coordenação Geral de Reintegração Social (CGRS), com orçamento próprio e abrigando a CENAPA.

Igualmente em 2003, o Ministério da Justiça demonstra atitude de fortalecimento do programa nacional de apoio às penas e medidas alternativas, seguindo a orientação do direito penal moderno e atendendo à política criminal orquestrada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com estratégias focadas nos objetivos seguintes: I – produção e disseminação de conhecimento acerca da execução das penas e medidas alternativas; II – identificação, avaliação e fomento de boas práticas nesta área; e III – apoio técnico e financeiro aos judiciários e executivos estaduais para que promovam melhorias nos seus sistemas de aplicação e fiscalização das alternativas penais.

Em 2004, foi realizado o segundo ciclo de capacitações regionais sobre o monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, ocorrido nas cidades de Belém, Recife e Curitiba, voltados para as Regiões Nordeste, Norte e Sul.

A partir de 2004, a CENAPA passou a disponibilizar dados no *site* do Ministério da Justiça, por intermédio do seu corpo técnico, relativos aos números e perfil dos beneficiários das alternativas penais, bem como do progresso alcançado pelo programa nacional, com a divulgação de indicadores sociais e jurídicos.

A CENAPA passou a selecionar e capacitar os técnicos e as entidades conveniadas, oriundos da sociedade civil e dos órgãos públicos para, juntamente

com os juízos competentes, atuar diretamente junto aos indivíduos submetidos às alternativas penais.

Naquele mesmo ano, a Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) sofreu uma reestruturação, ampliando o número de membros integrantes para contemplar representação de todas as unidades da federação.

Ainda durante o ano de 2004, o investimento do Ministério da Justiça tornou-se seis vezes maior que nos anos anteriores, destinando recursos para projetos nos Estados membros que criassem ou ampliassem as estruturas das Centrais de Apoio – CEAPAS. Até o final daquele ano, registrou-se o funcionamento de 39 centrais, 56 núcleos e 7 Varas especializadas na execução das alternativas penais (Fortaleza – 1998; Recife – 2001; Porto Alegre – 2001; Salvador – 2001; Belém – 2002; Curitiba – 2004; e Aracajú – 2004).

No ano de 2005, a CENAPA divulgou um vídeo institucional contendo diversas experiências bem-sucedidas relativas às alternativas penais no Brasil, oportunidade em que determinou a realização de uma segunda pesquisa nacional, junto ao ILANUD, órgão responsável pela primeira pesquisa já mencionada, para traçar um diagnóstico atualizado da execução das alternativas penais no País, contemplando nove Estados e mais o Distrito Federal.

Em março de 2005, a Comissão Nacional (CONAPA) organizou e gestou, com o apoio do Ministério da Justiça e do Ministério Público do Estado do Paraná, entre outras instituições, o “I Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas” (I CONEPA), na cidade de Curitiba, com a participação de mais de 400 congressistas, no qual foram discutidos temas específicos referentes à execução das alternativas penais no Brasil.

Segundo dados da própria CENAPA, até março de 2006, mais de 500 técnicos de todo o país passaram pelas capacitações promovidas pelo programa e, em julho do mesmo ano, nova reestruturação do DEPEN alçou o programa voltado para as penas e medidas alternativas vinculado a uma coordenação própria, a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), substituindo a denominação CENAPA.

No ano de 2006, foi divulgado o levantamento nacional sobre a execução de penas e medidas alternativas, pesquisa anteriormente solicitada, junto ao ILANUD, que apresentou um diagnóstico quanto à questão, traçado a partir da análise da realidade da execução das alternativas penais nas cidades de Belém, Belo

Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo, além do Distrito Federal, verificando, além dos aspectos socioeconômicos dos submetidos às alternativas penais, outros dados relativos ao efetivo cumprimento, as espécies de alternativas penais mais aplicadas e os crimes que mais são alvo desta modalidade de sanção³⁴³.

Na mesma esteira do ocorrido em 2004, acontece o II Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas (II CONEPA), em novembro de 2006, na cidade de Recife – PE, com cerca de 600 participantes, em parceria entre o Ministério da Justiça e o Governo do Estado de Pernambuco, no qual o fortalecimento do programa nacional de execução de alternativas penais foi amplamente debatido.

Apresentado no final de 2006, o Relatório de Gestão da CGPMA, antiga CENAPA, evidenciou que o crescimento do número de execuções de penas e medidas alternativas no Brasil, acompanhadas pelo sistema do Ministério da Justiça, foi da ordem de 200% (duzentos por cento) em comparação com os números do ano de 2002, correspondendo a 63.457 (sessenta e três mil quatrocentos e cinquenta e sete) penas e medidas aplicadas contra 21.560, verificadas em 2002, sendo altamente animadores os números para o ano de 2007 pois os dados relativos às penas e medidas aplicadas até junho daquele ano já alcançavam 301.402 (trezentas e uma mil quatrocentas e duas) alternativas penais.

Quanto às estruturas responsáveis pelo monitoramento e fiscalização das alternativas penais, o ano de 2006 registrou, ao seu final, a existência de 213 (duzentas e treze) Centrais e Núcleos e 15 (quinze) Varas Especializadas em pleno funcionamento.

No apagar das luzes do ano de 2007, os números divulgados pelo Ministério da Justiça acusavam: 18 (dezoito) Varas Especializadas; 249 (duzentas e quarenta e nove) Centrais/Núcleos; 88.837 (oitenta e oito mil oitocentas e trinta e sete) execuções e 422.522 (quatrocentas e vinte e duas mil quinhentas e vinte e duas) aplicações de penas e medidas alternativas no País.

A expansão das CEAPAS pode ser verificada em todo o país com a presença atualmente de unidades em cada Estado, destacando-se alguns que proporcionaram um maior investimento neste modelo de execução penal, como o Estado do Rio de

³⁴³ .Pesquisa analisada no item 6.2.1.

Janeiro, que conta com doze Centrais, atendendo a dezesseis municípios, o mesmo acontecendo com os Estados de Minas Gerais, com dez Centrais, sendo cinco na Região Metropolitana e cinco em outros municípios, Pernambuco, também, com dez Centrais, atendendo a quatorze municípios e o Estado do Acre, mantendo três Centrais, que abarcam seis municípios³⁴⁴. (SERVIÇOS PÚBLICOS DE PMA NO BRASIL, 2008).

O Estado de São Paulo ocupa posição de liderança, possuindo 67 (sessenta e sete) Centrais, em trinta municípios, conforme dados da sua Secretaria da Administração Penitenciária (SAP/SP, 2015).

O Estado da Bahia, embora contasse inicialmente com apenas uma Central, na Capital, incrementou um processo de interiorização com o envio, pelo Gabinete do Governador, de projeto de lei à Assembleia Legislativa, propondo a criação de 16 (dezesseis) Centrais nas diversas regiões do Estado, cuja geografia pretende contemplar inúmeros outros municípios. A proposta resultou na edição das Leis Estaduais n.º11.042/2008 e 12.807/2013.

Em procedimento similar, o Ministério público do Estado da Bahia, por meio do ato nº 006/2007 do Procurador-Geral de Justiça Livaldo Brito recomendou a todos os Promotores de Justiça com atuação na área criminal no interior do Estado que envidem esforços necessários à implantação dos núcleos ou Centrais de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Ensejando a recomendação, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, da adoção da medida por todos os demais Procuradores-Gerais de Justiça do País.

Também em 2007, no mês de novembro, teve lugar o III Congresso Nacional de Penas e Medidas Alternativas (III CONEPA), realizado na Cidade de Belo Horizonte – MG, com mais de 700 (setecentos) participantes, dentro de uma política posta pela CGPMA-MJ, que passou a disponibilizar, recursos específicos para a realização anual deste evento, que se tornou símbolo da política pública das alternativas penais.

No final do ano de 2007, na última reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que ocorreu no mês de dezembro, em

³⁴⁴ .Dados disponíveis em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ47E6462CITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2008.

Brasília – DF, foi aprovada, por unanimidade, proposta de resolução que objetivou assegurar, quando da elaboração do orçamento anual do DEPEN para projetos na área de execução penal, verba no mínimo igual à relativa ao custo total de uma unidade prisional federal (aproximadamente R\$ 20.000.000,00, vinte milhões de reais), para os programas direcionados ao apoio e suporte às unidades da Federação para a criação, ampliação ou melhoria dos seus órgãos e estruturas de execução de alternativas penais.

De igual modo, a proposta também trouxe a exigência da comprovação de previsão orçamentária, com recursos do próprio Estado Membro, destinada à ações voltadas para aplicação, execução e acompanhamento de penas e medidas alternativas, no percentual mínimo de 5% (cinco por cento) sobre todo e qualquer dispêndio proposto junto ao DEPEN.

Ambas as propostas resultaram na Resolução nº 5, de 11 de dezembro de 2007, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que serve de diretriz a ser executada pelo DEPEN.

Em junho de 2008, na cidade de Manaus-AM, foi realizado o IV CONEPA, que contou com mais de 800 (oitocentos) participantes e, em maio de 2009, deu-se a realização do V CONEPA, na cidade de Goiânia-GO, com a participação de mais de 900 (novecentos) congressistas. Estando já agendado para abril de 2010 a VI edição do CONEPA, em Salvador-BA, como evento ligado a programação do 12º Congresso das Nações Unidas de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (ONU), que também ocorrerá no mesmo mês e local.

Desde a sua criação, o Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça contou com a coordenação de profissionais experimentados e especializados nas áreas correlatas ao tema, tendo sido dirigido pela magistrada aposentada gaúcha Vera Regina Muller, pela socióloga paulista Heloísa Helena Pires Adário, pela advogada cearense Leila Paiva, pela advogada e professora no Distrito Federal Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva e, atualmente, pela psicóloga pernambucana Márcia de Alencar Araújo Matos. Sendo a CONAPA, atualmente, presidida pelo Juiz de Direito do Estado do Espírito Santo Carlos Eduardo Ribeiro Lemos.

Recentemente, com a criação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), pelo Governo Federal, que tem por objetivo uma política de contenção da criminalidade que integre ações de segurança pública em sentido

estrito e programas sociais, preservando a cidadania das comunidades afetadas com a violência, estão previstas ações voltadas para o alargamento da aplicação das alternativas penais à prisão, com a colaboração da CGPMA.

Dadas a importância e a contribuição da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) para a construção e a consolidação de uma política focada na cultura da aplicação e execução das alternativas penais à prisão no Brasil, cogita-se, no cenário nacional, a sua transformação em órgão da execução, nos termos do artigo 61 da Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que a proposta de projeto de lei a ser encaminhada, pelo Ministério da Justiça, ao Congresso Nacional, visando alteração da Lei de Execução Penal para a inclusão da CONAPA como órgão de execução, que se encontrava em discussão, desde o mês de dezembro de 2007, no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, prevendo, inclusive, a criação de um sistema de execução de penas e medidas alternativas, integrado por conselhos estaduais e municipais, além da definição legal acerca dos estabelecimentos penais competentes para a fiscalização, o monitoramento e o acompanhamento da execução penal, nos moldes das CEAPAS, foi aprovado, a unanimidade, na Reunião Ordinária do mês de abril de 2008 e, entregue formalmente ao Ministro de Estado da Justiça Tarso Genro no começo do ano de 2009.

Em 2010, o Ministério da Justiça do Brasil, por intermédio da CONAPA, durante o VI CONEPA, fomentou a apresentação de boas práticas na área de penas e medidas alternativas a prisão, promovendo a Feira de Conhecimento Nacional sobre a temática, com objetivo de criar um espaço de divulgação e integração entre os diversos atores deste processo, estimulando a troca de experiências e cooperação, estabelecendo parcerias e expansão dos projetos exitosos.

Este evento selecionou, dentre vários, 15 (quinze) projetos e resultou na publicação (Melhores Práticas de Penas e Medidas Alternativas) distribuídos por todo o País.

Também em abril de 2010, durante o 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, realizado em Salvador, Bahia, Brasil, a experiência brasileira de penas alternativas foi reconhecida como modelo de boa prática a ser replicada em outros países e premiada como política de destaque na área de execução penal.

No mesmo ano de 2010, em comemoração aos 10 (dez) anos de vigência da

política nacional implementada pelo Ministério da Justiça, editou-se a publicação intitulada “Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas” documento que visou registrar os principais avanços obtidos na área durante essa década, bem como os desafios que foram enfrentados e que ainda se apresentam para o aperfeiçoamento dessa mesma política.

No ano de 2015, o Governo Federal Brasileiro por intermédio da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, com execução por meio do Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), realizou e publicou a recente pesquisa denominada “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas – Relatório de Pesquisa), cujo teor traça uma avaliação qualitativa dessa Política, com o objetivo de prospectar o aperfeiçoamento e a expansão das Penas e Medidas Alternativas no País.

CAPÍTULO VI — LEGITIMIDADE E ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIS

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

Neste Capítulo, tratar-se-á desde a questão da legitimidade das alternativas penais, até as alternativas penais como regra e a prisão como exceção, incluindo-se temas como o respeito à dignidade da pessoa humana, alternativas penais e intervenção penal mínima, dentre outros.

6.1 DA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS ALTERNATIVAS PENAIS

A análise relativa à legitimidade das alternativas penais como instrumentos capazes de atuar junto ao corpo social na defesa dos bens jurídicos tutelados, ante os comportamentos tidos como atentadores ou violadores destes mesmos bens jurídicos, perpassa, necessariamente, pela conceituação que se atribui à expressão *legitimidade*.

Para tanto, busca-se uma reflexão acerca da construção do sistema de intervenção punitiva do Estado brasileiro, focando-se os parâmetros delineados pelo conteúdo dos princípios constitucionais afetos à sanção.

Para melhor compreensão, adota-se, aqui, como conceito de “legítima” a sanção que, percorrendo o *iter* regular de sua construção normativa formal (proposição, tramitação, sanção, publicação etc.), em seu aspecto material, conforma os valores esculpidos nos princípios constitucionais direcionados a esta finalidade, principalmente o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, “legítima” é a sanção que, formalmente construída, materialmente atende ao comando, às exigências e aos propósitos dos princípios

constitucionais, mormente o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, para a consideração das alternativas penais como legítimas no que se refere ao enfrentamento das infrações de menor e médio potencial ofensivo, torna-se necessária a incursão por temas correlacionados, como o respeito à dignidade da pessoa humana, a intervenção penal mínima e os conceitos das infrações penais de menor e médio potencial ofensivo que, doravante, serão alvo de reflexões.

6.1.1 O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É fato que a construção erguida pelo arcabouço constitucional brasileiro elencou um amplo rol de prescrições de caráter potestativo, tanto de essência material quanto procedimental, para a operacionalização da exclusividade do exercício da administração da justiça pelo Estado, elegendo o sublime artigo 5º, CF, que dispõe dos direitos e garantias fundamentais, como *locus* para o assentamento de suas estruturas.

Assim, depreende-se a assimilação, pelo espírito do constituinte, da atmosfera que paira, na atualidade, de absorção e ampliação de uma cultura voltada para a observância dos direitos humanos, como ressalta Weis³⁴⁵.

Isto implica dizer que toda e qualquer atitude do Poder Público que atente de qualquer forma contra valores fundamentais prescritos no texto constitucional, principalmente o valor-princípio da dignidade humana, é ilegítima.

Observe-se que, em relação ao exercício do poder punitivo e, mais propriamente, com relação às sanções, o elenco de determinações e vedações encontra-se propositadamente no já mencionado artigo 5º, CF, não sendo ao acaso esta sistematização.

Portanto, proíbe o legislador constitucional o tratamento desumano e degradante, a existência de tribunais de exceção, a transcendência da pena da pessoa do condenado, a imposição de penas corporais, capitais, ou cruéis, bem assim a

³⁴⁵ (2006, p. 25): “Atenta às transformações globais que já se faziam perceber, a Constituição Federal de 1988 – muito significativamente chamada de ‘Constituição-cidadã’ — incorporou ao direito brasileiro as normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela República, a teor do que dispõe o conhecido § 2º do artigo 5º”.

utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Na mesma esteira, garante a individualização da pena, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a assistência jurídica, a presunção da inocência, o relaxamento da prisão ilegal, o respeito à integridade física e moral dos presos, entre outros.

Note-se uma particular atenção do constituinte com o indivíduo que se encontre a mercê da ação do poder punitivo do Estado, seja na condição de investigado, processado ou condenado, pautando pela edição de normas que buscam proteger e garantir a dignidade da pessoa humana.

A partir dessa vertente adotada pela Constituição Federal de 1988, operou-se uma maximização da importância conferida à Lei de Execução Penal, haja vista que esta passa a ser percebida à luz dos mandamentos constitucionais que a elevam à condição de veículo para a materialização do respeito à dignidade humana, posto que cabe a ela, como estatuto próprio, fazer valer os comandos normativos constitucionais.

Portanto, a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional gerou impacto imediato nas disposições da Lei de Execução Penal, haja vista que esta inquebrável e inafastável determinação constitucional atua inexoravelmente em quaisquer situações em que a pessoa humana possa se encontrar, devendo, por óbvio, se fazer presente em toda a execução penal.

Essa determinação irradia seus efeitos sobre qualquer forma de intervenção punitiva de que o Estado disponha, não encontrando imunidade em nenhuma situação dentro do regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Destarte, uma intervenção punitiva que se intitula legítima, em nenhuma hipótese pode prescindir de sua conformação com os valores principiológicos editados pelo texto constitucional e, principalmente, do respeito ao valor-princípio da dignidade da pessoa humana.

6.1.2 ALTERNATIVAS PENAIIS E INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

A ideia de um direito penal *última ratio*, atualmente, encontra-se incrustada na

noção de Estado Social e Democrático de Direito, tendo em vista que construído com objetivos fundamentais voltados para a garantia do desenvolvimento, da erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim da redução das desigualdades sociais, e sobretudo, da formação de uma sociedade livre, justa e solidária, como o é o brasileiro, não pode imaginar cabível a realização de tais intentos com a utilização *prima facie* de um direito repressor, invasor e restritivo.

De igual modo, o Estado Democrático de Direito para sua edificação, busca fundamentos em bases principiológicas fincadas a partir dos valores mais nobres cultivados pelo homem, não se apresentando coerente a formulação desta construção, tendo como ingrediente, justamente a atuação prioritária e maximizada de um direito agressor, como o direito penal.

Dessa forma, afirma-se que, no Estado Democrático de Direito, a atuação do direito penal deve reservar-se a noção de extrema medida. Essa afirmação tem como sustentáculo o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal tem como missão a proteção subsidiária dos bens jurídicos tidos como indispensáveis à sociedade que o integra e o justifica.

É subsidiária a ação do direito penal, na medida em que só deve existir quando a proteção aos bens jurídicos fundamentais para o corpo social não puder ser patrocinada por quaisquer outras formas de atuação do Estado, por meio dos demais ramos do direito, posto que a ação do direito penal implica a imposição de restrições ao exercício de direitos aos indivíduos integrantes da sociedade.

A legitimidade da intervenção penal, portanto, invoca a presença da necessidade para se perfazer, necessidade esta que contempla a dimensão da construção da conduta proibida e da respectiva sanção por sua violação.

A Constituição Federal brasileira consagra como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e estabelece, em seu artigo 5º, *caput*, que são invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança, entre outros, delineando assim a construção do que se denomina *intervenção penal mínima*³⁴⁶.

O princípio da intervenção mínima evidencia, assim, o caráter fragmentário (lacunoso) do direito penal, que não se deve ocupar de toda e qualquer ação que lese bens jurídicos, mas tão-somente daquelas condutas que ameacem ou atinjam

³⁴⁶ (LUISI, 1996, p. 36).

gravemente apenas os bens mais caros para a harmônica vida em sociedade.

A lei penal tem objetivo delineado no contexto estrutural da noção de Estado, preservando certos tipos de conduta³⁴⁷.

Registre-se que o direito penal não é ferramenta para corrigir disfuncionalidades no sistema social. Fala-se que ele, direito penal, impõe vetores impeditivos da criminalização a tornar, então, a punição penal uma verdadeira exceção no Estado de Direito Democrático, respeitados, ainda assim, os princípios protetores da pessoa humana.

Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz, portanto, de um postulado inequivocadamente implícito em nossa Carta Magna, conforme ensinamentos do mestre Luiz Luisi³⁴⁸.

Quanto à identificação dos princípios, precisa é a observação de Karl Larenz³⁴⁹.

A atuação *última ratio* do direito penal, reflete não apenas a formulação de tipos necessários, mas da pena necessária.

Decorre também do princípio da intervenção mínima penal, a exigência de que o legislador, ao escolher uma pena, entre as várias modalidades possíveis, para sancionar determinada conduta (a ação que está sendo criminalizada), deve recorrer à mínima sanção adequada à ressocialização, ou seja, à menos gravosa e de menor intensidade no que se refere à intervenção nos direitos fundamentais do apenado, processo este que se deve repetir na atividade jurisdicional no momento da aplicação da pena, sem o qual a sanção ventilada não adquire a condição de legítima e, inclusive, no momento da sua execução conforme salienta Marcus Alan de Melo Gomes³⁵⁰

Sendo a pena privativa de liberdade a medida mais drástica punitiva de que dispõe o direito penal pátrio, sua utilização deve-se nortear nos parâmetros traçados pela ideia de intervenção mínima, calcada nos mencionados artigos 1º, III, e 5º, *caput*, da CF.

Esta concepção quanto à instrumentalidade da pena privativa da liberdade dentro do sistema jurídico brasileiro é mais bem formulada nas palavras de Maurício Lopes,

³⁴⁷ Herbert Hart (2005, p. 34): “[...] A função social que a lei criminal cumpre é a de preservar e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos”.

³⁴⁸ (2003).

³⁴⁹ (2005, p. 674) ao afirmar que: “Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal ou da sua cadeia de sentido”.

³⁵⁰ (2008, p.196): “A proporcionalidade executória é aquela que impõe ao Juiz o poder de

citado por Bizzotto³⁵¹ sobre a sanção.

Sob a necessidade de fundamentar a intervenção da pena privativa de liberdade no imperativo de racionalidade e necessidade, a ideia da mínima intervenção se consubstancia no entendimento de que esta pena só deve atuar como último recurso. Ou seja, deve entrar em ação somente quando outros mecanismos sancionatórios se revelaram insuficientes para a devida proteção de determinado bem jurídico, de altíssima relevância.

Portanto, é apropriada a lição de Bizzotto³⁵² (2003, p. 217).

Assim, a despeito da conformação normativa da pena privativa de liberdade, tendo em vista a sua previsão em sede constitucional (artigo 5º, XLVI, da CF), bem como infraconstitucional (artigo 32, I, do CP), tem-se observado, no campo da sua execução, dadas as notórias estruturas e as ínfimas condições do sistema carcerário, bem como a sua utilização banalizada³⁵³, uma rota de colisão com o princípio constitucional regulado no mesmo artigo 5º, XLVI, “e”, que veda a existência de penas cruéis. Afirmação que encontra constante apoio na doutrina pátria³⁵⁴.

Tal raciocínio implica dizer, de igual modo, que a pena privativa de liberdade, hoje, em sua dinâmica de execução, choca-se cabalmente com o valor-princípio do respeito à dignidade humana, tornando-se questionável quanto a sua legitimidade, para atuar nos casos de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo.

Infelizmente, não se pode negar que a rotina do aparelho punitivo do Estado brasileiro acaba por trilhar caminho tortuoso, principalmente no uso inflacionado da privação da liberdade, a ponto de se constatar alarmante número de pessoas atrás das grades, sem que haja uma sentença penal condenatória, como se infere dos 250.000 (duzentos e cinquenta) mil presos provisórios registrados nos dados oficiais (DEPEN, 2014).

Esta política de antecipação da pena pela imposição da prisão provisória, ou

individualizar gradualmente o cumprimento da pena, segundo o mérito do condenado”.

³⁵¹ (2003, p. 204), “[...] deve representar completamente a menor limitação possível na esfera de liberdade do agente”.

³⁵² (2003, p. 217): “[...] o objetivo sublimar a ser atingindo com firmeza e com o respaldo do princípio constitucional da intervenção penal mínima é o do gradativo afastamento da pena privativa de liberdade em prol da liberdade humana”.

³⁵³ Segundo dados da Associação de Cabos e Soldados da Polícia Militar do Estado de São Paulo (ACSPM-SP), somente no ano de 2003, uma média de 10.000 pessoas foram presas, por mês naquele Estado.

³⁵⁴ “Quem conhece minimamente o sistema carcerário do País tem ideia do cínico e absurdo descompasso que existe, no caso, entre norma e realidade”. (DUCLERC, 2008, p. 35).

seja, prisão processual, tem contribuído para a superlotação carcerária que assola o País, tendo em vista os dados do DEPEN³⁵⁵.

De igual modo, desenvolve-se em absoluta dissonância com os critérios constitucionais que, prevendo a utilização de penas não privativas de liberdade (artigo 5º, XLVI, “b”, “c”, “d” e “e”), são ignorados, infligindo, aos alcançados pelo sistema penal, restrições desproporcionais e violadoras de sua dignidade humana.

Um exemplo explícito pode ser extraído da recente pesquisa realizada pela Promotora de Justiça do Distrito Federal, que integra a CONAPA, Fabiana Barreto³⁵⁶, junto à Universidade de Brasília (UNB), concluída em 2006, e publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em 2008 após levantamento de dados relativos à prisão provisória no crime de furto, *passível da aplicação de alternativas penais*, nas cidades de Recife, Belém, Brasília, São Paulo e Porto Alegre, que apontaram um índice médio de utilização da prisão provisória, em torno de 70% (setenta por cento) dos casos, ou seja, do total de furtos ocorridos, a prisão processual, foi utilizada majoritariamente, como regra e não como exceção, chegando aos índices de 89,3% em São Paulo, 90,4% em Belém e 73% (setenta e três por cento) em Recife.

O valor apurado do bem objeto do furto, na média, é de R\$ 300,00 (trezentos reais) e, na maioria das situações (80%), o bem furtado foi devolvido de imediato à vítima.

No entanto, os infratores permaneceram privados da liberdade em mais de 35% (trinta e cinco por cento) dos casos por período superior a cem dias, e, em algumas situações, como em Recife e Belém, a prisão perdurou de um a dois anos, sendo que, quando da conclusão do processo, os números apurados demonstraram que a pena aplicada foi alternativa a prisão, em média, em 70% (setenta por cento) dos casos, o que se revela um paradoxo, conforme bem salientado pelas palavras de Eduardo Galeano³⁵⁷.

Esta realidade atropela os ditames da Lei Maior, como bem assevera Paulo Queiroz³⁵⁸, ao analisar a proteção da liberdade no texto da Carta Magna.

³⁵⁵ .Tema e números oficiais, tratados no item 6.2.3.

³⁵⁶ (BARRETO, 2006).

³⁵⁷ (1999, p. 94): “Cárceres imundos, prisioneiros como sardinha em lata: em sua grande maioria, são prisioneiros sem condenação. Muitos, sem processo sequer, estão ali sem que ninguém saiba o porquê”.

³⁵⁸ Paulo Queiroz (1998, p. 25): A simples leitura do pórtico do texto constitucional, nomeadamente o

Não obstante as constatações e considerações feitas, respirando os ares soprados pela ideologia constitucional do princípio da intervenção mínima, o direito penal brasileiro, em importante atitude, também tem pavimentado uma orientação político-criminal alicerçada na construção e outorga de opções sancionatórias ao cárcere.

Essa vertente tem como pilares, de um lado, a sistematização valorativa dos bens jurídicos, estabelecendo uma classificação que possibilita a identificação daqueles de maior ou menor relevância, entre os considerados essenciais para justificar a atuação do direito penal, permitindo que aqueles considerados de menor relevância ou pequena danosidade social possam merecer sanção proporcional e, logo, distinta da prisão, que deve ser reservada às situações de atingimento aos bens de maior relevância.

De outro, a formatação e utilização de sanções, de caráter penal, que impliquem intervenção menos agressiva junto ao infrator, impedindo sua retirada do corpo social, evitando estigmatizá-lo e poupando-o dos efeitos nefastos e degradantes da prisão, acentuando a perspectiva de reintegração social. Assenta-se esta perspectiva de reintegração em um processo de humanização no curso da sanção, em estreita observação aos valores extraídos dos princípios constitucionais, na esteira da obediência ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, pode-se pontuar o crescimento da aplicação das alternativas penais em todo o país, numa evolução digna de registro, uma vez que, em 1995, antes da edição da Lei 9.714/98, denominada Lei das Penas Alternativas, os números apresentados demonstravam uma aplicação em 80.364 casos e a efetiva execução de apenas 1.692. No entanto, conforme os últimos dados divulgados pelo DEPEN, já no ano de 2009, existia um total de 671.078 (seiscentos e setenta e um mil e setenta e oito) alternativas penais aplicadas, superando o número de presos, desde então.

Nesse diapasão, ilustra-se esta evolução com, inclusive, surpreendente conclusão extraída de pesquisa realizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), por meio da Central de Medidas Alternativas (CEMA), que objetivou estabelecer um retrato das penas e medidas alternativas aplicadas e executadas na região do Distrito Federal, envolvendo as Cidades Satélites de

artigo 5º, que alude à inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física, da igualdade, da propriedade, etc., põe de manifesto que a liberdade, postulado fundamental do Estado Democrático, é, nesse sistema, a regra; a não-liberdade, a exceção”.

Ceilândia, Taguatinga, Samambaia, Gama, Brazlândia e Guará.

Desse modo, os dados obtidos dão conta de que do total de sanções penais impostas durante o ano de 2004, 72% (setenta e dois por cento) corresponderam a alternativas penais a prisão, enquanto que a pena privativa de liberdade foi aplicada em 28% (vinte e oito por cento) dos casos. No ano de 2005, os números foram mais surpreendentes ainda, revelando que as alternativas penais se prestaram a 82,19%, dos infratores, enquanto a privação da liberdade foi o destino de 17,81% dos sentenciados³⁵⁹.

Segundo dados do Ministério da Justiça do Brasil (MJ), já em 2008 haviam mais pessoas cumprindo pena restritiva de direito que pessoas presas³⁶⁰.

Desse modo, percebe-se a importância que a adoção da pena alternativa como resposta efetiva de política pública ao problema da segurança, para os crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, traz para o País e seus cidadãos.

A seguir, apresenta-se a tabela extraída do sítio do Ministério da Justiça³⁶¹, mostrando a evolução da aplicação da pena alternativa, no Brasil, de 1987 a 2009.

³⁵⁹ BRASIL. Ministério Público. Central de medidas Alternativas (CEMA), *Retrato das Penas e Medidas Alternativas 2006*. Brasília, DF, 2006, Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2008.

³⁶⁰ “Em junho de 2008, havia 493.737 pessoas presas (condenados e provisórios) e 498.729 pessoas estavam cumprindo, ou cumpriram no decorrer do 1º semestre de 2008, Pena Restritiva de Direito, popularmente conhecida como Pena e Medida Alternativa (PMA). O número de cumpridores de pena e medida alternativa ultrapassou o número de presos no Brasil. É o que apontou o levantamento de dados do 1º semestre de 2008, consolidados pela Coordenação-Geral de Política, Pesquisa e Análise da Informação do Depen”.

³⁶¹ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B38622B1F%2DFD61%2D4264%2D8AD4%2D02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>

Evolução histórica das penas e medidas alternativas no Brasil

Ano	Legislação Vigente	Tempo de cumprimento da PMA	Serviço Público de Monitoramento de PMA	Número de Cumpridores de Penas Restritivas de Direitos		Número de PMA acumulado	Número de Presos
				Medidas	Penas		
1987	7.210/84	0 – 1	01 Núcleo no RS	Sem informação	197	Sem informação	Sem informação
1995	7.210/84 9.099/95	0 – 1	04 Núcleos	78.672	1.692	80.364	148.760
2002	7.210/84 9.099/95 9.714/98 10.259/01	0 – 4	04 Varas Especializadas 26 Centrais/ Núcleos	80.843	21.560	102.403	248.685
2006	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	0 – 4	10 Varas Especializadas 213 Centrais/ Núcleos	237.945	63.457	301.402	401.236
2007	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	0 – 4	18 Varas Especializadas 249 Centrais/ Núcleos	333.685	88.837	422.522	423.373
<u>2008</u>	7.210/84, 9.099/95 9.714/98 10.259/01 10.671/03 10.826/03 11.340/06 11.343/06	4	19 Varas Especializadas 306 Centrais/ Núcleos	457.811	101.019	558.830	446.764
2009			20 Varas e 389 Núcleos	544.795	126.273	671.078	473.626

Observações:

Nº de Comarcas existentes no Brasil: 2.510 (fonte: PNUD/ MJ, 2006)

Nº de Comarcas com Serviços Públicos de PMA no Brasil: 325 (13% - fonte:CGPMA/DPP/DEPEN)

% de Reincidência dos ex-cumpridores de Penas Privativas de Liberdade (Presos): 70 a 85%

% de Reincidência dos ex-cumpridores de PMA: 2 a 12% (fonte: ILANUD) (fonte: Nunes, Adeildo, 1996)

Sendo, então, o direito penal instrumento ou técnica de controle social e considerando o nível de agressividade que este contém, como tal deve reservar-se a situações extremamente graves, e, assim, preservando-se a obediência estrita ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana que reclama uma intervenção penal, legítima e adequada, numa sequência bem norteadada por José Carlos Robaldo³⁶².

³⁶² (2007, p. 12-13): “Em sendo necessário, contudo, recorrer-se ao Direito Penal, a utilização da pena de prisão deve restringir-se à hipótese extrema, privilegiando-se, destarte, as alternativas penais”.

6.1.3 ALTERNATIVAS PENAIS E INFRAÇÕES DE MENOR E MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO

O Brasil dá seus primeiros passos, ainda tímidos, na direção da construção de um sistema de penas alternativo à prisão, seguindo a orientação ditada pelo panorama internacional, no bojo da reforma penal de 1984 (Leis nº7.209 e 7.210); a primeira, inserindo as penas restritivas de direito e a derradeira, instituindo a Execução Penal em normatização própria.

Posteriormente, pugnando pelo acatamento às recomendações constitucionais e internacionais atuais (Regras de Tóquio), com a Lei nº9.099/95, o direito pátrio deu mais um importante passo para instituir um sistema alternativo penal, com caráter despenalizador para os delitos de *menor potencial ofensivo* e voltado para via opcional quanto às sanções, em particular, chamando a vítima a participar da cena legal, haja vista que, até então, os protagonistas se restringiam ao Estado e ao infrator.

Desse modo, cria-se a composição civil, pacto entre os envolvidos diretamente no delito, observada em área penal a vontade das partes (artigos 72 e 74); institui-se a transação penal (artigo 76), traduzida em acordo que pressupõe diálogo entre Estado (Ministério Público) e o violador da norma, precedente nunca visto em nossa história judicial-penal; instrumentaliza-se ação suspensiva de processo já formalizado (artigo 89), mediante o cumprimento de condições, a exemplo da Suspensão Condicional da Pena (artigo 77 do C. Penal), além de outras medidas, investindo-se na desprisonalização.

Demonstrando a busca da substituição do sistema de penas, calcado no encarceramento, por um sistema alternativo, filtrando, ao máximo, a participação da privação da liberdade em infrações de menor e médio potencial ofensivo, é sancionada a Lei nº9.714/98, que elevou o número das penas denominadas alternativas (restritivas de direito substitutivas), alargando sua aplicação, como já retratado.

Assim, após tais considerações, impõe-se abordagem acerca dos conceitos, aqui adotados, quanto ao significado de infrações de menor e médio potencial ofensivo, identificadas como aquelas que têm, na aplicação e execução das alternativas penais, o modo mais legítimo e adequado da intervenção punitiva do Estado.

A conceituação de infração de menor potencial ofensivo não oferece qualquer

dificuldade no presente, tendo em vista que, apesar das questões ventiladas quanto ao tema, por ocasião, da edição da Lei nº9.099/95 (Juizados Especiais) e agitadas com a vigência da Lei nº10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), a redação determinada pela Lei nº11.313/2006 alterou o artigo 61 da Lei nº9.099/95, definindo como *infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa*.

Entretanto, a mesma facilidade não se apresenta ao cuidar-se da definição do que vem a ser infração penal de médio potencial ofensivo, levando em conta que a legislação brasileira não contém esta conceituação.

Para efeito desta abordagem, em face da ausência de definição normativa, utiliza-se, como conceito de *infrações penais de médio potencial ofensivo*, o conjunto de infrações penais não alcançadas pela definição legal de infrações penais de menor potencial ofensivo, que permitem a substituição prevista no artigo 44, I, do Código Penal, ou seja, tanto culposas quanto dolosas, sendo que estas últimas desde que a pena privativa de liberdade aplicada em concreto não ultrapasse a quatro anos e não tenha sido cometida com violência real ou grave ameaça à pessoa.

Também se conceitua como de médio potencial ofensivo aquelas efetivamente contempladas com o *sursis* (artigos 77 e seguintes do CP) e com a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº9.099/95).

A adoção desse conceito tem como fundamento o fato de que as infrações penais situadas nesses limites, diferenciam-se daquelas denominadas de menor potencial ofensivo, definidas como tais pelo legislador, e também não integram a concepção de infrações penais graves.

Ou seja, essas infrações (de médio potencial ofensivo) permitem a substituição (artigo 44, I, do CP) da pena privativa de liberdade, que constitui a máxima sanção prevista no ordenamento jurídico brasileiro³⁶³, pelas penas restritivas de direito (penas alternativas), que ressoam como sanções voltadas para condutas que não se revelam as mais lesivas e reprováveis pelo sistema punitivo.

De igual modo, as infrações penais que, de fato, permitem a suspensão do curso

³⁶³ .Excepcionando-se, por óbvio, a hipótese de aplicação da pena de morte prevista para o caso de guerra declarada (artigo 5, XLVII, “a”, da Constituição Federal).

regular do processo penal (artigo 89 da Lei nº9.099/95) e da execução da pena (artigo 77 do CP), afastam a imediata aplicação e execução da pena privativa de liberdade e, desde que cumpridas as condições impostas, implicam na extinção da punibilidade (artigo 89, § 5º, da Lei nº9.099/95 e artigo 82 do CP).

Portanto, o critério aqui esposado lastreia-se nos parâmetros e limites desenhados pelo legislador penal pátrio, compreendendo as hipóteses de inaplicabilidade direta da pena privativa de liberdade, para além das infrações de menor potencial ofensivo.

Consigne-se que a adoção desse critério encontra guarida na doutrina, como se pode observar da classificação feita por Luiz Flávio Gomes³⁶⁴.

De todo o exposto, extrai-se que, legítima é a sanção que contrai, ao mínimo a intervenção restritiva do Estado nos direitos do indivíduo e expande ao máximo a conformação principiológica constitucional, principalmente o respeito à dignidade humana do infrator.

Destarte, o que se verifica, para as hipóteses de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, é a legitimidade das alternativas penais à prisão.

Convém não esquecer, que quando o Estado retira um indivíduo do âmbito da família, do seu trabalho, que não representa grandes perigos à sociedade, por ter cometido um delito por deslize ou impensado, de menor relevância, para cumprir pena num estabelecimento carcerário, onde ficará inerte, em condições degradantes, no aguardo da sentença ou do cumprimento da pena, sabe-se que, além da obrigação dele, Estado, cuidar da integridade física, psicológica etc. do ser humano ali encarcerado, deixa de arrecadar tributos, pois não está produzindo frente ao seu trabalho, mas, sim, gerando gastos ao Estado.

Sobre a prisão e as perdas de integridade física, Erving Goffman³⁶⁵ é bastante enfática:

O fracasso da pena de prisão, como destaca Carvalho Filho³⁶⁶ deveria ser considerado, para se evitar mais encarceramentos em crimes de menor potencial ofensivo, como aqui se entende e se defende.

³⁶⁴ (1999, p. 98): [...] *infrações de médio potencial ofensivo* (as que admitem a suspensão condicional do processo – pena mínima não superior a um ano – ou penas substitutivas – crimes culposos e crimes dolosos com pena de até quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa) [...].

³⁶⁵ “Além da deformação pessoal que decorre do fato de a pessoa perder seu conjunto de identidade, existe a desfiguração pessoal que decorre de mutilações diretas e permanentes do corpo – por

A constatação de Michel Foucault³⁶⁷ deveria servir para diminuir a pena de prisão, mas não é o que acontece.

Segundo a Defensoria Pública do estado de Minas Gerais, em informação colhida via Internet³⁶⁸, as medidas alternativas à prisão, não apenas diminuem o déficit de vagas das prisões, como também criam, nos apenados, uma consciência de seu papel social, que terminam contratados pelas entidades que serviam.

Assim, entendendo encontrar-se demonstrada a disfunção da pena privativa de liberdade para as infrações penais de menor e médio potencial ofensivo e, por sua vez, a legitimidade das alternativas penais para o mesmo intento, passa-se a tecer considerações acerca da ideia de *adequação*, num viés reflexivo e questionador quanto a justificativa da utilização *prima facie* da prisão para estes tipos de infrações penais.

exemplo marcas ou perda de membros [...] a perda de um sentido de segurança pessoal é comum, e constitui um fundamento para angústias quanto ao desfiguramento". (GOFFMAN, 1999, p.29-31).

³⁶⁶ 2013, p.181: "A falência da instituição prisional se dá, também por dois feitos: um esperado e não realizado, a dita ressocialização, e outro esperado, não previsível e, no entanto, realizado: a estigmatização, os efeitos da prisão nos sujeitos e conseqüentemente a fratura identitária do sujeito aprisionado. **Assim, o fracasso da prisão torna-se sucesso, recriando simultânea e permanentemente sua lógica**". [Grifos nossos].

³⁶⁷ "O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizando, mas centralmente controlado, produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especifica uma 'delinquência' [...] o sistema carcerário substitui o infrator pelo 'delinquente' e afixou também sobre a prática jurídica todo o horizonte de conhecimento possível. Ora, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une a operação política política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinquência. A prisão é o elo desses dois mecanismos, permitindo-lhes se reforçarem mutuamente um ao outro, objetivar a delinquência no movimento das ilegalidades. O sucesso é tal que, depois de um século e meio de 'fracassos', a prisão continuava a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la". (FOUCAULT, 1989, p.244).

³⁶⁸ <http://dp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2246996/reportagem-o-sucesso-das-penas-alternativas>

22/06/2010: "No caso da obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade, muitos condenados se adaptam de tal modo às atividades que têm de executar que, depois de cumprir a pena, acabam sendo contratados pelas entidades onde serviam, o que é decisivo para sua reintegração social. 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 Brasília 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".

6.2 DA ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DAS ALTERNATIVAS PENAIS

Inicialmente, cumpre salientar que a análise da adequação das penas e medidas alternativas, restringe-se às infrações de menor e médio potencial ofensivo, já definidas³⁶⁹.

Para tanto, necessária é a constatação de que as alternativas penais se encontram inseridas de forma sistêmica no ordenamento jurídico brasileiro, do ponto de vista teórico-doutrinário, como também no seu aspecto normativo.

Contudo, não bastam tais aspectos de adequação para encerrar esse conceito. É preciso verificar a efetiva correspondência das alternativas penais, em seu viés fático, com os fins declarados da pena, pois como ensina Humberto Ávila³⁷⁰.

Nessa linha de raciocínio, impõe-se o exame de questões voltadas para o cumprimento das funções retributivas e preventivas, próprias das sanções penais, por meio da verificação *in concretum*, dos aspectos referentes ao efetivo cumprimento das sanções impostas, ao nível de intimidação causado no corpo social, aos efeitos provocados na reordenação comportamental do infrator refletidos nos índices de retorno ao crime e à dimensão do engajamento da sociedade no processo de execução da pena, entre outros itens fundamentais à aferição pretendida.

Passa-se então, a verificar em tópicos próprios, e com base nas informações e dados disponíveis e reunidos, a completude da noção de adequação perquirida.

Preliminarmente, em que pesem as reflexões trazidas por Salo de Carvalho³⁷¹, quando comenta acerca da possibilidade de o operador do direito e, em especial, o magistrado, decidir, em matéria penal, divorciado de um modelo teórico justificador, analisando as indagações suscitadas por Zaffaroni quanto ao Tema, considera-se mais ajustada a posição cautelosa que compreende a atuação da pena como *adequada* quando reclama a existência de uma moldura teórica capaz de orientar a sua inserção na realidade, para, só assim, torná-la apropriada a produzir seus efeitos.

Assevera-se que não existe espaço, em um sistema constitucional que orienta a

³⁶⁹. Conceito abordado no item 6.1.3.

³⁷⁰ “[...] Um meio é adequado se promove o fim”. (2007, p. 158).

³⁷¹ (2003)

formação do Estado Democrático de Direito, para autorizar um posicionamento automático, desprovido de critério por parte do juiz, ao aplicar a sanção, baseado, pura e simplesmente, no fato da sua existência formal no ordenamento, Gamil Hireche³⁷².

O conceito de “adequação” aqui adotado está calcado na ideia da perspectiva de atingimento das finalidades declaradas da pena, que reclamam uma correspondência teórico-normativa.

Para melhor compreensão, registre-se que, no sistema penal brasileiro, a pena tem como finalidade a retribuição e a prevenção geral e especial, uma vez que se incorporou a filosofia das teorias unificadoras, mistas ou ecléticas relativas ao fundamento da punição, no arcabouço normativo pátrio³⁷³.

A afirmação lastreia-se nos argumentos que se seguem: em primeiro lugar, congregando, às teorias mistas, tanto aspectos de cunho retributivo quanto preventivos, identifica-se a sua ideologia presente no sistema penal pátrio, a partir da disposição no citado artigo 59 do Código Penal, que estabelece a fixação da pena conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime.

Na mesma esteira, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, salienta que a execução da pena tem por objetivo efetivar a decisão criminal (cunho retributivo) e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (cunho preventivo).

Da inteligência dos dispositivos retromencionados, extrai-se que o aspecto retributivo comum às teorias absolutas é identificado na referência que o CP expressa com o termo “reprovação”, incrustado em seu artigo 59. Tal significado é repetido no artigo 1º da LEP, quando objetiva *efetivar* as disposições da sentença criminal que, essencialmente, contém a reprimenda.

Em relação à presença dos elementos vinculados ao cunho prevencionista (prevenção geral e especial), de igual modo identifica-se sua inserção em ambos os dispositivos retromencionados.

A prevenção geral se apresenta não só no momento da cominação, mas também na fase da aplicação regulada pelo referido artigo 59 do CP, que impõe a dosagem da culpabilidade com fulcro na *necessidade* e *suficiência* para a *prevenção do crime*,

³⁷² (2004).

³⁷³ (artigo 59, do CP e artigo 1º, da LEP).

bem assim no momento da execução penal que, objetivando *efetivar* o conteúdo condenatório (artigo 1º da LEP), demonstra, a todo corpo social, o seu caráter intimidatório.

Já a prevenção especial exsurge da exigência de uma pena que se revele capaz de, incidindo sobre o infrator, ser *suficiente* para a *prevenção do crime* (artigo 59, do CP) e, quando da sua execução, proporcione condições para a harmônica *integração social* do condenado, ou seja, reinserção.

Isso posto, consigne-se que as teorias mistas, unitárias ou ecléticas, incorporadas pelo sistema punitivo brasileiro, servem de fundamentação teórica para a aplicação e execução de suas sanções.

Assim, ressalte-se, considera-se adequada, para os fins deste trabalho, a sanção que, seguindo a orientação teórico-normativa do direito pátrio, ao mesmo tempo, cumpre sua função retributiva, punindo proporcionalmente o infrator, na medida de sua culpabilidade, permite a operacionalização da prevenção geral, desestimulando o corpo social para a prática de delitos e da prevenção especial, incidindo sobre o infrator, reforçando seus valores sociais e evitando-lhe o retorno ao crime reinserindo-o na sociedade.

Adequação significa, então, o máximo de aproximação possível da realização dos fins declarados da pena em um sistema punitivo posto.

Portanto, resta verificar se as alternativas penais à prisão (penas restritivas de direito), incluídas, por óbvio, entre as sanções previstas no sistema punitivo brasileiro, trazem em seu bojo os aspectos retributivos e preventivos. E, se estes últimos, tanto gerais quanto especiais, devem merecer, não só a conceituação de “adequados” para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, mas referendar o *status* preferencial destas sanções em relação à privação da liberdade.

Quando analisada a questão da adequação das normas por um prisma que congregue aspectos jurídicos e sociológicos, afirma-se que estas podem ser consideradas adequadas quando as condições ideológicas, culturais, políticas, e socioeconômicas convergem, facilitando a identificação, o reconhecimento e aceitação por seus destinatários.

Com essa dimensão de caráter substantivo, permite-se uma análise de duas vias: uma, de viés crítico com relação aos objetivos estipulados pelo conteúdo das normas e seu impacto efetivo, em um contexto sociopolítico definido; outra, focada numa perspectiva mais ampla, que objetiva traçar um panorama acerca da real

inserção material das normas na diversidade de destinatários de um determinado corpo social, ante os valores culturais que compõem este corpo, no curso de sua história³⁷⁴.

Portanto, para o sucesso de uma política pública focada em alternativas penais, além da criação e estruturação de equipamentos materiais e humanos, capazes de monitorar e fiscalizar a sua etapa executória, faz-se necessária a incorporação ideológica de um paradigma distinto do concebido para a pena privativa de liberdade, pautado, logicamente, em valores que exortem a liberdade, fomentando a dicotomia, possibilitando que aquilo que surgiu como mera complementaridade (alternativas penais à prisão), ocupe espaço de novo paradigma.

A tarefa que se apresenta ao poder público é a de levar, para além do mundo institucional e das discussões acadêmicas, o tema da necessidade de se investir verdadeiramente em um modelo alternativo de punição que procure evitar, em seu cotidiano, as mazelas e ofensas impostas pelo sistema ancorado na prisão.

Destarte, o ideal é que, desde o mais simples agricultor da mais simples comarca, aos médicos ou empresários etc., das mais movimentadas cidades, todos possam compreender que, para as infrações de menor importância, as alternativas penais se constituem em instrumento mais legítimo e adequado para o infrator e para a sociedade, na esteira do pensamento de Grecianny Cordeiro³⁷⁵.

A solidificação dessa imagem perpassa por uma multiplicidade de ações realizadas junto aos diversos segmentos que compõem uma sociedade cada vez mais plural. Para tanto, cita-se a lição de Chaïm Perelman³⁷⁶.

Cabe, principalmente, ao Judiciário e ao Ministério Público, fomentar e implementar, no corpo social, uma nova consciência acerca das alternativas penais, demonstrando que a justiça criminal se realiza quando consegue aplicar e executar sanção que atenda, aos princípios constitucionais, mormente o respeito à dignidade humana, portanto legítima e o máximo possível cumpridora de suas finalidades declaradas, ou seja, adequada.

Contudo, para que tal cultura possa ser assentada na sociedade, mister extrair, das experiências vivenciadas, respostas que possam alicerçar tais afirmações.

³⁷⁴ (FARIA, 1993).

³⁷⁵ (2003).

³⁷⁶ (2005, p. 445): “Uma técnica especial consiste em utilizar vários foros para tornar compreensível um único tema; desse modo, insiste-se na insuficiência de cada foro particular, imprimindo, ao mesmo tempo, uma direção geral ao pensamento [...]”.

Dessa maneira, indispensável se torna a análise dos resultados obtidos através dos investimentos feitos na política pública, que se encontre formulada, envolvendo União, Estados Membros e Municípios, na questão das alternativas penais.

A análise referida também deve perpassar por questões que dizem respeito à conformação constitucional, eficácia punitiva, nível de reinserção social do infrator, contribuição para a reparação da vítima, efetividade, caráter preventivo criminal, interatividade com o corpo social, visão dos operadores do direito, reincidência, custo financeiro, etc.

Isso posto, para se revelarem adequadas, as alternativas penais necessitam atender a tais questões com um nível satisfatório de respostas que alicercem os fundamentos de sua aplicação e expansão, ante um sistema que se baseia na privação da liberdade como principal instrumento de contenção da criminalidade.

Cumprindo essa orientação, destaca-se, ainda, embora fosse despicienda, a necessidade de pontuar a presença, por vezes questionada, do fundamento *retributivo* nas alternativas penais, como reclama a adoção das teorias mistas ou ecléticas, que justificam a intervenção punitiva no direito pátrio.

Na verdade, o aspecto retributivo que habita toda e qualquer sanção penal, ainda que não esgote sua finalidade, não abandona as alternativas penais como, por vezes, erroneamente, se propaga, haja vista tratarem-se, em quaisquer de suas formas, de imposições advindas do poder punitivo do Estado contra a vontade livre do infrator que se vê obrigado a submeter-se à restrição imposta na sentença.

Infelizmente, observa-se que a cultura dominante identifica o sentido de justiça, como justiça penal, simplificando este amplo conceito, atribuindo a esta última a ideia de condenação que significa, por sua vez, a imposição da prisão. Logo, justiça passa a ser sinônimo de “prisão”.

Por isso é comum atribuir-se o rótulo de “impunidade” a quaisquer outras decisões de caráter penal que não impliquem privação da liberdade, o que acaba ocorrendo quando da aplicação das alternativas penais.

Essa cultura tem razões das mais variadas e complexas, constituindo tema merecedor de estudo à parte. Contudo, algumas delas são identificadas na atuação falaciosa e demagógica de parte dos integrantes da seara política, bem assim na forma sensacionalista e descomprometida como agem alguns segmentos midiáticos.

A título de ilustração, traz-se à baila, dados da pesquisa realizada pelo ILANUD, no ano de 2003, na qual foram monitoradas, durante uma semana, as grandes emissoras de televisão do Brasil. Constatou-se, no período, a divulgação da ocorrência de 1.211 (hum mil duzentos e onze) crimes, sendo que destes 59% (cinquenta e nove por cento) corresponderam a crimes graves, como homicídios, latrocínios etc.; e 6,6% a crimes patrimoniais, como furto e roubos menos violentos.

Todavia, ao comparar os números extraídos das informações transmitidas pelos veículos de comunicação mencionados com os números obtidos junto aos órgãos oficiais do sistema penal, no mesmo período, aferiu-se que a realidade apresentava um resultado completamente diverso daquele divulgado pela mídia televisiva.

Assim, os dados registrados pela pesquisa do ILANUD informaram que, dos crimes praticados no período analisado, 69,3% corresponderam, de fato, a furtos e roubos menos violentos, enquanto o total de crimes graves como homicídios, latrocínios etc. não superou o percentual de 1,7%, demonstrando que o ambiente de terror divulgado constantemente nesses segmentos dos meios de comunicação, que, lamentavelmente, impregnam a consciência coletiva do sentimento totalitário de insegurança, não resiste ao simples contraste com a realidade.

Contudo, o cidadão, em seu cotidiano, não tem o hábito de enveredar pelas pesquisas acadêmicas ou institucionais voltadas aos temas ligados à questão criminal, no entanto, está submetido aos meios de comunicação durante boa parte do seu dia, acabando por absorver, como real, aquilo que muitas vezes está distante de sê-lo.

Em pesquisa publicada, no ano 2007, denominada *Mídia e Violência*, produzida pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Cândido Mendes (UCAM), no Rio de Janeiro, coordenada pelas jornalistas Silva Ramos e Anabela Paiva, verifica-se a ratificação deste cenário, pois os números demonstram que levantamentos feitos em oito jornais cariocas, em 2006, constatou que 85,7% das notícias de ocorrências criminais são fruto de histórias individuais, vale dizer, simples relatos. Números próximos aos obtidos em jornais de São Paulo e Minas Gerais, nos quais os índices equivalem a 77,6%. Sendo que, só em um baixíssimo percentual, variável de 5,3% a 9,3% das situações, incide o uso de estatísticas.

O interesse da mídia em divulgar a criminalidade como um fenômeno de massa destacado de outros temas voltados para o interesse social, como educação e

saúde, também pode ser observado, segundo a mesma pesquisa mencionada, por exemplo, quando constata que, do início dos anos 90 até o ano 2000, na favela do Maré, no Rio de Janeiro, o percentual de moradores que ingressaram na universidade cresceu em mais de 200% (duzentos por cento), graças a políticas públicas, a exemplo do pré-vestibular comunitário, do programa Universidade para Todos, da concessão de bolsas de estudos, entre outros.

No entanto, o interesse da mídia, em 87% (oitenta e sete por cento) das reportagens realizadas a respeito daquela comunidade, se restringe à violência e à criminalidade.

Em estudo elaborado sobre *representações sociais da violência no Distrito Federal*, em 1988, divulgado pela Professora Maria Stela Grossi Porto (2002), os dados obtidos dão conta de que 78,6% dos entrevistados acreditam que a difusão da violência pela mídia contribui para aumentar a criminalidade.

Feitas tais considerações ilustrativas, cumpre ratificar o conteúdo retributivo contido nas alternativas penais, especificamente nas denominadas “penas restritivas de direito”, utilizadas em substituição à prisão.

Nesta linha de argumentação, consigne-se que os casos de condenação à privação da liberdade que ensejam a substituição por penas restritivas de direito, capazes de levar o infrator à prisão, em regra, não ultrapassam um total de quatro anos de pena (artigo 44, do CP), que, por força do disposto no artigo 33, § 2º, “c”, também do CP, implicam o cumprimento da pena em regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado (artigo 33, § 1º, “c”, do CP), que, por sua vez, praticamente, não existem no País, pois, como informa o DEPEN³⁷⁷, em seus dados oficiais, dos 1.855 (mil oitocentos e cinquenta e cinco) estabelecimentos penais existentes no Brasil, atualmente, só 41 (quarenta e um) deles são casas de albergados ou similares.

Tal situação tem ensejado a criticada adoção da conversão em regime de prisão domiciliar, por analogia ao artigo 117, da LEP, sem qualquer fiscalização capaz de conferir efetividade à restrição imposta, como acentua a doutrina³⁷⁸.

³⁷⁷ (2014).

³⁷⁸ [...] Dispõe o artigo 117, que ‘somente’ se admitirá o recolhimento em residência particular quando se tratar de condenado que esteja em uma das situações estabelecidas no referido dispositivo, e esclarece a exposição de motivos que o regime aberto, salvo essas exceções, ‘não admite a execução da pena em residência particular’ (item 124). A destinação do condenado em regime aberto à residência particular sem que haja qualquer controle ou fiscalização por parte da administração, como tem ocorrido, significa a total impunidade pelo

Dessa forma, ao substituir-se a privação da liberdade pelas penas restritivas de direito, tem-se a imposição efetiva do conteúdo retributivo reclamado pelo sistema penal com a adoção das teorias unitárias ou ecléticas para justificar a pena, pois, concretamente, passa o sentenciado a ser restringido no seu direito com o cumprimento da respectiva pena (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, proibição do exercício de profissão etc.).

A substituição acaba por conferir, *de fato* e de direito, o caráter retributivo da sanção que, na pena privativa de liberdade aplicada e executada só se verifica de direito.

Naturalmente, para que haja a efetivação, não só dos efeitos retributivos, mas, principalmente dos preventivos da pena, torna-se necessária a existência de uma estrutura de fiscalização, acompanhamento e monitoramento no cumprimento das alternativas penais impostas, o que se tem verificado por meio das CEAPAS, que apresentam resultados altamente satisfatórios a balizar a adequação deste sistema sancionatório para as infrações de menor e médio potencial ofensivo.

Para se poder analisar a adequação das alternativas penais, indispensável é esclarecer-se quanto à estrutura e ao funcionamento do Programa Nacional de Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, iniciado e fomentado pelo Ministério de Estado da Justiça do Brasil, e seus resultados apresentados.

Passa-se, então, a discorrer-se a respeito, com o objetivo de averiguar o atingimento, pelas alternativas penais, das finalidades declaradas da pena, portanto, sua adequação como sanção penal no sistema punitivo brasileiro.

6.2.1 O SISTEMA DAS CEAPAS

A estrutura correspondente às Centrais de Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS), organismo criado a partir da concepção forjada pelo Programa Nacional de Acompanhamento e Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas do Ministério da Justiça, em 2000 (CENAPA), composta de equipe multidisciplinar integrada por psicólogos, assistentes sociais, advogados, terapeutas, tem como principais atribuições as que se seguem:

crime praticado (MIRABETE, 2004, p. 467).

Inicialmente, cabe às Centrais, prestar assessoria ao Juízo de Execução quanto ao processo de adequação das alternativas penais aplicadas ao perfil do beneficiário, no intuito de conferir efetividade no cumprimento da reprimenda imposta, colaborando para evitar o seu insucesso.

Cabe à CEAPA acompanhar, durante todo o período do cumprimento da alternativa penal imposta, o comportamento do beneficiário, auxiliando e intervindo nas possíveis situações que potencializem o descumprimento.

A promoção da orientação e do estreitamento nas relações entre o beneficiário e o seu corpo familiar, bem assim com a própria sociedade, também é missão da CEAPA que, através de atitude proativa, recruta, entre as instituições públicas e privadas, aquelas que, com perfil próprio, servem de células para a montagem da denominada “rede social”, base de sustentabilidade do sistema CEAPA.

Esta rede social origina um cadastro geral de instituições que recebem os beneficiários para o cumprimento efetivo das alternativas penais, principalmente as penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza.

A orientação realizada junto às instituições conveniadas (rede social) é feita pela equipe da CEAPA, capacitando-as para compreender a função de interação entre a sociedade e o indivíduo que cumpre sua sanção penal, com o objetivo de tornar esta etapa do sistema punitivo (execução da pena) materializada dentro dos princípios constitucionais vigentes, mormente os relativos à observância da dignidade da pessoa humana.

Na prática, a equipe da CEAPA utiliza técnicas inerentes à multidisciplinariedade da sua formação, através de dinâmica de grupo aplicada a todos os atores envolvidos no processo.

Na montagem da rede social, utiliza-se o critério da variedade de atividades das entidades conveniadas, com a intenção de aproveitamento da diversidade de perfil, própria de uma sociedade cada vez mais plural, sendo comum o cadastramento de hospitais, escolas, ONG's, órgãos públicos, entidades beneficentes, creches, associações de bairro, etc.

Para que a metodologia adotada pela CENAPA, hoje CGPMA, possa surtir os efeitos desejados, a participação da sociedade civil organizada é de extrema

importância, pois a construção da parceria com as entidades que compõem a Rede Social que abriga os beneficiários, é a coluna vertebral do programa.

A partir dessa constatação, foram formulados requisitos mínimos para a inclusão e o cadastramento da entidade beneficiária à Rede Social, os quais, entre outros, são: atividade sem fins lucrativos; funcionamento legal e regular junto aos poderes públicos; compromisso com a ideologia de reintegração social do programa; adequação ao procedimento estabelecido pela CEAPA.

Portanto, estão descartadas as hipóteses de integração à rede de entidades públicas ou privadas que visem o lucro quando da utilização dos esforços empreendidos pelos beneficiários, no cumprimento de suas alternativas punitivas.

A equipe técnica da CEAPA desenvolve um processo de capacitação com as instituições cadastradas, orientando e esclarecendo quanto aos objetos do programa e a função social da pena, assim como informando acerca de todo o procedimento adotado no monitoramento, acompanhamento e fiscalização na execução das alternativas penais, ocorrendo, periodicamente, reuniões de reciclagem e avaliação, contando, inclusive, com a presença dos operadores do direito responsáveis pela execução penal (Juizes, Promotores, Defensores, etc.)

Às CEAPAS, cabe a tarefa de análise do perfil do beneficiário³⁷⁹, verificando suas aptidões, personalidade, conflitos, facilidade e dificuldade de relacionamento e, principalmente, o histórico da infração penal objeto de imposição da sanção.

Na metodologia utilizada pela CEAPA, quando do contato com o beneficiário, através da equipe multidisciplinar, dois objetivos são prioritários: primeiramente o que se refere às impressões pessoais e externalização destas por parte do apenado quanto à infração penal por ele praticada. Numa segunda vertente, busca-se estabelecer um diagnóstico relativo ao indivíduo para sua inserção adequada em uma entidade parceira que melhor se coadune com suas características e anseios.

Com a noção acerca do perfil do beneficiário e da rede de instituições conveniadas, cumpre à CEAPA sugerir ao juízo competente o encaminhamento que se apresenta com o mais adequado, no que se refere à instituição e à alternativa punitiva. Esclarece-se que, embora seja atribuição específica do juiz a determinação da pena, o parecer técnico elaborado e encaminhado pela equipe da CEAPA se

³⁷⁹ .Denominação dada, pela equipe da CEAPA, ao indivíduo em cumprimento de pena ou medida alternativa à prisão.

apresenta como suporte importantíssimo para a formação do pensamento do magistrado.

Quando da indicação da entidade para o cumprimento da alternativa penal, o setor social da CEAPA busca apontar o parceiro que oferece as melhores condições disponíveis na rede social, para que o apenado possa cumprir tarefas que se adequem às suas aptidões, valorizando as habilidades e características positivas individuais, para a formação de um ambiente harmônico capaz de promover a ideia de cidadania e favorecer a reinserção social pretendida.

Existe especial preocupação da equipe da CEAPA com o esclarecimento da situação jurídica do beneficiário, buscando informá-lo, em linguagem apropriada, acerca dos aspectos legais a ele relativos.

De igual modo, entre as atribuições da CEAPA estão as relativas ao acompanhamento do cumprimento das alternativas penais impostas. Isto se verifica por intermédio do monitoramento junto às instituições conveniadas, acompanhando regularmente os beneficiários no curso da execução de suas reprimendas.

A equipe da CEAPA visita regularmente as instituições, avaliando o seu nível de compromisso com o programa, com a finalidade de prestar assessoria nas situações que se apresentem, proceder levantamento quanto à demanda e à capacidade para o recebimento de beneficiários, bem como formar opinião sobre a viabilidade da continuidade do convênio firmado ou da necessidade de descredenciamento da instituição conveniada.

A metodologia utilizada pela CEAPA inclui a visita domiciliar aos beneficiários com a intenção de melhor subsidiar o diagnóstico psicossocial necessário ao processo de individualização da sanção, determinado por preceito constitucional (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal).

Quanto ao procedimento, seguindo a orientação do manual editado pelo próprio programa (CENAPA), existem variáveis, conforme a alternativa penal imposta, no entanto com o eixo comum que trata da análise do perfil do beneficiário, da entidade conveniada que melhor se apresenta como indicada para o caso, além da sugestão da alternativa penal mais adequada para a situação fática posta.

Tratando-se, como de fato se constata, as penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, as mais aplicadas no País, merece destaque, como exemplo, o procedimento utilizado pela CEAPA quanto à sua execução.

De início, após o trânsito em julgado da decisão condenatória (no caso de pena substitutiva) e após a autuação do processo de execução na respectiva vara, antecedendo a audiência admonitória, que serve de momento para a fixação das condições de cumprimento da pena, ocorre o encaminhamento do apenado para a CEAPA.

Nessa oportunidade, ocorre a denominada “entrevista psicossocial”, procedida por psicólogos e assistentes sociais com o intuito de conhecer o indivíduo submetido à sanção penal, estabelecendo o seu perfil para fins da sugestão acerca do encaminhamento à instituição e ao programa disponíveis que melhor se adequem a ele beneficiário.

Por ocasião dessa análise, interage a atuação jurídica da CEAPA, ressaltando em casos que tais, quanto à existência de vícios processuais ou materiais no feito, bem assim de causas extintivas da punibilidade como a prescrição, etc., além de diversas outras situações como a detração penal.

Quando da realização da audiência admonitória, além das presenças exigidas pelo arcabouço legal do Magistrado, do Representante do Ministério Público, do Defensor Público ou Advogado constituído, participa o Representante da CEAPA, normalmente Advogado, que apresenta os pareceres técnicos elaborados pela equipe multidisciplinar, a serem submetidos à apreciação dos operadores jurídicos e, depois, considerados ou não como acatados pelo Juiz da Execução.

Uma vez acolhida a orientação da CEAPA, o beneficiário recebe o ofício de encaminhamento para a instituição indicada e o respectivo relatório de frequência, passando a ser obrigado a entregá-lo periodicamente àquela Central.

Durante o período de submissão do indivíduo apenado à reprimenda imposta, a equipe da CEAPA monitora e fiscaliza regularmente a instituição conveniada indicada, com o fito de acompanhar o fiel cumprimento da alternativa punitiva.

Por ocasião do cumprimento da sanção, toda e qualquer informação obtida pela CEAPA que diga respeito a intercorrências, são, de imediato, objeto da intervenção pela equipe técnica, buscando o retorno à regularidade.

As ocorrências mencionadas são comunicadas ao Juiz de Execução por ofício e relatórios juntados aos autos. Na hipótese de insucesso na ação da equipe técnica, pode ocorrer a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Transcorrendo o cumprimento regular da reprimenda imposta, sem que tenha

havido revogação, a equipe da CEAPA informa ao respectivo Juízo de Execução, que põe termo ao feito.

Quando do término do cumprimento da alternativa penal imposta, o procedimento adotado pela CEAPA ainda inclui uma reunião entre sua equipe técnica, a entidade beneficiária e o próprio apenado, denominada de “Reunião de Avaliação”, na qual são colhidos informes quanto aos aspectos circunstanciais relativos ao processo de monitoramento do caso concreto, que servirão de subsídios para o aperfeiçoamento do programa.

As alternativas penais elencadas na Lei nº9.099/95, como a suspensão condicional do processo (artigo 89) e a transação penal (artigo 76), são contempladas no rol daquelas, objeto de monitoramento e fiscalização pelo trabalho da equipe técnica da CEAPA que, de forma relativamente diferente, intermedeia o cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo ou das medidas impostas na transação penal, fornecendo ao juízo competente o mesmo fluxo de informações acima descrito, relativo ao regular cumprimento das imposições legais.

Registre-se que a intermediação corriqueira do contato entre a realidade do apenado no cumprimento da sanção e o Juízo da Execução consiste numa das principais contribuições proporcionadas pela CEAPA, uma vez que, a realidade burocrática e estrutural do Judiciário constitui obstáculo robusto para a efetivação desta proximidade, que se revela como indispensável a uma execução da pena que minimamente atenda a suas finalidades declaradas.

Deve ser pontuada a complexidade do trabalho empreendido na execução penal, notadamente o que reconhece a necessidade de verificação da situação emocional do penitente, suas dificuldades diante do passado, que registra a prática delitiva, do presente, que impõe as restrições contidas na sanção penal, e do futuro, que se vislumbra nebuloso, em decorrência dos efeitos deletérios do sistema punitivo e do preconceito social que impregnam, como tatuagem, aquele que infringe a Lei Penal.

Observa-se que a importância da existência de uma estrutura capaz de monitorar e fiscalizar o cumprimento das alternativas penais é vital para a noção de eficiência desta modalidade punitiva, para que se possa alterar a impressão deturpada que setores da mídia contribuem para formar no corpo social.

Vale registrar a experiência pioneira e exitosa empreendida pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas à prisão da cidade de Vitória-ES

(2008), que criou equipe especializada responsável pela fiscalização do cumprimento das penas e medidas alternativas, composta de integrantes de nível superior, em diversos cursos, capacitada por metodologia especificamente desenvolvida para a respectiva função.

Perquirindo os resultados alcançados pelo sistema criado, por meio das CEAPAS, o que se constata é uma dupla preocupação: de um lado, a capacidade de punir adequadamente os que praticam infrações de menor e médio potencial ofensivo; de outro, a capacidade em garantir um desenvolvimento do apenado, com vistas a auxiliá-lo na tarefa de superação das condições que favoreceram o ato criminoso, possibilitando a ampliação de suas trocas sociais para o alcance de uma convivência coletiva equilibrada com a autonomia individual.

Contrariando o discurso que erroneamente identifica a aplicação das alternativas penais como sinônimo de impunidade, principalmente quando se trata de pena alternativa (restritiva de direito substitutiva), cabe reiterar a observação feita quanto à simbólica imposição da prisão para os casos de condenação de até quatro anos de prisão, dada a ausência de casas de albergados e da fiscalização da prisão domiciliar³⁸⁰.

Todavia, havendo a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito, acompanhadas, monitoradas e fiscalizadas, como tem ocorrido após a criação e ampliação das CEAPAS, ter-se-á, ao invés de impunidade, o efetivo cumprimento de uma sanção, desmistificando o falacioso discurso em prol da prisão para as situações de infrações de menor e médio potencial ofensivo.

Constata-se uma ótica de cunho utilitarista, pois a alternativa penal em nenhum momento deixa de ser uma sanção em sua essência, contudo busca contribuir para um bem maior, tanto do corpo social como do próprio infrator, considerando-o como sujeito ativo de sua própria mudança em face das trocas sociais possibilitadas pela natureza da execução das alternativas penais.

Evidencia-se o compartilhamento do poder disciplinador do Estado com a sociedade, que interage com o infrator, permitindo que este se torne e se sinta útil a esta, reparando danos, prestando-lhe serviços, enfim, contribuindo de uma maneira geral, para ela.

Pelo sistema de monitoramento, acompanhamento e fiscalização das alternativas

³⁸⁰ .Tema abordado no item 6.2.

penais posto em prática pela CENAPA, hoje Coordenação Geral de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), o que se busca é que a aplicação e execução das alternativas penais cumpram simultaneamente, papel punitivo, educativo, reparador e de reinserção social.

Não se deve, no entanto, confundir essa proposta com a ideia de desresponsabilização do Estado, que busca apenas diminuir os seus custos financeiros na área criminal, mas como uma tentativa clara e objetiva de formar uma ideologia distinta daquela que se orienta pela eleição da prisão como forma mais eficiente de contenção da criminalidade.

A experiência prisional demonstra que a concepção de reinserção por via da exclusão é, por si só, contraditória, pois a falta de contato com as trocas sociais provoca a preponderância da exclusão sobre a reinserção.

Já a experiência das alternativas penais se foca com maior intensidade na reinserção, embora punitiva, do que na exclusão, predominando a perspectiva de adequação do indivíduo aos valores do corpo social que são extirpados, na experiência prisional.

Tais conclusões podem ser extraídas de pesquisas realizadas em Estados da Federação, que buscaram identificar respostas às questões já mencionadas acerca da política de adoção de um sistema de alternativas penais.

No ano de 2001, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, realizou e publicou uma pesquisa (Penas Alternativas Valem a Pena?), buscando estabelecer um diagnóstico quanto às alternativas penais no âmbito do Distrito Federal, quando se encontrava a frente da Central de Coordenação da Execução das Penas e Medidas Alternativas (CEPEMA), o magistrado Henaldo Silva Moreira, um dos primeiros integrantes do Programa Nacional, posteriormente instituído pelo Ministério da Justiça.

Os resultados dessa pesquisa forneceram elementos significativos relativos aos aspectos positivos da utilização das alternativas penais para as infrações de menor e médio potencial ofensivo.

A pesquisa apontou para o fato de que 41% (quarenta e um por cento) das entidades que compõem a Rede Social do Programa, no Distrito Federal, estão voltadas para a assistência social, como centros de desenvolvimento social,

creches, lares para idosos e crianças, etc. Outras entidades ligadas à área de saúde alcançam o patamar de 20% (vinte por cento) da Rede Social, e, na área educacional, um percentual de 16,7% de estabelecimentos conveniados, como centros de ensino e escolas-classe. Completam a estrutura da Rede Social, órgãos da administração regional das Cidades Satélites, com 10% (dez por cento) das entidades parceiras.

Tais números demonstram o envolvimento do corpo social em esmagadora maioria na composição da Rede de entidades parceiras, atestando a inter-relação “sociedade-infrator” como pilar da recuperação do delinquente.

Da mesma pesquisa, extrai-se que 42% (quarenta e dois por cento) das organizações conveniadas declaram que a contribuição social para com a reinserção do infrator é o principal motivo de sua integração ao programa. E, para 56% (cinquenta e seis por cento), as instituições dão tanto quanto recebem dos sentenciados nesta dinâmica.

Também se infere da pesquisa que, em 74% (setenta e quatro por cento) dos casos, as entidades mantêm um horário fixado para a recepção dos sentenciados e, em 97,8%, existe alguém responsável para recebê-los, orientá-los e encaminhá-los para as atividades a serem realizadas. Para o desenvolvimento dessas atividades, 78,3% das organizações contam com responsáveis pelo oferecimento de um processo educativo baseado intensamente na conversa.

No que se refere à qualidade das tarefas desempenhadas pelos sentenciados em comparação com os funcionários, os números demonstram que 64,6% das entidades atestam idêntica qualidade nos serviços, 20,7% consideram melhor do que as dos funcionários e, 14,6%, pior. Para efeito do conceito de qualidade, foram levados em conta critérios como pontualidade, assiduidade, compromisso com as tarefas, etc.

Segundo colheu-se no trabalho de pesquisa, 79,3% das organizações disseram que os sentenciados cumprem a pena com tranquilidade, 12,5% de que há indiferença e 10% de que há revolta.

Esses dados retratam uma adequação do sentenciado ao modelo punitivo a que está submetido, e, por via de consequência, informa adequação da sanção imposta, tendo em vista a demonstração de tranquilidade e adaptação durante o cumprimento da restrição, bem assim o nível do desempenho nas atividades desenvolvidas.

Os números que dizem respeito ao relacionamento entre o infrator e o corpo

técnico que compõe o sistema de acompanhamento e monitoramento das alternativas penais, dão notícias de que, na visão dos infratores, 65,5% não vêem dificuldades no relacionamento, enquanto, para a equipe, este percentual é de 45,5% classificando tal relação como boa ou muito boa.

Um dos dados mais importantes extraídos da pesquisa diz respeito à mudança da trajetória dos sentenciados. Colhe-se que 67% (sessenta e sete por cento) dos supervisores entrevistados afirmaram existir mudança na trajetória dos sentenciados.

Na avaliação das alternativas penais e suas vantagens em relação à prisão, 87% (oitenta e sete por cento) das respostas afirmaram ser o modelo alternativo à prisão vantajoso em relação a esta, sendo a pena de prestação de serviços à comunidade considerada a mais eficaz por quase 70% (setenta por cento) dos servidores.

Quanto ao aspecto retributivo próprio de todas as sanções, a pesquisa revela que 62% dos entrevistados consideram que a alternativa penal torna o sentenciado quite com a sociedade, sendo negativa a resposta para 7,8% dos ouvidos.

Merece referência a expressão que retrata o sentimento dos entrevistados que afirmam que a alternativa penal é “quitação com a sociedade”, pois significa punição e pleno exercício da cidadania.

Importante dado oferecido pelo trabalho realizado no Distrito Federal³⁸¹ diz respeito ao custo mensal da execução da alternativa penal que, no máximo, chegava a R\$ 36,00 (trinta e seis reais) por apenado.

Naquela oportunidade, o perfil do sentenciado a alternativas penais era de 91,9% do sexo masculino, 8,1% do sexo feminino, 67% (sessenta e sete por cento) abaixo dos 34 (trinta e quatro) anos; 62,8% com, no máximo, 1º grau completo, hoje denominado Ensino Fundamental e 75% (setenta e cinco por cento) com renda inferior a 3 (três) salários mínimos.

Os crimes, objeto da imposição das alternativas penais, por ocasião, retratavam 35,9% de furto, 11,5% de estelionato, seguidos de 8,3% de casos de homicídios culposos no trânsito e outros tipos penais cuja estatística é pouco representativa.

É imperativo registrar que, em 2005, o Ministério da Justiça divulgou oficialmente que as infrações penais de maior incidência das alternativas penais eram: furto, 20% (vinte por cento); porte ilegal de armas, 16,2%; lesão corporal leve, 16,1%; e uso de

³⁸¹ (2001)

drogas 14,4%, panorama atualmente alterado, em função das mudanças legislativas sofridas pela Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), Estatuto do Desarmamento (Lei nº10.826/2003) e Lei Maria da Penha (Lei nº11.340/2006).

Retornando-se a análise da pesquisa, consigna-se que na visão dos próprios sentenciados, as alternativas penais são consideradas como melhor ou muito melhor que a pena de prisão, numa proporção de 97,3%.

Demonstram os dados pesquisados que as penas impostas obedecem à seguinte sequência: 72,8% de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; 14,4% de prestação pecuniária ou de outra natureza; 8,9% de multas; 2,0% (dois por cento) de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e 2,0% (dois por cento), outras.

Na perspectiva dos próprios sentenciados, 84,9% dos ouvidos ressaltaram que perceberam mudanças na sua trajetória de vida em função do cumprimento dessa modalidade de pena, usando expressões como: “parei de aprontar”, “estou mais tranquilo”, “abri os olhos”, “percebi que estava errado”, “nasci novamente para o mundo”, “amadureci”, “recuperei a confiança dos outros”, “estou mais prudente” etc.

A pesquisa demonstra que a aplicação das alternativas penais aparece como positiva para a mudança de comportamento dos sentenciados, sendo vista como uma oportunidade de redirecionamento de suas trajetórias de vida. Os dados indicam maior responsabilidade, tranquilidade, consciência e amadurecimento, em 45,6% dos submetidos às alternativas penais.

A multicitada pesquisa apresenta dados interessantes, no que diz respeito ao retorno ao crime por parte daqueles que foram submetidos ao sistema alternativo de punição, constatando que apenas 4,7% do total respondem a processo por delitos praticados posteriormente à pena.

Em suas conclusões, a pesquisa ressalta que a condição de sentenciado às alternativas penais traz muito menos discriminação que a do condenado à prisão ou a do egresso, reduzindo o etiquetamento social das pessoas que cruzaram a fronteira penal.

De igual modo, o trabalho pontua a visão dos operadores de direito quanto ao tema, aduzindo que estes aprofundam a crítica à prisão, taxando-a de repressiva, ineficaz, ineficiente e cara, ao tempo em que exortam a utilidade das alternativas penais, evidenciando, contudo, a falta de fiscalização e de acompanhamento como problemas a serem resolvidos.

Os operadores do direito ouvidos externaram sua preocupação com a necessidade de mudança da atual cultura da repressão, baseada no discurso da lei e ordem que assola a sociedade e os Tribunais, registrando a indispensável atitude de investimento no sistema das alternativas penais, para a reversão deste quadro.

Em outro trabalho de pesquisa, em 2006, sob o título *Levantamento Nacional Sobre Execução de Penas Alternativas*, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), por intermédio de convenio firmado com o Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN-MJ), buscou retratar o sistema de execução das alternativas penais no País.

A análise perquirida teve como foco um estudo qualitativo e quantitativo, em nove capitais brasileiras (Belém, Belo Horizonte, Fortaleza, Campo Grande, Curitiba, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo), além do Distrito Federal.

O trabalho de investigação objetivou estabelecer um quadro analítico que identificasse: o perfil do indivíduo submetido às alternativas penais, os crimes mais praticados por este; os dados relativos ao cumprimento efetivo destas sanções e a maneira como o monitoramento, a fiscalização e o próprio sistema de execução se operacionalizam.

Também foi objetivo da pesquisa conhecer o nível de aprofundamento da implementação dos serviços inerentes ao atendimento técnico prestado pelos organismos responsáveis pela execução e o grau de sistematização do procedimento utilizado, além da interação com o corpo social.

Extraí-se das conclusões aferidas pelo estudo, entre outras, as que se seguem:

O perfil dos sentenciados às penas alternativas, em face da substituição, é estreitamente semelhante ao dos encarcerados, quanto aos dados socioeconômicos. No entanto, difere em relação à infração penal praticada.

A seletividade do sistema penal, por muitos já apontada, surge como conclusão do estudo, demonstrando que tanto os submetidos às alternativas penais quanto os encarcerados advêm, predominantemente, de pessoas excluídas da sociedade, do ponto de vista social, econômico e educacional, além de serem negros ou pardas, jovens e do sexo masculino³⁸².

³⁸² ILANUD (2006, p.18): “Um universo masculino, jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, mal remunerados, de extratos sociais mais baixos, de pouca qualificação profissional, em situação de trabalho vulnerável, afetos à criminalidade patrimonial de baixo impacto, com incidência predominante

A prestação de serviços à comunidade é a alternativa penal mais aplicada e mais adequada às finalidades pretendidas pelas alternativas penais, mormente quanto à aproximação e à participação da comunidade em todo o procedimento de reintegração do infrator.

Corroboram esta afirmação, dados como os obtidos no Estado do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, onde a prestação de serviços à comunidade é utilizada em cerca de 95% dos casos, sendo 61% (sessenta e um por cento) de forma isolada e 34,1% em conjunto com outras alternativas penais³⁸³.

De igual maneira, como de resto se verifica na maioria das capitais consultadas, no Estado do Ceará, em Fortaleza, a prestação de serviços à comunidade também predomina, aplicada em 92,5% dos casos, sendo 63,7% isoladamente e 28,8% em conjunto com outras³⁸⁴.

Também se constatou que o crescimento da credibilidade da prestação de serviços à comunidade, junto ao corpo social e aos operadores do direito, deve-se, em muito, ao trabalho desenvolvido por meio da política empreendida pela CENAPA, atual CGPMA, que nos últimos anos possibilitou uma ampliação e divulgação das alternativa penais, contribuindo para o seu fortalecimento e visibilidade.

Observou-se que a prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza é a segunda alternativa penal mais aplicada, depois da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Subsidiar essa informação, os números fornecidos pelas análises na maioria das capitais pesquisadas, como, por exemplo, na cidade de Curitiba, Paraná, onde em 84,1% das vezes em que a prestação de serviços à comunidade foi aplicada conjuntamente com outra alternativa, esta outra foi a prestação pecuniária. Esclarece-se que a prestação de serviços à comunidade foi aplicada em 92,5% dos casos, sendo em 77,4% isoladamente e em 14,8% cumuladamente com outra sanção³⁸⁵.

Os estudos referendaram a importância e a vital necessidade da existência de

no delito de furto”.

³⁸³ (ILANUD, 2006, p. 56).

³⁸⁴ (ILANUD, 2006, p. 104).

³⁸⁵ (ILANUD, 2006, p. 79).

um juízo especializado na execução de penas e medidas alternativas, dotado, por conseqÜente, de todo um corpo técnico igualmente especializado para subsidiar as atividades jurisdicionais, devendo o seu funcionamento, pela própria natureza da sanção alternativa que difere da prisão, ocorrer de forma desvinculada das Varas de Execuções de penas privativas de liberdade.

Na visão esboçada pela pesquisa, foi explicitada a necessidade de que o Judiciário, em todas as unidades da Federação, assuma a titularidade da execução das penas alternativas, conforme orienta a reforma penal de 1984 (artigo 66, V, “a”, da LEP), com a criação de Varas Especializadas e corpo técnico respectivo, em substituição às estruturas fomentadas pelos convênios firmados com o Ministério da Justiça, que têm caráter de temporariedade e incentivo.

Um outro aspecto considerado pela pesquisa, ora em análise, de singular importância para o aprofundamento do tema, foi a constatação da deficiência no exercício de direitos como acesso à justiça, à ampla defesa e ao contraditório, em função da precária ou ausente atuação da Defensoria Pública.

No monitoramento e acompanhamento, junto às instituições conveniadas que formam a rede social que serve de sustentáculo para a efetividade do cumprimento das alternativas penais, principalmente as mais utilizadas (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza), o estudo destacou como positivas as experiências que consubstanciavam a formação de grupos de apenados para encontros que não só permitem uma avaliação acerca do cumprimento da sanção imposta, como também uma reflexão sobre questões relativas a aspectos intrínsecos à própria pena, como reinserção, crime, etc.

Outro destaque, ainda quanto ao monitoramento e acompanhamento, é feito com relação à inclusão dos sentenciados em programas sociais ou na rede de serviços públicos de referência, atitude indispensável ao processo de reintegração social³⁸⁶.

Quanto às questões que envolvem o descumprimento das alternativas penais impostas, os dados obtidos nos resultados da pesquisa, registram que, nas ocorrências de descumprimento, diversas intervenções são efetivadas por parte da equipe técnica responsável, inclusive com visitas domiciliares ao infrator, o que normalmente enseja a continuidade do cumprimento da sanção imposta.

Esse procedimento corriqueiro implica um baixo percentual de conversões à pena

³⁸⁶ (ILANUD, 2006, p. 24).

privativa de liberdade, o que, por sua vez, aponta um resultado positivo da investigação, no que diz respeito a efetividade da execução das alternativas penais.

Entre as intervenções referidas, são mencionadas: a substituição da entidade na qual se iniciou o cumprimento da sanção, por outra integrante da rede social, a alteração da forma de cumprimento da sanção, as mencionadas visitas domiciliares etc.

As conclusões refletem a dicção dos números verificados, tomando como exemplo a cidade de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, onde cerca de 20% (vinte por cento) dos sentenciados se envolveram com intercorrências, durante o cumprimento da reprimenda, e, no entanto, após os esclarecimentos e as intervenções da equipe técnica, 15,7% retornaram para cumprir regularmente sua sanção. Portanto, o descumprimento deu-se em 4,3% do total dos casos³⁸⁷.

Panorama similar verifica-se na Cidade de Recife, Pernambuco, que registra um percentual de 23,4% de ocorrência de descumprimento, retornando ao regular cumprimento, 14% dos apenados, implicando um percentual de descumprimento de 9,4%, percentuais semelhantes aos encontrados em todas as outras capitais pesquisadas.

A conclusão do relatório de pesquisa, ora comentado, é no sentido da constatação da perspectiva socializadora muito mais significativa na aplicação e execução das alternativas penais, do que na pena privativa de liberdade, recomendando, por fim, que as alternativas penais sejam mais *intensamente perseguidas*³⁸⁸.

Esta última conclusão difere, e muito, infelizmente, da política criminal que predomina no Brasil, como se pode verificar com base no direcionamento do investimento que o Estado protagoniza na área do sistema punitivo.

A título de ilustração do que se afirma, revelam os números do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), órgão criado pela Lei Complementar nº. 79/94, regulamentado pelo Decreto nº. 1.093/94, com o objetivo de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro, que, desde a sua criação no ano de 1994 até o ano de 2007, foram investidos R\$ 1.400.000.000,00 (um bilhão e quatrocentos milhões de reais), sendo que, destes recursos, 98,08% destinaram-se à prisão, restando às

³⁸⁷ (ILANUD, 2006, p. 149).

alternativas penais um investimento na ordem de 1,02% (Coordenação Geral do Fundo Penitenciário Nacional – CGFPN/DPP/DEPEN), conforme anexo).

Também cumpre registrar que a mencionada pesquisa realizada pelo IPEA³⁸⁹ (2015), em suas conclusões aponta que para o aperfeiçoamento do sistema punitivo brasileiro, algumas medidas são indispensáveis, como o avanço das políticas sociais; priorização de políticas preventivas de segurança, e não repressivas; redução dos encargos do sistema de justiça criminal; revisão da política penal; aperfeiçoamento dos instrumentos para a garantia de aplicação da lei penal e maior abertura para inovações na mediação dos conflitos sociais.

Feitas tais considerações, na sequência, cumpre examinar os demais temas correlacionados a presente análise da adequação das alternativas penais para as infrações de menor e médio potencial ofensivo.

6.2.2 ALTERNATIVAS PENAIS E REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Reincidência é uma expressão originária do latim *recider* cujo significado quer dizer *cair novamente*. Esta noção etimológica reflete a *queda* que a expressão traduz, tanto no seu aspecto físico quanto moral.

No mundo do direito penal, e especificamente no sistema brasileiro, a reincidência surge como circunstância agravante disposta no artigo 61, I, definida no artigo 63, todos do Código Penal, utilizada, entre outras situações legais, como circunstância a majorar a pena quando da sua individualização judicial, se presente, no momento da fixação da pena provisória, que sucede à fixação da pena base e antecede a fixação da pena definitiva.

Considera-se reincidência a prática de crime após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória proferida no Brasil ou no exterior por crime praticado anteriormente (artigo 63 do CP).

Esse conceito técnico limita ou impede a obtenção de vários benefícios legais contidos no sistema jurídico penal, tais como: a concessão do *sursis* (artigo 77, I, do CP), do livramento condicional nos casos de crimes hediondos (artigo 83, V, do CP),

³⁸⁸ (ILANUD, 2006, p. 25).

³⁸⁹ (2015).

da fiança (artigo 323, III, do CPP), e, inclusive, da substituição da pena privativa de liberdade ou restritiva de direito nos crimes dolosos quando específica (artigo 44, II, do CP), entre outros.

O fundamento do instituto recai sobre fatos outros que não o crime objeto da relação processual em exame, não sendo uma questão intrínseca à mensuração da conduta ilícita então praticada. Não obstante, reflete diretamente no *quantum* da pena atribuída como resposta à infração penal.

Trata-se de uma questão de direito e não de fato, pois consiste em verificar a existência de condenação anterior contra o infrator.

O Brasil adotou o critério da reincidência *ficta* que reclama, tão-somente, o trânsito em julgado da decisão condenatória por crime anterior, não exigindo o cumprimento total ou parcial da pena, exigência feita pelo conceito de reincidência *real*, o que é considerado pela doutrina como opção por um sistema mais rígido por parte de nosso legislador³⁹⁰.

Sem embargo, percebe-se a utilização dos fundamentos conceituais da reincidência real para a construção do raciocínio da desconsideração temporal da reincidência, ou seja, o artigo 64, do CP, estabelece a desconsideração ou o não reconhecimento da reincidência, se houver decorrido prazo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração, levando em conta, inclusive, para o cômputo, o período de prova do *sursis* e do livramento condicional.

Todavia, o tema “reincidência” não se esgota em seu conceito legal e transcende este limite para refletir em outros similares tópicos que, de modo próximo, repercutem em todo o sistema jurídico penal, quais sejam, a primariedade e os antecedentes criminais.

Para esse efeito, considera-se primário aquele infrator que não é reincidente, ainda que tenha cometido vários crimes e até tenha sofrido condenação, desde que não os tenha praticado após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior. É o que se convencionou denominar de “tecnicamente primário”, não sendo, neste caso, possuidor de bons antecedentes.

O tema merece destaque, pois a constante confusão de tais conceitos implica consequências para a formação e divulgação dos índices estatísticos de violência,

³⁹⁰ (BRUNO, 1984).

criminalidade e reincidência criminal.

Para efeito desta abordagem, serão levados em conta tanto o conceito legal de reincidência retromencionado quanto a ideia de reincidência como retorno à atividade criminosa, pois interessa neste tópico aferir-se o nível de contenção propiciado pelas alternativas penais em sua operacionalidade, com relação à retomada, pelo infrator, da atividade delitiva.

Com essa intenção, mister observar que não se pode proceder a tal análise sem um parâmetro de comparação com a pena de prisão, haja vista se tratar da adequação das alternativas penais à prisão.

Obviamente, a restrição do direito à liberdade se apresenta como o aspecto mais evidente na pena de prisão. Todavia, outras diversas consequências advêm da punição carcerária, como já mencionado³⁹¹.

Uma dessas consequências, digna de registro, é a formação criminosa que se aperfeiçoa, por meio da inter-relação entre os presos que, inclusive, ocasionou a popularização da expressão “a prisão é a universidade do crime”.

Assim, ancora-se a posição firmada por Cirino dos Santos³⁹² quando ressalta a publicidade da ação criminógena da prisão, estampada pela pesquisa criminológica generalizada, a ponto de exigir uma reformulação do conceito de reincidência para conformar a influência negativa da prisão sobre o condenado.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt³⁹³. Prosseguindo, o referido autor afirma que, no ritmo em que se desenvolve a vida moderna, cujas transformações se dão de forma extremamente rápida, a probabilidade é grande de que a prisão se torne sempre mais criminógena.

No entanto, assinala ainda o mencionado autor que não se pode chegar à extrema conclusão de que os fatores criminógenos oriundos da prisão são os únicos responsáveis pelos altos índices de reincidência, devendo-se contabilizar outros fatores de caráter social e pessoais do infrator.

A par da discussão acerca do nível de influência dos constatados fatores criminógenos da prisão nos índices de reincidência, é fato que esta influência revela-se obviamente traduzida nos números costumeiramente alardeados por todo o

³⁹¹. Tema abordado no item 2.4.2.

³⁹² (1985)

³⁹³ (2001, p. 158-189): “[...] a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno”.

universo jurídico penal.

Observa-se, além disso, que a doutrina indica percentual elevadíssimo quanto ao tema, afirmando Luís Flávio Gomes³⁹⁴ que no Brasil a reincidência oriunda do sistema carcerário é da ordem de 85% (oitenta e cinco por cento), conforme pesquisa realizada pelo ILANUD, em 1997.

No ano de 2006, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), organismo de importância destacada no País, pontuou um índice de reincidência dos egressos do sistema penitenciário, superior a 70% (setenta por cento)³⁹⁵.

Esse mesmo panorama é traçado por órgãos oficiais quando divulgam os números concernentes ao fenômeno do retorno à criminalidade daqueles egressos do sistema carcerário, como se verifica dos dados apontados pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso, em 2007, dando conta de um percentual de 86,5% de reincidência naquele Estado.

De igual modo, noticia a Diretoria de Reintegração Social e Penas Alternativas da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, por meio do seu Diretor Mauro Rogério Bitencourt, que a taxa de reincidência no sistema penitenciário no País, atualmente, é de 57% (cinquenta e sete por cento).

O Censo Nacional Penitenciário, realizado no ano de 1995, apontou um índice de 85% de reincidência para os indivíduos oriundos do cárcere.

O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Justiça, via Departamento Penitenciário Nacional, em seus dados oficiais, acusa uma reincidência dos ex-cumpridores de penas privativas de liberdade variável entre 70% (setenta por cento) e 85% (oitenta e cinco por cento).

Dessa forma, fica patente que a utilização da prisão não tem cumprido a função preventiva especial reclamada pela pena que, embora não possa ser medida única e exclusivamente por meio dos índices de retorno ao crime por parte daqueles egressos do sistema carcerário, tem, neste ponto nevrálgico, um fortíssimo indicativo deste fracasso.

Paralelo a esse cenário, o que se tem verificado com relação àqueles indivíduos submetidos ao denominado *sistema alternativo de penas*, que possui uma filosofia

³⁹⁴ (1999, p. 95;101).

³⁹⁵ .Dados extraídos matéria intitulada de *Reincidência de Egressos*. 2006. Disponível em: www.sebraees.com.br/pag_cat.asp?codigo_categoria=861> Acesso 14 abr. 2012.

de operacionalidade bastante distinta da empregada no cárcere, é uma externalização inversa quanto ao fenômeno da reincidência.

Extraí-se dos dados mencionados, pela pesquisa realizada em 1997 pelo ILANUD, que à época, portanto, antes da Lei nº9.714/98, responsável pelo alargamento do sistema de alternativa penais no País, já se apontava para índices extremamente animadores, registrando uma reincidência máxima de 12% (doze por cento)³⁹⁶.

Conforme já acentuado, a pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 2001, acusou um índice de 4,7% de retorno ao crime daqueles que cumpriram sanções alternativas ao cárcere³⁹⁷.

Os dados divulgados pelo Ministério da Justiça, via DEPEN, expressam uma variação da reincidência nas alternativas penais entre 2% (dois por cento) e 12% (doze por cento).

A Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, por meio da Diretoria de Reintegração Social e Penas Alternativas, que congrega 30 (trinta) centrais distribuídas por todo o Estado, aponta para o índice de reincidência em torno de 5% (cinco por cento).

No Estado do Espírito Santo, o Tribunal de Justiça, por meio da Vara de Execuções Penais de Penas e Medidas Alternativas, que tem à frente os Magistrados Carlos Eduardo Ribeiro Lemos e Grécio Nogueira Grégio, ambos com atuação destacada na CONAPA, em pesquisa realizada junto aos infratores que cumpriram a prestação de serviços à comunidade, constatou um índice de retorno ao crime de 5% (cinco por cento), sendo que os novamente condenados representaram apenas 1% (um por cento).

Tal constatação se revela extremamente importante como dado orientador das alternativas penais, haja vista que a pena de prestação de serviços à comunidade é a mais utilizada no País entre todas as penas alternativas, superando o patamar de 90% (noventa por cento) dos casos, aplicada isolada ou cumulativamente, conforme verificado na pesquisa nacional realizada pelo ILANUD e divulgada no ano de 2007³⁹⁸.

³⁹⁶ (GOMES, 1999).

³⁹⁷ .Dados contidos no item 6.2.1.

³⁹⁸ .Dados também contidos no item 6.2.1.

O que se observa é que o sistema punitivo calcado na prisão como recurso absoluto para o enfrentamento do crime reflete a inevitabilidade de altos índices de reincidência, tendo em vista que o cárcere tem funcionado como instrumento para replicar infratores, enquanto a utilização das alternativas penais demonstra uma redução significativa dos índices de retorno ao crime³⁹⁹.

Ademais, uma política criminal que busque evitar o ciclo vicioso do ingresso e reingresso no crime, deve pautar-se em um modelo punitivo que priorize o caráter preventivo contido na sanção, como adverte Alvino de Sá⁴⁰⁰.

Dos registros ora feitos, extrai-se que as alternativas penais se mostram mais capazes de conformar o aspecto preventivo especial que inibe o infrator para a prática de novos crimes, reordenando seu comportamento na direção da assimilação dos valores sociais, tendo em vista que, embora não se possa rotular a baixíssima reincidência como sinônima de prevenção especial, não se pode negar que esta se constitui em um dos seus principais pilares.

Ademais disso, freando a prática delitiva, devido ao baixo retorno ao crime, as alternativas penais ultrapassam os aspectos da prevenção especial e enveredam pela demonstração da suficiência da pena, o que implica reconhecer-se a operacionalidade da função retributiva.

A prevenção geral também é vislumbrada a partir do diagnóstico produzido pelos baixos índices de reincidência, pois reflete a valoração do conteúdo da norma, reforçando sua existência, por atestar sua eficiência, o que repercute em toda a consciência do corpo social.

6.2.3 ALTERNATIVAS PENAIS E DESCUMPRIMENTO DA PENA

A sanção penal tem em sua efetividade o epicentro da ideia de realização da própria justiça penal, uma vez que a construção de um sistema punitivo inicia-se com a concepção e elaboração da norma penal que, atendendo a critérios

³⁹⁹ (YAROCHEWSKY, 2005).

⁴⁰⁰ (1987, p. 105): "Daí que o período de cumprimento de pena deveria de fato ser reeducativo. Ou seja, deveria se constituir de programas de prevenção destinados a: investigar, reconhecer, preservar e fortalecer os núcleos de adaptação saudável remanescentes, prevenir contra os vícios e riscos da vida carcerária [...].

valorativos em conformidade com o extraído do corpo social, objetiva, por meio de sua adequada aplicação, ao final, lograr êxito com sua efetiva execução.

Desde a concepção esboçada por Beccaria, em 1764, com a publicação da obra *Dos Delitos e das Penas*, que se difunde o pensamento segundo o qual não é pelo rigor imposto nas sanções que se previne o crime, mas pela certeza da punição.

A análise quanto à efetividade da sanção imposta, perpassa, necessariamente, pela verificação do seu cumprimento, conforme a prescrição contida na decisão condenatória.

Portanto, para dizer-se efetiva, a sanção penal tem que se ultimar em sua fase mais dramática, qual seja, a execução.

Ao tratar da adequação das alternativas penais, necessária é a verificação do nível de efetividade que estas encerram, quando da sua execução.

Essa tarefa, repete a fórmula, já aqui ressaltada, de exame em conjunto com a pena privativa de liberdade, porque o objeto deste trabalho é demonstrar que as alternativas penais se afiguram mais adequadas do que a privação da liberdade como reprimenda para as infrações penais de menor e médio potencial ofensivo.

Assim, cumpre mencionar que a pena de prisão tem sofrido descrédito, também quanto a sua efetividade, tendo em vista que alguns institutos previstos na Lei de Execução Penal proporcionam uma relativização quanto ao total cumprimento da restrição de liberdade concreta imposta na sentença.

Ilustra esta reflexão, a já multimencionada ação fictícia da pena privativa de liberdade nas condenações em que concorre com a aplicação substitutiva das alternativas penais (penas alternativas). Um exemplo disto é a imposição do cumprimento da pena, em regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado, quando, é fato que, estes estabelecimentos praticamente não existem, havendo quase sempre a conversão em Prisão Domiciliar, sem qualquer fiscalização por parte do Estado.

Ainda que se considerasse a possibilidade da existência satisfatória de casas de albergado ou estabelecimento adequado em todo o território brasileiro, convém destacar que, por força do disposto no artigo 83, do Código Penal, desde que cumprido 1/3 (um terço) da pena de no máximo quatro anos, ou seja, 16 (dezesesseis) meses, em regra geral, presentes os requisitos subjetivos favoráveis ao infrator, este

obtem o livramento condicional.

Por outro lado, a aplicação de alternativas penais costuma guardar paridade com o tempo de pena imposta (artigo 55 do CP), principalmente sendo a prestação de serviços à comunidade a pena alternativa mais utilizada⁴⁰¹.

Contudo, os argumentos acima citados são de muito menor importância para a demonstração da baixa efetividade da pena de prisão do que os índices que costumam ser divulgados acerca do seu descumprimento, tanto por fugas quanto pela não execução dos mandados de prisão expedidos.

É o que se depreende dos dados anunciados pelo Governo do Estado de São Paulo, publicados no jornal *Folha de S. Paulo* em 27 de novembro de 2001, dando conta que naquele ano ocorreram 2.453 (duas mil quatrocentas e cinquenta e três) fugas de presos, sendo que, no ano anterior, foram registradas 3.094 fugas (três mil e noventa e quatro)⁴⁰².

No Estado do Rio Grande do Sul, com uma população prisional de 24.865 (vinte e quatro mil oitocentos e sessenta e cinco) presos, ocorreram 4.182 fugas (quatro mil cento e oitenta e duas), somente no período de oito meses (janeiro a agosto) de 2007 e boa parte das fugas foi relativa aos presos do regime aberto.

No mesmo período, ocorreram nos Estados do Rio de Janeiro, outras 2.360 (duas mil trezentas e sessenta) fugas, no Estado do Mato Grosso do Sul, 1.769 (um mil setecentas e sessenta e nove), no Estado de Rondônia, 1.440 (um mil quatrocentas e quarenta), ressaltando que este Estado possuía, a época, 5.039 (cinco mil e trinta e nove) presos.

Porém, líder absoluto deste *ranking* é o Estado de São Paulo que, neste mesmo espaço de tempo, registrou 9.671 (nove mil seiscentas e setenta e uma) e fugas, tudo conforme dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias e Superintendência dos Serviços Penais⁴⁰³.

O Brasil, segundo dados do DEPEN (junho de 2009), possuía 469.546 (quatrocentos e sessenta e nove mil quinhentos e quarenta e seis) presos só havendo vagas para 299.392 (duzentos e noventa e nove mil trezentos e noventa e dois) encarcerados, gerando-se um déficit de mais de 170.000 (cento e setenta mil)

⁴⁰¹ .Dados contidos no item 6.2.1.

⁴⁰² .Informação extraída da matéria intitulada *Fugas de presos diminuiram este ano, diz Alckmin*. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u41274.shtml>>. Acesso em 16 fev. 2008.

⁴⁰³ .Dados obtidos no Ranking de Fugas e Presos, disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/pdf/>

vagas, ou seja, de aproximadamente 30% (trinta por cento), hoje, são cerca de 607.000 (seiscentos e sete mil) presos e de 231.000 (duzentos e trinta e um mil) de déficit de vagas.

Além desse quadro caótico, cogita-se, ainda, a existência de um grande número de mandados de prisão expedidos sem o devido cumprimento, fator a somar-se àqueles que integram a imagem de inefetividade da pena privativa de liberdade.

Este fato é objeto de constantes abordagens nos mais variados segmentos institucionais do País, a exemplo da declaração feita pelo Presidente da Associação dos Juízes Federais (AJUFE), Walter Nunes da Silva 2007, por ocasião de reunião no Conselho Federal da OAB, em 14 de fevereiro de 2007, que revelou existir, à época, mais de 350 mil mandados de prisão não cumpridos⁴⁰⁴.

Levantamento realizado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), com base nas informações da Rede Infoseg, o maior banco de dados criminais do País, divulgado pelo jornal *O Globo*, em 26 de março de 2007, revelou que no Brasil havia, à época, cerca de 550.000 mandados de prisão não cumpridos.

O Diretor do DEPEN, à época, Mauricio Kuehne, revelou que o déficit de vagas no País poderia alcançar o número de 750 (setecentos e cinquenta) mil, somando-se aos 550 (quinhentos e cinquenta) mil mandados de prisão não cumpridos, contabilizados pela SENASP, o déficit de 200 (duzentas) mil vagas já registrado no âmbito do DEPEN⁴⁰⁵.

O Ministro da Justiça, Tarso Genro, na ocasião, reconhecendo a existência de 550 (quinhentos e cinquenta) mil mandados de prisão não cumpridos, afirmou que esta situação é o resultado de um déficit de interação das políticas públicas de segurança e sociais, nos últimos 50 anos, em entrevista concedida à Radiobrás Agência Brasil, em 26 de março de 2007⁴⁰⁶.

De outro lado, os dados obtidos em relação aos casos de conversão das penas alternativas em privativa de liberdade, pelo descumprimento, produzem um cenário bem mais animador, não sendo demais lembrar que se destinam aos casos de imposição de pena privativa de liberdade, até quatro anos, desde que substituída

3446990.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2008.

⁴⁰⁴ .Informação extraída do artigo intitulado *Brasil tem mais de 350 mil mandados de prisão não cumpridos*. Fonte: OAB – Conselho Federal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/10/10/10107/>>. Acesso em: 16 fev. 2008.

⁴⁰⁵ (CARVALHO, 2008).

⁴⁰⁶ (GENRO, 2007).

nos termos do artigo 44 do CP.

Assim, registra-se na pesquisa produzida pelo Ministério da Justiça, por intermédio do ILANUD, já aqui multicitada, que o descumprimento das alternativas penais, em média, não alcança a casa dos dois dígitos em percentual.

Nessa esteira, consignam-se os números relativos à Capital do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, onde os casos de descumprimento foram em torno de 4,3%. Em Recife – PE, o percentual girou ao redor de 9,4%. Em Porto Alegre – RS, o percentual de descumprimento foi de 3%. Em Curitiba – PR, o descumprimento é da ordem de 9,4%.

No Estado da Bahia, o percentual de descumprimento informado pela CEAPA de Salvador, tomando-se por base todos os infratores atendidos no período de 05 de fevereiro de 2002 (data da implementação da CEAPA) até 19 de fevereiro de 2008, totalizando cerca de 5.000 sentenciados, é de 9,1%.

No Estado de São Paulo, o relatório de acompanhamento do programa integrado de prestação de serviços à comunidade, tendo como mês de referência, dezembro de 2007, consigna que, desde o início do referido programa, em 2001, 34.984 (trinta e quatro mil novecentos e oitenta e quatro) sentenciados foram cadastrados e destes, 1.083 (mil e oitenta e três) foram desligados por ação do judiciário, projetando um percentual de conversões por descumprimento em torno de 3% (três por cento).

Destarte, percebe-se que o emprego das alternativas penais encontra melhor assentamento do que a prisão, para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, no quesito efetividade, como se depreende dos números retromencionados, reforçando a concepção, aqui adotada, no sentido de que essa modalidade sancionatória cumpre melhor os objetivos definidos nas declaradas finalidades retributivas e preventivas da pena, previstas pelo sistema penal pátrio.

6.2.4 ALTERNATIVAS PENAIS E CUSTO FINANCEIRO DA PENA

Um aspecto bastante relevante a ser abordado refere-se ao impacto financeiro

que o crime causa. Esta é uma seara que desperta o interesse de toda a sociedade, uma vez que, sendo a punição um monopólio do Estado, recai sobre o erário, o encargo de custear a manutenção de todo o sistema penal.

Não obstante a lógica do interesse social pelo aspecto econômico que circunda todo o funcionamento do sistema punitivo e, principalmente, os custos da execução penal, imperativa é a reflexão trazida por Carmen Moraes Barros⁴⁰⁷.

É de complexo estudo o custo total do fenômeno criminal. Inúmeras investigações informam custos dos mais diversos, levando em conta, também, aspectos e tópicos dos mais variados.

Pesquisa, em 2004, do *National Council on Crime and Delinquency*, órgão oficial dos Estados Unidos, em Washington, revela que, em média, cada crime cometido naquele país custa U\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos dólares), sem contar com o custo do processo e do cumprimento da pena.

Dados do Ministério da Justiça divulgados em 2006, por intermédio do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com a publicação *FUNPEN em Números* e pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), por meio do *Relatório de Atividades – Implantação do Sistema Único de Segurança Pública*, informam que, somente no biênio 2003/2005, foi disponibilizado um total de R\$1.186.853.549,30 (hum bilhão, cento e oitenta e seis milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), pelo Governo Federal, para os Estados-membros, no apoio às atividades e programas de combate ao crime e aprimoramento do sistema penitenciário.

Segundo dados divulgados pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO), da Câmara dos Deputados, publicados no *site* do seu Presidente, deputado João Campos (PSDB/GO), em 4 de junho de 2007, o custo de uma penitenciária federal, com capacidade para 208 presos, é de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o que implica dizer que cada vaga criada neste sistema representa um investimento de R\$ 96.153,85 (noventa e seis mil, cento e cinquenta e três reais e oitenta e cinco centavos).

No entanto, cabe ressaltar a importância, nesse contexto, dos custos divulgados acerca do cumprimento da pena em nosso sistema punitivo.

⁴⁰⁷ (2001, p 212): “[...] ao se executarem penas, há que se ter presente que o crime tem suas origens em causas culturais, sociais e psicológicas e que os custos das penas devem ser inferiores às vantagens que proporcionam”.

Nesse diapasão, o que se verifica, corriqueiramente, é a atribuição de um custo mensal, por indivíduo, cumprindo pena e, mais uma vez, não se pode olvidar da comparação entre o custo do homem no cárcere e do submetido ao sistema alternativo de penas.

Comumente, atribui-se o custo mensal de um preso variando entre R\$ 600,00 (seiscentos reais) e R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Conforme noticiado no *Correio Brasiliense*, em 30 de agosto de 2003, segundo um levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), feito em 1994, cada preso custa aos cofres públicos, por mês, R\$ 840,00 (oitocentos e quarenta reais).

Em apresentação realizada pela socióloga Julita Lemgruber, em outubro de 2004, na Associação Comercial de Belo Horizonte, esta divulgou dados publicados na *Revista do Programa Central de Penas Alternativas do Estado de Minas Gerais*, em dezembro de 2005, segundo os quais o custo médio mensal, do preso, no Brasil, era de R\$ 700,00 (setecentos reais), enquanto o custo da criação de uma vaga no sistema carcerário estadual era de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais).

Os números da ONU, por intermédio da Fundação Internacional Penal e Penitenciária (FIPP), em 2004, apontam o custo mensal de um preso no Brasil de U\$ 370,50 (trezentos e setenta dólares e cinquenta centavos de dólar).

A Diretoria de Reintegração Social de Penas Alternativas da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, por intermédio do seu Diretor Mauro Rogério Bitencourt, noticiou, em junho de 2007, que um preso no regime fechado custa mensalmente R\$ 670,00 (seiscentos e setenta reais), naquele Estado.

No ano de 2004, o então Diretor-Geral do DEPEN, Clayton Nunes, noticiou que cada preso custava ao sistema cerca de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Recentemente, em setembro de 2007, durante audiência realizada pela CPI do Sistema Penitenciário, na Câmara dos Deputados, em Brasília, o então Diretor-Geral do DEPEN, Maurício Kuehne, informou que o custo médio mensal do preso no Brasil é de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Em contrapartida, o panorama do desembolso de recursos para a estruturação e o funcionamento do sistema alternativo de penas registra cifras bem menos significativas em um quadro comparativo com a prisão.

Com base no sistema de Centrais de Acompanhamento e Monitoramento da Execução das Alternativas Penais (CEAPAS), a execução das alternativas penais ocorre numa inter-relação Estado-sociedade, na qual as unidades das CEAPAS funcionam como uma espécie de estabelecimento penal (artigo 82, da LEP), conceito que não se exaure na noção estéril de *estabelecimento prisional*.

A CEAPA é estabelecimento penal que guarda características próprias com a sua estrutura e finalidade (artigo 85 da LEP), de tal sorte a merecer inclusão, por alteração legislativa, no rol mencionado no artigo 82 da LEP, tendo em vista que a lei referida é anterior ao surgimento e expansão desta moderna estrutura de execução penal. Embora aqui se defenda a posição de que a alteração legislativa só sufragará o reconhecimento formal (texto de lei) de algo que a realidade já legitima e impõe.

A criação e implementação das estruturas das CEAPAS, compostas de um corpo técnico dotado de advogados, psicólogos, assistentes sociais, estagiários, voltado ao atendimento, encaminhamento, monitoramento, acompanhamento e fiscalização do cumprimento das sanções alternativas à prisão, têm demandado um custo médio estimado entre R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Essa estimativa é confirmada pelas informações obtidas junto à Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas de Salvador, no Estado da Bahia, implementada em fevereiro de 2002, por convênio firmado com o Ministério da Justiça e incorporada à estrutura do Estado, em iniciativa pioneira, como Central Estadual, organismo autônomo, por intermédio da Lei Estadual nº10.693/2007. A CEAPA-BA informa um custo de implementação de R\$ 17.945,45 (dezessete mil, novecentos e quarenta e cinco reais e quarenta e cinco centavos), para cada unidade, com capacidade para acompanhamento de cerca de 800 (oitocentos) beneficiários, com base em valores de julho de 2007.

Raciocínio semelhante se extrai dos números apresentados pelo programa desenvolvido no Estado de São Paulo que conta com 30 (trinta) CEAPAS em funcionamento nas diversas regiões do Estado, cujos dados apontam para um custo aproximado de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) para instalação de cada Central.

Quanto ao custo médio mensal por sentenciado em cumprimento de alternativa penal (penas ou medidas alternativas), também se verifica uma significativa redução em relação à prisão.

Destaca o relatório geral de atividade e resultados da, já mencionada, Central Estadual de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas da Bahia, do ano de 2007, que o custo médio mensal por penitente é de R\$ 41,00 (quarenta e um reais).

A referida pesquisa desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no ano de 2001, apontou um custo, à época, de R\$ 36,00 (trinta e seis reais) mensais por indivíduo cumprindo sanção alternativa à prisão.

O Estado de Pernambuco, que instalou dez CEAPAS entre março de 2005 e setembro de 2006, criando a Gerência de Penas Alternativas e Integração Social (GEPAS) ligada à Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, noticiou uma economia, pelo Estado, de R\$ 8.400.000,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais) com o acompanhamento de 869 indivíduos, que, se enviados à prisão, teriam um custo médio de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) mensais, cada, enquanto o custo mensal para as CEAPAS foi de R\$ 38,00 (trinta e oito reais) por penitente⁴⁰⁸.

O programa desenvolvido pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, acima mencionado, atribui um custo mensal por penitente de apenas R\$ 15,70 (quinze reais e setenta centavos), tendo como referência o primeiro semestre de 2007.

Desta análise comparativa, pode-se concluir que o sistema de execução de alternativas penais é significativamente mais barato que o sistema carcerário, gerando uma economia extremamente expressiva para os cofres públicos e, conseqüentemente, para a sociedade, pois um sentenciado a alternativas penais custa, em média, menos de 10% (dez por cento) do custo mensal de um preso.

Vale ressaltar que esse enxugamento no gasto público com a atividade punitiva se reflete na ampliação da possibilidade de investimento dos recursos economizados, em políticas públicas sociais ou de caráter preventivo criminal que, em última análise, enfrentam o problema nas suas causas e não nos seus efeitos.

⁴⁰⁸ (KUEHNE, 2006).

6.2.5 ALTERNATIVAS PENAIS E REINserÇÃO SOCIAL

Para a análise do tema reinserção social, mister ter-se em mente a ideia de que a sociedade na qual se busca a reinserção do infrator, não é uma sociedade qualquer, mas uma sociedade própria de onde se origina o infrator. Sociedade esta que produz e reproduz uma determinada forma de vida coletiva calcada nos valores que nutre.

No Brasil, tem-se uma sociedade capitalista, conforme afirma Eros Grau⁴⁰⁹, portanto fundada na distinção entre os meios de produção controlados por uma classe mais bem situada na pirâmide social e a força de trabalho de que é dotada a classe trabalhadora que a disponibiliza como meio para sua sobrevivência.

Extraí-se, dessa fotografia, um constante conflito *perceptivo* entre todo o corpo social.

Conforme afirma José Fernando Silva⁴¹⁰, os seres humanos são dotados da capacidade de formular conclusões a partir das suas concepções valorativas quanto ao próprio ser humano e suas interações com os demais, criando uma noção individual da ideia de sociedade.

Essa constatação é referendada pela clara ponderação de Marco Antônio da Rocha⁴¹¹.

Uma sociedade capitalista necessita formular e disseminar conceitos que busquem a manutenção de seus valores, por questões que implicam sua própria preservação como modelo posto.

É certo que, para a manutenção dos valores tidos como indispensáveis à coexistência de uma determinada sociedade, imperativa é a criação de mecanismos de controle que objetivem evitar atitudes dissidentes, como se verifica no crime, recomendando-se, na ideologia destes mecanismos, um viés calcado na vigilância e

⁴⁰⁹ (2004).

⁴¹⁰ [...] qualquer ser humano – seja qual for a sua origem social, seu grau de reflexão e poder de análise – possui um conjunto de opiniões e concepções sobre a realidade que o cerca”.

⁴¹¹ (2002, p. 46): “As representações que as pessoas fazem do mundo vão ganhado consistência quando estas, observando e vivenciando determinadas experiências sociais, elaboram e interiorizam, gradativamente, julgamentos, valores e ideias sobre si mesmos, sobre a realidade em que vivem e sobre a relação entre ambos”.

na correção⁴¹².

A construção dos tipos penais encerra aqueles comportamentos considerados como ameaças aos valores sociais tidos como de todo o corpo coletivo, ainda que esta definição acabe por homogeneizar interesses que nem sempre representam o consenso social.

Assim, o direito penal passa a ser tutor de valores legitimados pelo conjunto da sociedade, definidos em uma relação de poder, na qual a classe mais forte impõe, às menos expressivas, o consenso a partir dos seus próprios interesses.

Os dissidentes, ou seja, aqueles indivíduos que violam as normas de cunho penal, são tidos como infratores e criminosos, sendo comum a taxação destes com o adjetivo “marginais”.

Tendo-se prestado a várias utilidades ou classificações, o termo “marginalidade” acabou por permitir uma verdadeira confusão quanto à sua significação, sendo comumente utilizado como sinônimo de “bandidagem”, “malandragem”, “criminalidade” etc.

É o que se pode depreender da reflexão feita por Vera Regina de Andrade⁴¹³.

Todavia, a expressão “marginalidade” significa a parcela da sociedade que se encontra à margem das condições de subsistência, não dispondo de meios próprios para alcançá-las, como aqueles indivíduos que sobrevivem de subempregos, “bicos”, sem a formalidade das relações de trabalho. Também integram este conceito as pessoas abandonadas nas ruas, inclusive, os doentes mentais, classificados como “indigentes”, ou seja, todos aqueles seres humanos, que vivem ou sobrevivem, melhor dizendo, sem se integrarem à regulamentação social coordenada pelo Estado, a quem compete prestar-lhes assistência⁴¹⁴.

A sociologia busca conceituar a expressão “marginalidade” de forma, no mínimo, dicotômica, levando em conta a ausência de consenso para tal desiderato, havendo uma doutrina focada na *teoria da personalidade marginal* e outra que trabalha a ideia da *teoria da situação social marginal*⁴¹⁵.

Para a primeira teoria, ou seja, a *teoria da personalidade marginal*, a partir de uma análise sobre o aspecto psicológico dos indivíduos que integram grupos sociais

⁴¹² (ARAÚJO JUNIOR, *apud* ROCHA, 2002).

⁴¹³ (2003, p. 21-22) quando pontua: “Nesta lógica matemática, o resultado é sempre o mesmo; nesta ciranda punitiva, criminoso=violento=mal=pobre e/ou excluído”.

⁴¹⁴ (FALCONI, 1998).

⁴¹⁵ (FALCONI, 1998, p. 32).

com a presença de conflitos culturais, a marginalização advém da dificuldade de adaptação do indivíduo a uma coletividade *culturalmente antagônica*, implicando a dissidência na incorporação de tais valores, em face da incapacidade de auto-orientação, como ocorre com alguns grupos de imigrantes.

Sobre tais argumentos, vale a consideração de Leda Scheneider⁴¹⁶ quando observa que são as tensões existentes nos conflitos culturais que causam, nos indivíduos, efeitos psicológicos suficientes para conduzi-los à condição de marginais, e não as condições psicológicas que causam a dificuldade de adaptação.

A segunda teoria, em versão antagônica aos argumentos utilizados pela teoria anterior, descreve a condição de marginal focada na ideia da *situação social marginal*, correlacionada com os aspectos históricos estruturais.

A base da argumentação da *teoria da situação social marginal* é marxista e exprime a ideia da criação de um abismo entre os “possuidores” e os “possuídos”, conforme salienta Romeu Falconi⁴¹⁷.

Tentando conciliar os fundamentos de cada uma das teorias mencionadas quanto ao conceito da expressão “marginal”, observa-se que a definição trazida por Falconi⁴¹⁸ empresta extrema utilidade para a reflexão do Tema.

Essa condição, por si só, não autoriza a sinonímia de tratamento entre os termos “marginal” e “criminoso”, uma vez que a consideração acerca da significação do termo “criminoso”, implica a violação da fronteira penal, ou seja, a prática de uma conduta considerada como crime em seu aspecto legal.

No entanto, a situação “marginal” acaba por impor ao indivíduo limitações em suas perspectivas de uma vida digna, ante uma total desassistência educacional, cultural, de saúde, de lazer, etc., agravada pela ideologia *mediática* que, de forma

⁴¹⁶ (1987)

⁴¹⁷ (1998, p. 34): “Nestes termos, a condição de marginalidade seria caracterizada por uma maneira específica de interação dos grupos marginalizados na totalidade da sociedade, incorporando mutações em graus variáveis segundo o gênero dessa interação e conforme os tipos de necessidade produzidos pelos diversos setores da sociedade. Ou seja: os grupos marginalizados participam da sociedade (em termos econômicos) dentro de limites traçados pelos grupos dominantes, estando aqueles sujeitos a oscilações na absorção do mercado de trabalho, bem como nas demais atividades correntes na sociedade”.

⁴¹⁸ (1998, p.35): “Neste sentido, entendemos ser o marginal um indivíduo caracterizado pela fragilidade de seus próprios meios de subsistência, tendo em vista sua limitadíssima inserção no mercado de trabalho e, como via de conseqÜência, impossibilitado de satisfazer suas necessidades mínimas e essenciais, aliado que está de produzir sua auto-sustentação”.

intensa, promove a noção de felicidade calcada na cultura do “ter” e não na do “ser”.

O resultado que se tem apresentado é uma agudização do descaso com conceitos valorativos essenciais, tanto pessoais (auto-estima) quanto coletivos (respeito ao outro), convergindo para o ingresso do “marginal” na condição de “criminoso”.

Não se trata de uma explicação simplória para o fenômeno criminológico, uma vez que o crime possui diversas causas internas e externas ao criminoso. E, por vezes, dada a sua complexidade, encontra terreno para explicações e justificações, inclusive, de cunho biológico (teorias lombrosianas, 1876).

Contudo, não há como se desprezar que, nas sociedades capitalistas de Estados subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, as estatísticas demonstram uma criminalidade majoritariamente oriunda da desigualdade social, e o crime como juros desta dívida, feita da ausência de políticas públicas de assistência à sociedade e da pouca perspectiva, da parcela do corpo social mais carente, quanto ao atingimento ou alcance da *felicidade* pretendida, que é posta, pelo modelo adotado, como sucesso econômico-patrimonial.

Não significa dizer, também, que o marginal é delinquente ou que *o pobre é criminoso*. Todavia, pelo perfil do indivíduo alcançado pelo sistema penal brasileiro, constata-se que o delinquente, na maioria maciça das vezes, advém da “marginalidade”, pois, segundo dados divulgados pelo DEPEN, em 2014, do total de presos existentes no Brasil, 86,5% não ultrapassam a Educação Fundamental e 81,9% não têm profissão definida, sendo que, segundo a FIPP (2004) ⁴¹⁹, 74% advém de famílias que sobrevivem com uma renda mensal de até um salário mínimo, o que autoriza a constatação de que *o criminoso é pobre*.

Essa afirmação não destoa do que se pode colher nas avaliações mais aprofundadas sobre o tema como se verifica na investigação de fôlego realizada por Romeu Falconi (1998, p. 42) que informa: “Não resta dúvida, como atesta a realidade dos presídios, que a maioria esmagadora da população carcerária é proveniente das parcelas economicamente inferiores: os marginalizados da sociedade”.

⁴¹⁹ .Dado divulgado pelo Professor Edmundo de Oliveira, representante do Brasil na Fundação Internacional Penal Penitenciária (FIPP-ONU), em conferência proferida no I Congresso Nacional de Execução de Penas e Medidas Alternativas (I CONEPA), em Curitiba – PR, em março de 2005.

Também não se pode desprezar a observação trazida por Roberto Silva⁴²⁰ (2001, p. 26) sobre criminalidade e desigualdade social, no Brasil.

Quanto ao tema, registram-se estudos elaborados durante o período de treze anos, entre 1985 e 1997, pelo ILANUD, acerca da existência de vinculação entre o desemprego e a criminalidade no Estado de São Paulo, no qual a conclusão foi de que existe correlação entre os dois fenômenos, tendo o desemprego reflexos não imediatos mas mediatos sobre a criminalidade, ou seja, o desempregado não se transforma em um criminoso na manhã seguinte. Contudo, após tentar e não conseguir outro trabalho, busca sobreviver do salário-desemprego, recorre a subempregos, às economias familiares, mas, e esgotadas as perspectivas, o crime surge como uma alternativa considerada.

Dessa forma, as questões que circundam o tema reinserção social do infrator não podem ser vistas passando-se ao largo das ponderações retromencionadas, sob pena de se atribuir ao direito penal e, mais especificamente, à pena, por meio da sua execução, a responsabilidade pelo êxito de um processo que se revela complexo e multifacetado, reclamando, portanto, ações de conteúdo idêntico.

A ideologia incorporada pelo direito penal brasileiro, calcada nas teorias ecléticas ou mistas das finalidades da pena (artigo 59 do CP e artigo 1º da LEP), concentra alto grau de conteúdo preventivo e, notadamente, de prevenção especial, quando prevê a integração social do condenado.

Essa ideologia tem raízes nas concepções de Marc Ancel⁴²¹, Adolphe Prins e Felippo Gramática, que originaram o movimento denominado *A Nova Defesa Social* (1954), buscando formatar uma política criminal, fundada na ideia da ressocialização, reinserção ou reeducação social do infrator, para a proteção da sociedade.

No entanto, embora perseguindo uma utilidade para a pena, a ideologia correcionista encontra várias críticas, como na lição de Paulo José da Costa Júnior⁴²².

⁴²⁰ (2001, p. 26): “Este quadro alimenta o imaginário social brasileiro que, com sabedoria, associa criminalidade à desigualdade social e à seletividade do sistema de Justiça criminal, que pune os mais vulneráveis e cria inúmeros meios pelos quais os mais privilegiados podem escapar à ação da Justiça”.

⁴²¹ (1954).

⁴²² (1986, p. 270): “O Estado Democrático não pode impor ao condenado os valores predominantes na sociedade, mas apenas propô-los e este terá o direito de refutá-los, se entender o caso, de não conformar-se ou de recusar adaptar-se às regras fundamentais coletivas”.

Na mesma linha de raciocínio, assevera Everardo da Cunha Luna⁴²³, ao argumentar que a atuação da sanção importa em ferramenta ímpar a realização da reinserção perquirida. Contudo, não se constitui na mais importante, posto que esta se materializa na efetivação de políticas públicas sociais e no auxílio direto ao infrator.

Modernamente, a reinserção social se pauta em medidas que não atuem unilateralmente sobre o delinquente, mas sim em uma verdadeira política de interação entre o indivíduo e a sociedade. O efeito socializador ou ressocializador, dependendo do enfoque dado, passa necessariamente pelo diagnóstico do modelo social a que pertence o indivíduo que delinque (Determinismo Social), uma vez que também acabou por contribuir para produzi-lo, posto que é máxima a ideia de que o homem aprende as normas e diretrizes do grupo a que pertence.

Para o sucesso nas ações, com o objetivo de colocar o infrator em sintonia com os valores predominantes do corpo social, imperativa é a construção de programas de ressocialização que atentem para a inserção do indivíduo no contexto dos seus pares, mormente nas células sociais fundamentais como família, escola, trabalho, propiciando meios concretos para a superação da dessocialização que o sufoca.

Portanto, ao se trabalhar com o aspecto preventivo especial, tangenciado pela perspectiva de *harmônica integração social do condenado* (artigo 1º da LEP), como uma das finalidades da pena, não se pode deixar de analisá-la no contexto prisional, tendo em vista que, tida a privação da liberdade como base do sistema punitivo, esta deve, por lógica, como sanção, efetivar seus fins.

Ocorre que, quando se procura observar a pena privativa de liberdade em sua dinâmica, difícil é concluir que esta se tem prestado a cumprir a finalidade da reinserção social do infrator.

Isso se explica porque vários pontos críticos são notados como obstáculos à consecução deste intento. A começar pelos já mencionados altos índices de reincidência (retorno ao crime) quanto aos oriundos do sistema carcerário, que hoje gravitam em torno dos 70% a 85%⁴²⁴, demonstrando a ineficiência do aprisionamento como meio para a reintegração do infrator.

Sendo a prisão uma instituição fechada, assim conceituada como instituição total,

⁴²³ (1985)

⁴²⁴ .Tema tratado com mais especificidade no item 6.2.2.

segundo informa Cezar Bitencourt⁴²⁵, torna-se um mundo particular onde as regras e os padrões de comportamento destoam-se daqueles verificados no mundo exterior. Cria uma dualidade de universos de difícil inter-relação, sendo um empecilho para a reinserção, afirmando o citado autor: “é mais uma razão a demonstrar a impossibilidade da ressocialização do delinquente pelo internamento”⁴²⁶.

Prossegue o autor pontuando, ainda, sobre o sistema carcerário⁴²⁷.

Não faltam autores a cerrar fileiras na atitude de apontar a total incapacidade da prisão para o atendimento da finalidade preventiva especial positiva, ou seja, a reinserção social do infrator, sendo voz praticamente uníssona na doutrina, como destaca César Barros Leal⁴²⁸ ao afirmar que a prisão vai além da pena e da sentença, uma vez que atinge vários outros direitos do condenado. Predomina um espaço de violência e promiscuidade, atingindo diretamente aqueles próximos ao sentenciado, como sua família etc., que acabam por se tornar entregues ao próprio revés.

Outro fator importante que dificulta a operacionalidade na reinserção social do condenado por meio da prisão, é a falta de capacitação profissional ou intelectual, pois, além do fato de os números pontuarem o ingresso de pessoas sem estas qualificações, o Estado não possui uma política posta para a educação e o trabalho prisional, tendo em vista que os dados do DEPEN (2014) acusam um percentual de apenas 11% (onze por cento) de presos exercendo atividades em programas de laborterapia (trabalho interno) nos estabelecimento penais do País.

Note-se também a ausência de escolas penitenciárias para a formação dos profissionais para o exercício das atividades interna nos presídios, que exigem toda uma capacitação peculiar dada a tensão existente em um ambiente de confinamento humano. É noticiado pelo DEPEN, como já mencionado, que só 20% (vinte por cento) dos Estados possuem escolas penitenciárias.

A interação entre o meio acadêmico e o sistema prisional também é precária,

⁴²⁵ (2001).

⁴²⁶ (BITENCOURT, 2001, p. 166).

⁴²⁷ “[...] todos os valores e atitudes do sistema social carcerário estão impregnados de forte antagonismo em relação aos valores da sociedade exterior”, uma vez que se baseiam no uso da força e da exploração sobre os demais reclusos, contrariando as regras de respeito e harmonia que devem nortear o convívio social. Na sequência, menciona: “[...] esse é outro motivo que nos autoriza a considerar a prisão ambiente inadequado para conseguir a ressocialização do recluso” e consigna: “[...] o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado”. (BITENCOURT, 2001, p. 172; 173; 161).

⁴²⁸ (2001)

impedindo que os estudantes, futuros profissionais das áreas afetas ao sistema carcerário, possam conhecer esta realidade durante a sua formação profissional, o que permitiria uma atmosfera de menor preconceito e distanciamento, além de uma assistência aos presos, auxiliando-os em seu processo de reinserção. Os dados divulgados pelo DEPEN, como já vistos, também são mensageiros de que somente 17% (dezesete por cento) dos Estados são dotados de patronato, previsto no artigo 61, VI, da LEP.

A sociedade costuma ser asséptica com relação à prisão, sendo tímida a atuação de organismos comunitários na recuperação do encarcerado que se limita a ter contatos com familiares ou algumas instituições religiosas. Apontam os dados oficiais (DEPEN) para a existência de Conselhos da Comunidade, artigos 61, VII, 80 e 81 da LEP, em apenas 49% (quarenta e nove por cento) dos Estados.

Soma-se ao rol das dificuldades retromencionadas o estigma que carrega o indivíduo egresso do sistema carcerário, que encontra, na sociedade como um todo, fortíssima resistência à sua reinclusão, fruto do preconceito existente, difundido e absorvido de forma ampla nos mais variados segmentos do corpo social, constituindo-se em barreira quase intransponível à prática de atividades lícitas por parte daquele oriundo do cárcere.

Diante de tais evidências e levando em conta que a pena privativa de liberdade é a sanção mais grave e severa que o sistema punitivo brasileiro contempla (exceto a pena de morte prevista no Código Penal Militar, em caso de guerra), observa-se que esta forma punitiva deve, por lógica, reservar-se ao enfrentamento das infrações penais de maior potencial ofensivo aos bens jurídicos tutelados.

Mesmo ante essa síntese, constata-se que a prisão não consegue cumprir a sua finalidade preventiva especial positiva, pois não se verifica a reinserção social pretendida dos indivíduos a ela submetidos, o que remete ao raciocínio de que, não sendo eficiente para os casos de crimes graves, menos ainda o será para as infrações penais cuja pena é de curta ou curtíssima duração.

A assimilação dessa realidade norteou a política criminal contemporânea, direcionando-a à formulação de sanções distintas da privação da liberdade conforme se infere das recentes “Regras de Tóquio”.

Nessa trilha, cumpre analisar se as denominadas *alternativas penais* têm alcançado melhor destino do que a prisão na perspectiva da reinserção social do infrator.

Entre as metas estabelecidas por ocasião da construção de um sistema alternativo à prisão, está a que visa atingir uma relação capaz de proporcionar uma proximidade entre o corpo social e o infrator, com o intuito do estabelecimento de elos entre ambos, minimizando a distância abismal que os separa, buscando a formação de uma cultura capaz de alterar o pensamento da sociedade acerca da rejeição pura e simples do infrator, bem assim o pensamento do próprio infrator quanto à forma com que este enxerga uma sociedade que, normalmente, o exclui. Ou seja, a pretensão é da quebra de um círculo vicioso.

Nessa esteira, vale lembrar que a Resolução nº. 45/110, de 14 de dezembro de 1990, da ONU, que estabeleceu as denominadas “Regras de Tóquio”, trouxe como terceiro e quarto objetivos a interação e a participação da comunidade na administração penal e no tratamento do condenado, e, como quinto e último objetivo, incentivar a noção de responsabilidade do condenado em relação à sociedade.

Baseia-se a filosofia das alternativas penais, portanto, no cumprimento da sanção imposta em meio aberto, o que propicia ao infrator a continuidade do convívio com o meio social, não o introduzindo em um universo paralelo, sabidamente representado pelo sistema carcerário, ou seja, a sanção é cumprida junto ao corpo social e para o corpo social.

Ressalte-se que, na maioria das situações de aplicabilidade das alternativas penais, conforme já demonstrado em tópico próprio⁴²⁹, estas se materializam nas restrições de direitos, predominantemente por meio das penas de prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária, transformada em prestação de outra natureza, que colocam o infrator penal a serviço da sociedade, vale dizer, em contato constante com esta.

Extraí-se destas modalidades de sanção, quando da sua execução, que se institui um ambiente propício não só a atender a demandas suscitadas pela condição de penitente, tais como o questionamento pelo infrator acerca de seus valores e princípios, bem assim para que o corpo social estimule-se ao diálogo e entrosamento com o infrator, fomentando uma reflexão conjunta acerca do significado do ato infracional penal e da sanção respectiva.

O sistema desenvolvido pelas equipes que compõem as Centrais de

⁴²⁹ .Dados contidos no item 6.2.1.

Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CEAPAS), cria um espaço dotado de limites traçados por critérios técnicos, reservado para que o infrator possa externar suas opiniões quanto à sanção a que está submetido, formulando críticas e sugestões que, inclusive, contribuem para o aperfeiçoamento do respectivo sistema.

Por sua vez, os integrantes da equipe técnica multidisciplinar das CEAPAS interagem com o infrator, assistindo-o e orientando-o profissionalmente na busca da reordenação de suas ações, quando necessário.

Registre-se que não se trata de adoção de uma política correcional, mas de cumprimento dos ditames da Lei de Execução Penal, em seus artigos 10 e 11, materializando o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal), que habita todas as etapas da intervenção do poder punitivo do Estado (cominação, aplicação e execução).

Compete às CEAPAS, também, a formação da rede social composta por instituições públicas ou privadas, que serve de suporte para a efetivação do cumprimento das alternativas penais (penas ou medidas restritivas de direito).

Essas instituições são identificadas, no seio da comunidade, mediante critérios que implicam a constatação do perfil adequado para o acolhimento do infrator no cumprimento de sua sanção, de maneira que haja o ajuste das características pessoais do penitente à entidade parceira integrante da rede social, tais como: localização, área de atuação, necessidades, etc.

Identificadas as instituições com o perfil adequado, ocorre um processo de capacitação destas, por meio das equipes técnicas das CEAPAS, que, através de reuniões, esclarecem e instruem as entidades parceiras quanto ao funcionamento do programa, fornecendo o conhecimento adequado para o convívio com o infrator durante o cumprimento de sua sanção.

A metodologia utilizada na formação da rede social inclui a preparação das entidades parceiras para lidar com situações comuns no cumprimento de uma sanção penal e, no caso de ocorrências mais graves, a própria equipe técnica da CEAPA, de imediato, interage levando o fato ao conhecimento do respectivo juízo de execução da pena.

Tem-se observado, conforme se infere dos dados extraídos das pesquisas, já

mencionadas⁴³⁰, que o nível de confluência entre a sociedade e o infrator torna-se bastante acentuado nesta modalidade punitiva, ressaltando-se que, em diversas oportunidades, mesmo após o término do cumprimento da sanção, este continua ligado à instituição, voluntariamente, o que demonstra o reforço dos valores sociais atribuídos pela sanção, atendendo à finalidade preventiva da pena.

Assinale-se que os índices relativos à reincidência (retorno ao crime), obtidos com relação aos submetidos a alternativas penais, são extremamente favoráveis à conclusão de que estas sanções aproximam-se bastante do cumprimento da finalidade preventiva da pena, haja vista o baixo percentual alcançado⁴³¹. Reforça-se, assim, a ideia de reinserção social do infrator.

A verificação da maior capacidade para o atingimento da reintegração do sentenciado, por intermédio da aplicação e execução das alternativas penais à prisão, é o que se extrai de algumas experiências desenvolvidas no âmbito desta política sancionatória.

Assim, colhe-se das ações desenvolvidas pela vara de penas e medidas alternativas da cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, que foi a primeira vara especializada criada no Brasil, em 25 de novembro de 1998, um interessante projeto desenvolvido em convênio com a Secretaria de Educação Básica naquele Estado, uma das 208 entidades parceiras, a partir de agosto do ano de 2003, com o objetivo principal de dar efetividade à pena de limitação de fim de semana, tendo em vista que o Estado, a exemplo dos demais no País, não possui casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O programa desenvolvido é executado com o concurso de vários profissionais, entre eles: professores, coordenadores, auxiliares administrativos, cozinheira, auxiliares de serviços gerais, etc., e funciona com a matrícula dos penitentes em cursos presenciais, divididos em turmas de acordo com o nível de escolarização, contemplando o supletivo de alfabetização, primeiro e segundo graus.

Dessa forma, durante o fim de semana, objeto da limitação imposta pela alternativa penal, os sentenciados frequentam os referidos cursos que, desde a implantação, já contabiliza 450 (quatrocentos e cinquenta) apenados. Ressalte-se, ainda, que o projeto propicia a participação em oficinas de teatros, atividades

⁴³⁰ .Dados, de igual modo, contidos no item 6.2.1.

⁴³¹ .Os índices relativos à reincidência foram tratados no item 6.2.2.

esportivas, palestras sobre auto-estima, cidadania, alcoolismo e uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis, entre outros temas relevantes para o processo de reinserção social, com a colaboração de entidades como Alcoólicos Anônimos e Terapia Comunitária.

Outra experiência digna de registro ocorre junto à central de penas e medidas alternativas da Justiça Federal, no Estado do Rio de Janeiro, instalada na primeira Vara Federal Criminal, em 23 de novembro de 2001, por convênio celebrado entre o Ministério da Justiça e o Tribunal Regional Federal (2ª Região), cujo titular, Magistrado Marcos André Bizzo Moliari, integrou por vários anos a CONAPA.

Na Central Federal do Rio de Janeiro, que conta com 101 (cento e uma) instituições cadastradas em sua rede, foi concebido um programa denominado Conta-Projeto, com a abertura de uma conta poupança onde são depositadas as importâncias oriundas das penas de prestação pecuniária direcionadas à execução de projetos sociais nas instituições beneficentes cadastradas pela própria Central.

Os recursos são movimentados exclusivamente por ofícios judiciais e o repasse é feito pela Caixa Econômica Federal, com o procedimento acompanhado pelo Ministério Público Federal.

A liberação do recurso é vinculada à aprovação de um projeto que passa a ser financiado por meio da pena ou medida alternativa, dando-se ciência ao penitente quanto à destinação dos recursos oriundos de sua pena, para que este possa acompanhar de perto o resultado desta aplicação.

Os projetos apresentados pelas entidades parceiras normalmente estão vinculados a geração de renda, reforma, aquisição de bens, etc., como por exemplo o projeto: “Colocando a mão na massa”, voltado para adolescentes em regime de semiliberdade e liberdade assistida junto à instituição Criad – Bangu, em Bangu/RJ, objetivando a conclusão da obra do centro politécnico integrado de profissionalização e equipamentos para a execução dos cursos de padaria e pizzaiolo.

Outro projeto financiado pelo programa Conta-Projeto denominou-se “Informatizar”, junto a instituição assistencial em Japerí, voltado para crianças, adolescentes e adultos, nas mais diversas dificuldades sociais, com o objetivo de inclusão digital, além de outros como “Restaurando a Casa Dom Bosco”, no bairro da Glória, “Capacitando para o futuro”, em Rocha Miranda, “Instrumentar o

Harmonia” etc.⁴³².

No Estado do Pará, também merece registro a iniciativa do Tribunal de Justiça por meio do Projeto Aguapé, que conta com a colaboração efusiva da Desembargadora Nazaré Gouveia, membro da CONAPA, visando o desenvolvimento de diversas ações conjuntas focadas na reinserção social do indivíduo submetido a penas e medidas alternativas à prisão, tais como: a inserção artística musical, a capacitação profissional em várias áreas, a inclusão na rede de ensino do Estado etc.

A importância do cumprimento da sanção em meio aberto, ou seja, fora dos limites da clausura impostos pelo cárcere é verificada, inclusive, em situações que, ordinariamente, não se encontram incluídas no rol daquelas contempladas diretamente pelas alternativas penais, como, por exemplo, as passíveis de utilização da medida de segurança.

Melhor explicitando, vale trazer à colação, a experiência implementada no Estado de Minas Gerais para o acompanhamento dos imputáveis, submetidos à medida de segurança através do projeto denominado Programa de Assistência Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ).

O referido Programa, criado em 2001, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, teve à frente a atuação do Magistrado Herbert José Almeida Carneiro, da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte, hoje desembargador, que também integrou a CONAPA e o CNPCP, e da sua Coordenadora-geral e idealizadora, a Psicóloga Fernanda Otoni de Barros, consistindo na inserção social dos infratores submetidos à medida de segurança, por meio de filosofia antimanicomial e intersetorial.

A ação do programa implica tratamento na rede de saúde pública especializada para o indivíduo infrator portador de sofrimento mental, evitando-se, ao máximo, sua internação, por intermédio de atuação multidisciplinar, envolvendo profissionais das áreas de psicologia, assistência social, psiquiatria, etc.

Nas situações agudas, cuja internação é necessária, esta se realiza, posteriormente a uma avaliação e em estabelecimentos distintos dos criticados manicômios judiciais, rebatizados de hospitais de custódia e tratamento, atendendo aos ditames da Lei nº 10.216/2001 (Lei da reforma Psiquiátrica).

⁴³² .Experiência divulgada no *Informe JF*, Seção Judiciário do Rio de Janeiro, ano 3, nº. 9, dez. 2007.

O programa PAI-PJ tem servido de modelo a iniciativas de outros Estados e já atendeu desde a sua criação mais de mil pacientes, provocando mudanças significativas nos níveis de reintegração do paciente-infrator no corpo social, na mesma linha do que se verifica com a utilização das alternativas penais⁴³³.

Isso posto, observa-se que a integração existente entre infrator e sociedade se revela em muito maior intensidade por meio das alternativas penais, dada a sua dinâmica, principalmente na fase executória, pois sendo realizada em meio aberto possibilita as trocas sociais, reforçando os valores do penitente e encurtando a indiferença social, evitando todos os males infligidos pela prisão, fomentando a reinserção pretendida pela sanção.

6.3 AS ALTERNATIVAS PENAIS COMO REGRA E A PRISÃO COMO EXCEÇÃO

É fato que o sistema jurídico penal brasileiro, ao tratar dos tipos penais, conforma a estrutura da norma penal contemplando dois preceitos: o primário, descrevendo a conduta proibida e, o secundário, estampando a sanção a ser imposta àquele que violar a proibição contida no preceito primário.

No entanto, a despeito dessa regra histórica, o sistema punitivo pátrio traz, atualmente, critério distinto para a cominação das penas restritivas de direitos (penas alternativas).

Esse diferente critério, todavia, em nada compromete a sistemática estrutural do ordenamento jurídico penal, haja vista a previsão na parte geral do Código Penal de dispositivos que regulam a aplicação das sanções alternativas ao cárcere (artigo 44 do CP).

Ocorre que, da forma que se encontram reguladas (artigo 44 do CP), as penas alternativas, embora autônomas, revestem-se de caráter substitutivo, ou seja, surgem em lugar das penas privativas de liberdade que, previstas originalmente nos tipos penais, ocupam a posição de protagonistas da cena sancionatória, assumindo a imagem de *titulares*, cujo efeito permite a estigmatização das

⁴³³ .Informações extraídas da matéria intitulada *Pai PJ Os loucos que fazem a diferença*. 2005. Disponível em: <http://www.pol.org.br/publicacoes/pdf/dialogos2/dialogos2_24-29.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011.

alternativas penais identificando-as como sanções de caráter secundário ou de segundo plano.

Porém, extrai-se do histórico cotejado neste enfrentamento, que, ao revés, se tratam as penas alternativas de sanções mais legítimas e adequadas que a prisão, para as hipóteses de cometimento de infrações de menor e médio potencial ofensivo, uma vez que se aproximam muito mais da obediência ao conteúdo principiológico constitucional, mormente do respeito à dignidade da pessoa humana e do cumprimento das finalidades declaradas da pena (retributivas e preventivas).

Essa reflexão autoriza suscitar-se uma mudança de paradigma na geografia da disposição das penas restritivas de direito previstas no sistema jurídico penal brasileiro.

Contudo, a mudança pretendida impõe a indagação acerca do conceito de infração de menor e médio potencial ofensivo.

A conceituação de infração de menor potencial ofensivo, aqui concebida, não pode ser outra que não aquela imposta pelo legislador, nos termos da atual redação do artigo 61, da Lei nº 9.099/95, como já referido⁴³⁴.

Todavia, ante a inexistência de dispositivo legal próprio estabelecendo o conceito de infração penal de médio potencial ofensivo, como já asseverado, adota-se como tal aquele que contempla todas as infrações penais distintas daquelas de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei nº 9.099/95), capazes de serem substituídas por penas restritivas de direito (artigo 44, I, do CP), incluindo-se a multa substitutiva, ou sofrerem a incidência concreta da suspensão condicional da pena (artigo 77 e seguintes do CP) ou do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95), conforme já explicitado⁴³⁵.

Destarte, reafirma-se o lastro utilizado para a construção do conceito retromencionado, qual seja, o delineamento traçado pelo legislador.

Não obstante a construção desse raciocínio, que se presta à formulação das reflexões aqui trazidas, referendado, em grande parte pela lição de Cezar Bitencourt⁴³⁶, não se pode olvidar a sua discutibilidade, ante a lacuna legal.

Assim, propõe-se que cada tipo penal, disposto no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, cuja pena máxima, prevista em abstrato, não seja superior a

⁴³⁴ .Tema abordado no item 6.1.3.

⁴³⁵ .Tema, de igual modo, abordado no item 6.1.3.

dois anos de prisão, cumulada ou não com multa (artigo 61 da Lei nº 9.099/95), traga em seu preceito secundário a previsão da imposição de pena restritiva de direitos ao invés da pena privativa de liberdade e, na hipótese do seu descumprimento injustificado, a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade, nos moldes do artigo 44, § 4º, do CP.

Observe-se que a proposta ora formulada, para a inversão do protagonismo sancionatório exercido pela prisão nas *infrações de menor potencial ofensivo*, além de se limitar a estas, não implica a impossibilidade, nos casos de descumprimento injustificado, de conversão em privação da liberdade, como já se verifica atualmente no sistema penal pátrio.

O que se pretende é a inversão do mecanismo de conversão que hoje acaba por estampar, em todo o ordenamento jurídico, a prisão como regra, uma vez que vem disposta no tipo penal, e as penas alternativas como exceção, pois intituladas substitutivas.

Propõe-se a criação de parágrafo único no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 dispondo: *as infrações penais definida neste artigo, serão punidas com penas restritivas de direito e em caso de descumprimento injustificado convertidas em privativa de liberdade, na forma do artigo 44 do CP.*

Com a inversão pretendida, ao menos os tipos penais de menor potencial ofensivo, trariam as penas restritivas de direito como regra, dando visibilidade a este sistema punitivo como opção clara de política criminal, ampliando o espaço de um direito penal pautado na intervenção mínima, por meio de sanções legítimas e adequadas a esta categoria de infrações penais.

A manutenção da regra disposta, atualmente, no artigo 44, § 4º, do CP funcionaria como cláusula geral, a resolver as hipóteses de descumprimento injustificado da restrição de direitos imposta.

Ressalte-se que os tipos penais trariam o limite temporal relativo à restrição de direitos a ser imposta, cabendo ao juízo sentenciante, decidir acerca da alternativa penal mais adequada ao caso, sem alteração do sistema atual de cominação, cabendo ao juízo sentenciante, de igual modo, aplicar a sanção nos moldes atuais (artigo 59 do CP) e, na hipótese de descumprimento injustificado, o juízo da execução penal proceder à respectiva conversão (artigo 66, V, “b”, da LEP),

⁴³⁶ (2006, p.111), ao afirmar que: “[...] a liberdade é a regra, a prisão é exceção; penas restritivas de direitos é a regra, pena privativa de liberdade é exceção quando não ultrapassar a quatro anos”.

respeitando a detração penal prevista no artigo 44, § 4º, do CP, à exceção do questionado saldo mínimo de trinta dias⁴³⁷.

Em relação à pena de multa, nada seria alterado, haja vista que o seu descumprimento não implica a conversão em prisão (Lei nº 9.268/96), procedimento que, entende-se, deva ser adotado em relação às demais sanções de caráter pecuniário⁴³⁸.

Registre-se que a legislação pátria já contempla precedentes do quanto aqui pretendido, haja vista as disposições do artigo 78, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que, de forma embrionária, previu a *aplicação cumulativa* de penas restritivas de direito com a privação da liberdade e multa, embora atualmente se critique esta simultaneidade, em face da disposição expressa no artigo 44 do CP.

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), em seu artigo 28, prevê de forma clara e incontestável alternativas penais à prisão como sanções a serem aplicadas para os casos de *consumo pessoal de drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*, fazendo-o, inclusive, de forma absoluta, ou seja, sem qualquer vinculação, ainda que subsidiária, à pena privativa de liberdade⁴³⁹, portanto, indo além do que aqui se propõe.

Quanto ao regime prisional, não se revela obstáculo à inversão pretendida, tendo em vista que, tratando-se de período de pena inferior a quatro anos, os casos de conversão em prisão implicam a imposição do regime aberto (artigo 33, § 2º, “c”, do CP).

Questão que se impõe à reflexão diz respeito à situação especial de descumprimento da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, uma vez que, descumprido o acordo firmado entre o Ministério Público titular da ação penal e o autor do fato, desde que devidamente homologado pelo juiz competente, abre-se a possibilidade de inefetividade da medida alternativa.

A preocupação que se apresenta tem raízes no receio da minimização do efeito coercitivo que a pena privativa de liberdade exerce para o cumprimento das restrições impostas nas alternativas penais (penas e medidas alternativas).

De logo, argumenta-se que a problemática visualizada pela hipótese de descumprimento do acordo firmado na transação penal não tem o condão de

⁴³⁷ .Tema tratado no item 5.4.

⁴³⁸ .Conforme esclarecido no item 5.3.5.

⁴³⁹ .Tema abordado no item 5.3.6.

vulnerabilizar a pretensão aqui ventilada quanto à utilização das penas alternativas (penas restritivas de direitos, hoje, substitutivas) como regra, em detrimento da privação da liberdade como exceção.

Note-se que a presente proposta diz respeito aos casos de *condenação* por infração de menor potencial ofensivo, nas quais à imposição da sanção sucede o trânsito em julgado da sentença penal, cujo respectivo descumprimento pode ensejar a conversão em prisão. Portanto, não se refere às hipóteses de descumprimento da transação penal.

De fato, é notória a polêmica estabelecida na doutrina quanto à solução para os casos de descumprimento da transação penal homologada, que tem gerado as mais variadas propostas de solução: ora admitindo o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público; ora o condicionamento da proposta de transação ao efetivo cumprimento, via condição resolutiva; ora a conversão em multa, ou até mesmo a homologação posterior ao seu cumprimento, entre outras.

Contudo, falar-se em admissão da conversão em privação da liberdade, pelo descumprimento da restrição imposta na transação penal, revela-se hipótese descabida de qualquer fundamentação de legalidade, haja vista que o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões claras, já se manifestou quanto à inconstitucionalidade desta conversão, aduzindo a agressão aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme a ementa⁴⁴⁰.

Pugna-se, então, pela alteração da cominação no preceito secundário do tipo das infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja redação deve contemplar sanções penais, distintas da privação da liberdade, passíveis de conversão em prisão pelo seu descumprimento injustificado nos moldes do atual artigo 44, § 4º, do CP, conforme argumentos retromencionados, com a inserção de parágrafo único no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais).

Assim, demonstrada a disfunção real da pena privativa de liberdade para cumprir as suas funções declaradas, ao menos com relação às infrações de menor e médio

⁴⁴⁰ PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, artigo 76. I. - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. - H.C. deferido. (STF, HC : 84775, Relator : Ministro Carlos Velloso, DJ 05- 08-2005).

potencial ofensivo, e, por sua vez, a legitimidade e a adequação das alternativas penais para o mesmo intento, não se justifica a utilização *prima facie* da prisão para aquelas infrações. Deve, sim, haver a inversão pretendida.

Para melhor adaptação da presente proposta ao conteúdo legislativo posto, mister alguns ajustes tanto no Código Penal como na Lei de Execução Penal, a saber:

Propõe-se que o artigo 44 *caput* do Código Penal, passe a ter redação que reconheça as penas restritivas de direitos como autônomas para as infrações penais de menor potencial ofensivo (regra no tipo) e substitutivas para as infrações penais de médio potencial ofensivo.

De igual modo, propõe-se que o § 2º do referido artigo 44 do CP discipline que na condenação superior a dois anos a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, uma vez que para as condenações até dois anos a regra será a da autonomia das penas restritivas de direito e não da substituição, como é feita atualmente.

Quanto às alterações necessárias na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), propõe-se:

Nova redação ao artigo 82 para prever que os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido a medida de segurança, ao preso provisório, ao egresso e àquele em cumprimento de penas e medidas alternativas a prisão.

Da mesma forma o artigo 104 da referida Lei de Execução Penal, deverá estabelecer que cada comarca terá, pelo menos, um Estabelecimento de Monitoramento e Acompanhamento da Execução das Penas e Medidas Alternativas à Prisão, dotado de equipe de fiscalização e equipe interdisciplinar integrada por psicólogo, assistente social, pedagogo e outros profissionais cuja área do conhecimento seja afeta a execução de penas e medidas alternativas à prisão.

Não se trata de proposta abolicionista ou minimalista radical, tampouco aventureira, mas do redesenho normativo de um sistema punitivo, no intuito de ajustá-lo aos critérios de legitimidade e adequação, portanto, conformação ao conteúdo principiológico constitucional e à realização das finalidades declaradas da pena.

Portanto, pleiteia-se um alargamento no horizonte já descortinado pelo próprio sistema jurídico penal atual, em uma atitude prospectiva, corroborada pelos

ensinamentos de Gadamer⁴⁴¹.

Essa reflexão ora trazida, em forma de proposição *de lege ferenda*, objetiva uma melhor sistematização do ordenamento punitivo pátrio, quanto à cominação das sanções penais relativas às *infrações penais de menor potencial ofensivo*, conformando-a aos já referidos conceitos de legitimidade e adequação.

Evita-se, por ora, igual proposta em relação às infrações de médio potencial ofensivo, em face da atual precariedade de sua conceituação no ordenamento jurídico brasileiro, nada impedindo que, futuramente, igual procedimento venha a ser considerado, pois vislumbrando o futuro através da visão de T. S. Eliot, comunga-se da ideia de que *apenas os que se arriscam a ir longe são capazes de descobrir até onde se pode chegar*.

⁴⁴¹ “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso”. (2005, p.400).

“A força do direito deve superar o direito da força”, Ruy Barbosa.

Ao fim desse Estudo, pode-se perceber que a pena de prisão, seja no Brasil, em Portugal ou nos demais países do mundo, afigura-se como uma forma não apenas cara, do ponto de vista econômico-financeiro, mas também incapaz de coibir o crime.

Desse modo, a pena acima referida, não apenas revela uma contradição entre o que se propõe e o que se alcança, mas termina por gerar outros problemas, como a questão dos altos índices da reincidência criminal, bem como maléficos efeitos sociológicos, psicológicos e comportamentais causados aos infratores.

Que fazer, então, como alternativa à pena privativa de liberdade? Esta que foi considerada, também, como uma evolução (e alternativa) às penas cruéis, por exemplo e que, expandida sua utilização, a partir do Século XVII, no Século XIX já era utilizada como a principal modalidade de punição?

Nenhuma sociedade, desde os tempos mais remotos até atualmente, deixou de exercer o papel punitivo dos cidadãos que não respeitavam (ou desafiavam) suas determinações. Basta lembrar, a esse respeito, o caso do filósofo Sócrates, condenado à morte por envenenamento, sob a acusação de “corromper a juventude”.

Uma das teorias sobre a criação do Estado Moderno, inclusive, a Teoria do Contrato Social, afirma que o surgimento dele, Estado, se deu devido aos cidadãos cederem parte de sua liberdade, a fim de serem tratados de forma igualitária.

Assim, o Estado tem o poder de, inclusive, decidir sobre a vida do cidadão. Todavia, pelo que pode-se comprovar neste Estudo, maior punição, leis mais gravosas, não necessariamente significam que a sociedade está melhor organizada, com os seus cidadãos vivendo em harmonia, de modo pacífico.

Cabe lembrar, inclusive, que Marx⁴⁴² afirmava que, quando a sociedade vivesse de modo harmônico, sem a presença da relação exploração-explorado, o Direito

⁴⁴² (2012)

tenderia a desaparecer, pois não haveria mais a sua necessidade.

Por tudo quanto visto aqui, longe está o ideal marxista acima referido. O que se percebe é que, mesmo em diferentes épocas, sejam místicos, teleológicos, vingança privada, segurança social etc. sempre houve a necessidade da presença do Direito na sociedade, confirmando o brocardo latino *Ubi societas ibi jus*.

Mas como punir então? Como o Estado pode exercer seu controle? Mais: como este ente pode punir o cidadão que não se integrou à sociedade, sem contudo excluí-lo? Como pode o Estado retribuir, prevenir e ressocializar?

O Estado Democrático de Direito, fundamentado em modelo constitucionalista passa a ser orientado pela vinculação aos princípios humanitários construídos a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, que ordena seus limites e sua legitimidade.

Importa, desse modo, não excluir o cidadão, seja condenando-o à pena de morte, seja à pena privativa de liberdade, sem, contudo, oferecer a este mesmo cidadão, que está sob a tutela do Estado, um modo de reintegrar-se à sociedade, após cumprida sua pena.

Destaca-se, ainda, que modernamente, as penas se fundamentam em teorias que buscam estabelecer, por meios de critérios científicos, suas finalidades. Assim, sem tais justificativas, elas se tornam ilegítimas. Atualmente, predominam as teorias retributivas, preventivas e ecléticas da pena.

A partir da segunda metade do século XX, a prisão, já em visível crise, demonstra-se insuficiente para o atingimento de suas finalidades declaradas (retributivas e preventivas). Desse modo, Surge um sistema punitivo alicerçado em sanções alternativas ao cárcere, principalmente para as infrações penais de menor e médio potencial ofensivo.

Esclarece-se que a intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito, para ser legítima, deve pautar-se na ideia de retração do exercício do poder de punir do Estado e expansão da proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo infrator, mediante a opção por um direito penal garantista e mínimo, portanto, *ultima ratio*.

Não obstante o rigor mínimo e garantista esboçado formalmente no corpo normativo do sistema punitivo do Estado brasileiro, mormente no seio da Carta Magna, presencia-se um divórcio entre um Estado real e um modelo ideal de Estado, no qual a operacionalidade prática da intervenção penal se revela

expressamente antigarantista e violadora dos princípios que, em tese, a legitimam.

A ideia de políticas públicas, nessa sociedade onde a noção de bem jurídico é deturpada, termina por ser reduzida à noção de política criminal e de justiça à justiça criminal, entendendo-se esta última como prisão.

Formula-se uma equação segundo a qual se tem: a defesa da sociedade *versus* o respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator, o que, por óbvio, acaba por inclinar a intervenção penal para a preservação do interesse coletivo sobre o individual, proporcionando um direito penal simbólico, cuja justificação autoriza a maximização do uso de tipos penais e penas mais severas e a minimização do respeito aos direitos e garantias do infrator.

O conceito de defesa social não é antagônico ao de respeito a direitos fundamentais do infrator, tendo em vista que o conceito de defesa social e até mesmo a sua errônea simplificação para sinônimo de segurança pública não pode excluir a ideia de respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator.

O conflito existente, portanto, não é entre direitos fundamentais e defesa da sociedade, mas, entre o poder de punir do Estado, travestido na desvirtuada ideia de segurança coletiva, pública ou cidadã, e o respeito a direitos e garantias individuais do infrator, o que transmuta a base do raciocínio para o desenlace da questão, forçosamente fazendo preponderar o respeito aos direitos e garantias do infrator como limite ao poder de punir do Estado, em face da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito.

A realização dos objetivos traçados pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 3º, não poderá ser alcançada sem a ideia de defesa social. No entanto, esta defesa social jamais deverá desprezar a liberdade individual e os demais direitos indisponíveis do cidadão, inclusive dos indivíduos infratores.

O Estado Democrático de Direito se define pela observância e patrocínio aos direitos fundamentais do indivíduo, não admitindo uma intervenção pautada na expansão do poder punitivo do Estado, mas na contenção e encolhimento deste poder, ante a ampliação constante da efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Propõe-se, aqui, não apenas adotar como conceito de legitimidade a observância ao conteúdo principiológico constitucional pautado na obediência aos princípios da humanização da pena, da intervenção penal mínima e do respeito à dignidade da pessoa humana, como também tomar-se como conceito de adequação

o atingimento as finalidades declaradas da pena.

Fruto de uma série de Congressos Internacionais Penitenciários iniciados em 1872, cogitou-se da criação de uma política de penas distinta da pena de prisão e, após diversos Congressos realizados pela ONU durante o século XX, sempre pontuando pela aplicação de alternativas penais à prisão, por ocasião do VIII Congresso em 1990, foram editadas as denominadas Regras de Tóquio consideradas marca histórica para o tema.

Passa-se, então, a se considerar as alternativas penais como um caminho para a construção de um sistema penal capaz de efetivar ao mesmo tempo a proteção a bens jurídicos valiosos para a sociedade e, em uma linha garantista, o respeito à dignidade humana do infrator.

As Regras de Tóquio definiram como alternativas penais todas as medidas emanadas de autoridade competente em matéria penal, em procedimento administrado pela justiça penal, mediante as quais uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão.

As alternativas penais à prisão, tal como disciplinadas nas Regras de Tóquio, vistas nesse Estudo são conceitualmente definidas e constituem realidade presente em grande parte dos países atualmente, a exemplo de Portugal e no Brasil foram fomentadas pela Lei nº7.209/84 e expandidas, entre outras, pelas Leis nº9.099/95 e 9.714/98.

A Lei nº9.099/95 definiu as infrações penais de menor potencial ofensivo, priorizando a aplicação de alternativas penais à prisão para tais delitos e a Lei nº9.714/98 alargou o rol de penas restritivas de direito além do alcance das hipóteses de sua aplicação, permitindo uma definição doutrinária, aqui efetivada, das infrações de médio potencial ofensivo, estruturando, normativamente, no Brasil, o denominado “sistema penal alternativo à prisão”.

A despeito de sua previsão legal, as alternativas penais carecem ainda hoje, 2015, de efetivação, de não ser, como se diz popularmente “letra morta”. Isso ocorre em face da ausência de estrutura adequada para a sua fiscalização, acompanhamento e monitoramento, o que ocasionou a criação do Programa Nacional de Apoio e Medidas Alternativas pelo Executivo Federal, por meio do Ministério da Justiça, no ano de 2000.

O referido Programa instituiu a Central Nacional de Penas e Medidas

Alternativas (CENAPA), atualmente CGPMA, que, mediante diversas ações, criou, em todas as capitais do País e em inúmeras cidades do interior dos estados, estruturas adequadas ao acompanhamento, fiscalização e monitoramento da execução das penas e medidas alternativas à prisão.

Estruturou-se, então, um sistema capaz de demonstrar, por intermédio dos índices estatísticos elaborados por pesquisas públicas e privadas, aqui mencionados, acerca da reincidência, descumprimento da pena, seu custo financeiro e a reinserção do infrator, entre outros, a adequação das sanções alternativas ao cárcere para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, tendo em vista o atingimento de suas finalidades declaradas, implicando a conclusão de que a utilização da prisão, para estas mesmas infrações, revela-se desproporcional, excessiva e desnecessária, haja vista que a prisão estigmatiza, não reinsere e possui alto grau criminógeno, sendo, portanto, inadequada.

O sistema de sanções alternativas à prisão mostrou-se mais apto à conformação principiológica constitucional, tendo em vista aproximar-se do caráter humanitário de que deve ser dotada a reprimenda, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, dentro da ótica de uma intervenção penal mínima.

A utilização do sistema de alternativas penais, impede as nefastas consequências causadas com o uso da pena privativa de liberdade, que corrompe, degrada e viola outros direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, demonstrando, desta forma, tratar-se de uma intervenção penal que se revela mais legítima que a prisão.

Destarte, diante de todo o exposto e analisado neste Estudo, conclui-se que as alternativas penais à prisão, ante à conformação teórico-normativa e a estrutura de execução do sistema punitivo brasileiro, constituem-se na forma de sanção mais legítima e adequada, em um direito penal garantista, desde que voltada para as infrações penais de menor e médio potencial ofensivo.

A partir dessa constatação, propõe-se *de lege ferenda* a inversão da cominação nos tipos penais de menor potencial ofensivo, prevendo as alternativas penais como regra e a prisão como exceção. Evita-se, por ora, a proposição da mesma medida com relação às infrações de *médio potencial ofensivo* em face da atual precariedade de sua conceituação no ordenamento jurídico pátrio, nada impedindo que futuramente se possa considerar idêntico procedimento, alargando-se o horizonte já vislumbrado pelo sistema jurídico penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

Aguiar, Roberto A. R. de, *Direito, poder e opressão*, 3ª. ed., São Paulo, Editora Alfa-Ômega, 1990.

Albergaria, Jason, *Das penas e da execução penal*, 1ª. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1992.

Albuquerque, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. atualizada, Universidade Católica, Lisboa, 2010.

Araújo, Cátia Raquel Arouca Granda, *Penas de Substituição Privativas da Liberdade. Reflexões Críticas*, Universidade Católica Portuguesa – Porto , 2012.

Alexy, Robert, *Constitucionalismo discursivo*, Tradução Luís Afonso Heck, 1ª. ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2007.

Almeida, Alberto Carlos, *A cabeça do brasileiro*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Record, 2007.

Almeida, Gevan, *Modernos movimentos e política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2002.

Amaral, Thiago Bottino do, *Ponderação de normas em matéria penal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2007.

Ancel, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*, Tradução Osvaldo Melo, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1979.

Andrade, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica*, 1ª. ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997.

Andrade, Vera Regina Pereira de, *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, 1ª. ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2003.

Aragão, Antonio Moniz Sodré, *As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica (estudo comparativo)*. 8ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1977.

Arenal, Concepción, *El visitador del pobre*, 1ª. ed., Buenos Aires, Emecé Editores, 1941.

Arruda Jr., João Marcelo de, *Sistema penal para o Terceiro Milênio: Atos do Colóquio Marc Ancel*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Revan, 1991.

Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, 1ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Ávila, Humberto, *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2007.

Azevedo, Mônica Louise de, *Penas alternativas à prisão*, 1ª. ed., Curitiba, Editora Juruá, 2005.

Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control*, Barcelona, n.O, p. 77-92, 1986.

Baratta, Alessandro, *La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, p. 47, jan./mar. 2000.

Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Barreto, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto*: da presunção de inocência à antecipação de pena, Dissertação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 1ª. ed., Brasília, 2006.

Barros, Carmem Silva de Moraes, *A individualização da pena na execução penal*, 1ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Barros, Fernanda Otoni de, *Do direito ao pai*: a paternidade no tribunal e na vida, 2ª. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005.

Beccaria, César, *Dos delitos e das penas*, 1ª. ed., São Paulo, Editora Edipro, 2003.

Bernardes, Helton Fonseca, *Estratégias punitivas e legitimação*, 1ª. ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

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

Bitencourt, Cezar Roberto, *Juizados Especiais Criminais Federais*: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Bitencourt, Cezar Roberto, *Novas penas alternativas*. 3ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

Bitencourt, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 11ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

Bizzotto, Alexandre, *Valores e princípios constitucionais*: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito. 1ª. ed., Goiânia, Editora AB, 2003.

Bizzotto, Alexandre; Rodrigues, Andréia de Brito, *Processo Penal Garantista: visão constitucional e novas tendências*, 2ª. ed., Goiânia, Editora AB, 2003.

Boaventura, Edivaldo Machado, *Metodologia da pesquisa*, 1ª. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2004.

Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, Tradução Carlos Nelson Coutinho, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

Bobbio, Norberto, *Teoria da norma jurídica*. 2ª. ed., Tradução Fernando Pavan Batista; Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP, Edipro, 2003.

Boschi, José Antonio Paganella, *Das penas e seus critérios de aplicação*, 4ª. ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2006.

Brasil, *Constituição Federal*. 4ª. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Brasil, Ministério da Justiça, *Regras Mínimas para o tratamento do preso no Brasil*. 1ª. ed., Brasília, Imprensa Nacional, 1995.

Brasil, Ministério da Justiça, *Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária*, 1ª. ed., Brasília, Imprensa Nacional, 2000.

Brasil, Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas. *Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas*, 1ª. ed., Brasília, Panfler Gráfica, 2002.

Brasil, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), *Relatório de atividade: implantação do sistema único de segurança pública*, 1ª. ed., 2003-2005, Brasília, 2005.

Brasil, Ministério da Justiça, Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), *FUNPEN em Números*, 1ª. ed., Brasília, 2005.

Brasil, Ministério da Justiça (MJ), *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN 2014.2015*, 1ª. ed., Brasília, 2015.

Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *Penas alternativas valem a pena? – relatório final de pesquisa*, 1ª. ed., Brasília, SEAU do TJDF, 2001.

Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *Sistema prisional brasileiro tem déficit de 110 mil vagas*, 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/resenha/0405/040517.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, *Trabalho do TJMT Muda Rotina nos Presídios*, 2007. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br/retro07/docs/Trabalho%20do%20TJMT%20muda%20rotina%20nos%20pres%C3%AAdios_15.doc>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *Projeto Novos Rumos na*

Execução Penal, 1ª. ed., Belo Horizonte, 2007.

Brasil, Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias e Superintendência dos Serviços Penitenciários. *O Ranking de Fugas e de Presos*, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/pdf/3446990.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 84775, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Brasília, DF, 05 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/juris/>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Ministério Público. Central de Medidas Alternativas (CEMA), *Retrato das Penas e Medidas Alternativas 2006*. Brasília, DF, 2006, Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Ministério da Justiça. *Relatório de Gestão 2006 CGPMA*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Brasil, Ministério da Justiça. *Serviços Públicos de Penas e Medidas Alternativas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJ47E6462CITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Bruno, Aníbal, *Direito Penal*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, t. III.

Bruno, Aníbal, *Das penas*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.

Calhau, Leio Braga, *Resumo de Criminologia*, 1ª. ed., Niterói, Editora Impetus, 2006.

Camargo, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, São Paulo, Editora Cultural Paulista, 2002.

Camargo, Mônica Ovinski de, *Princípio da presunção de inocência no Brasil*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2005.

Campanella, Tommaso, *A cidade do sol*, Tradução Aristides Lobo, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Editora Ediouro, 1990 (Universidade de Bolso).

Campbell, Ullisses. *Gente Demais na Cadeia*. 2003. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030830/pri_bra_300803_127.htm>. Acesso em: 16 fev. 2008.

Campos, João. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO). *Comissão de Segurança Pública apura denúncias contra a Penitenciária Federal de Catanduvas*. 2007. Disponível em: <<http://www.joaocampos.com.br/site/index.php?pg=materia.php&id=174>>. Acesso em: 20 maio. 2012.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Cardoso Jr., Ranulfo. *Prevalência do HIV nos Presídios*. 2001. Disponível em: <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0068.htm>>. Acesso em: 20 maio 2012.

Carnelutti, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 1ª. ed., São Paulo: Conan, 1995.

Carvalho, Amilton Bueno de; ROSA, Henrique Mader da; MACHADO, Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro; SOUTO, Rony Soares de Brito. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

Carvalho, Janilton de. *O sistema punitivo agoniza*. 2008. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=345010>>. Acesso em: 16 fev. 2008.

Carvalho, Salo de, *Crítica a execução penal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2002.

Carvalho, Salo de, *Pena e garantias*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003.

Carvalho, Salo de, *Aplicação da pena e Garantismo*. 3ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

Carvalho, Salo de, *Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 156, p. 14-15, nov. 2005.

Castilho, Ela Wiecko V, *Controle da Legalidade na execução penal*. 1ª. ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

Cernicchiaro, Luiz Vicente; Costa Junior, Paulo José, *Direito Penal na Constituição*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

Cirino dos Santos, Juarez, *Direito Penal: a nova parte geral*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.

Cirino dos Santos, Juarez, *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. 1ª ed., Curitiba, ICPC Lúmen Júris, 2005.

Coelho, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, 1ª. ed., Belo Horizonte, Mandamentos Editora, 2003.

Comparato, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

Conde, Francisco Muñoz, *Direito Penal e controle social*, Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

Copetti, André, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, 1ª. ed., Porto Alegre,

Livraria do Advogado, 2000.

Cordeiro, Grecianny Carvalho, *Penas alternativas: uma abordagem prática*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2003.

Costa, Taison Pires, *A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*, 1ª. ed., São Paulo, Fiusa, 2004.

Costa Jr., Paulo José da, *Comentários ao Código Penal*, 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

Cunha Jr., Dirley da, *Controle de constitucionalidade: análise detida das Leis 9.868/99 e 9.882/99*, 1ª. ed., Salvador, JusPODIVM, 2007.

Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Roberto; Delmanto, Fábio M. de Almeida, *Código Penal comentado*. 5ª. ed., São Paulo, Renovar, 2000.

Delmanto, Roberto; Delmanto Junior, Roberto; Delmanto, Fábio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais comentadas*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manoel da Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 1ª. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manoel da Costa. *Direito Penal português: as consequências jurídicas do crime*, 1ª. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manoel da Costa. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Dias Neto, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

Dotti, René Ariel, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

Duclerc, Elmir, *Direito Processual Penal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

Duverger, Maurice, *Ciência política: teoria e método*. Tradução Heloisa de Castro Lima, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1962.

D'urso, Flavia. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*, 1ª. ed., São Paulo, Atlas, 2007.

Eco, Umberto. *Como se faz uma tese em Ciências Humanas*, 12ª. ed. Tradução Ana Falcão Bastos; Luís Leitão. Lisboa, Editorial Presença, 2005.

Falconi, Romeu, *Sistema Presidencial: reinserção social?* 1ª. ed., São Paulo, Ícone, 1998.

Faria, José Eduardo, *Direito e Economia na democratização brasileira*, 1ª. ed., São

Paulo, Malheiros, 1993.

Feijó, Ricardo. *Metodologia e Filosofia da Ciência: aplicação na teoria social e estudo de caso* 1ª. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

Feldens, Luciano, *A Constituição Penal*. 1ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

Fernandes, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Fernandes, Paulo Silva. *Globalização “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. 1ª. ed., Coimbra, Almedina, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razon*. 7. ed., Madrid, Trota, 2005.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1ª. ed., São Paulo, Atlas, 2003.

Ferri, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução Paolo Capitanio, 1ª. ed., Campinas, Bookseller, 1996.

Foucault, Michel. *Vigiar e punir*. 19ª. ed., Petrópolis, Vozes, 1999.

Franco, Alberto Silva. *Prefácio ao Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, de Pierangeli & Zaffaroni, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

Franco, Alberto Silva; Stoco, Rui; Silva Junior, José; Ninno, Wilson; Feltrin, Sebastião Oscar; Betanho, Luiz Carlos; Guastini, Vicente Celso da Rocha. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, v. 1. t. 1.

Freire, Christane Russomano, *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. 1ª. ed., São Paulo, IBCCRIM, 2005.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7ª. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP, Editora Universitária São Francisco, 2005.

Galeano, Eduardo, *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. 8. ed., Porto Alegre, L&PM, 1999.

Galeano, Eduardo, *O livro dos abraços*, 1ª. ed., Porto Alegre, L&PM, 2006.

Galvão, Fernando, *Política Criminal*. 2ª. ed. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

Galvão, Fernando, *Direito penal: parte geral*. 2ª. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

Garófalo, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 1ª. ed., São Paulo, Teixeira e Irmão, 1893.

Gil, Antonio Carlos, *Como elaborar projetos de pesquisa*, 4ª. ed., São Paulo, Atlas, 2002.

Goffman, Erving, *Manicômios, prisões e conventos*. 1ª. ed., São Paulo, Perspectiva, 1996.

Gomes, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Gomes, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Carcía-Pablos de; Bianchini, Alice. *Directo Penal: introdução e princípios fundamentais*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

Goulart, José Eduardo, *Princípios informadores do direito de execução penal*, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. 9ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

Grinover, Ada Pellegrini, *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio, *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel, *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2007.

Gurgel, José Alfredo Amaral, *Segurança e democracia: uma reflexão política*. 3ª. ed., Rio de Janeiro, J. Olympio, 1978

Hart, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 4ª. ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Hassemer, Winfried, *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Alflen da Silva. 1ª. ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005.

Hegel, Jorge Guilherme Frederico. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino, 1ª. ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

Hireche, Gamil Föppel el, *A função da pena na visão de Claus Roxin*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

Hobbes, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: Hobbes – Vida e Obra – Os Pensadores. 3ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Instituto de Reinserção Social Maria Amália Vera Jardim, *Trabalho a favor da comunidade: a punição em mudança*, 1ª. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

Ihering, Rudolf von, *A evolução do Direito*. 1ª. ed., Salvador, Progresso, 1956.

Isensee, Joseph, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. 1ª. ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1983.

Jakobs, Günther, MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal inimigo: noções e críticas*. 2ª. ed., Organização e Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Jakobs, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

Jakobs, Günther, *Direito Penal do inimigo*, 1ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

Jardim, Maria Amélia Vera, *Trabalho a favor da comunidade: a punição em mudança*, 1ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª. ed., Granada, Comares, 1993.

Jesus, Damásio Evangelista de, *Regras de Tóquio, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas Sobre as Medidas não Privativas de Liberdade*, 1ª. ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1998.

Jesus, Damásio Evangelista de, *Penas Alternativas: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

Jesus, Damásio Evangelista de, *Direito Penal: parte geral*. 28ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2006. v. 1.

Kant, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. 1ª. ed., São Paulo, Ícone, 1993.

Karam, Maria Lúcia. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2005.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 3ª. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1991.

Kuehne, Mauricio, *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*. 3ª. ed., Curitiba, Juruá, 2001.

Kuehne, Mauricio, *Brasil Discute Ampliação de Penas Alternativas*. 2006. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/pagina20/04112006/c_0604112006.htm> Acesso em 20 maio 2012.

Larenz, Rarl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª. ed. Tradução José Lamego. Lisboa, Fundação Calouse Gulbenkian, 2005.

Laski, Harold Joseph. *Introdução à Política*. Tradução Marcelle Soares Brandão, Rio de Janeiro, Zahar, 1964.

Leal, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2ª. ed. rev. atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

Leal, César Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor. *A Violência Multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. 1ª. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

Lemos, Carlos Eduardo Ribeiro. *A Dignidade Humana e as Prisões Capixabas*, 1ª. ed., Vitória, Univila, 2007.

Lyra, Roberto, *Criminologia*. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

Lyra, Roberto, *Comentários ao Código Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1942. v. 2.

Liszt, Franz Von, *Tratado de Direito Penal Alemão*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1899.

Liszt, Franz Von, *A Teoria Finalista no Direito Penal*. Tradução Ronaldo Maria da Luz, 1ª. ed., Campinas, LZN, 2005.

Lombroso, César, *O Homem Delinqüente*. Tradução Maristela Bleggi Tomasini; Oscar Antonio Corbo Garcia. 1ª. ed., Porto Alegre, Ricardo Lenz, 2001.

Lopes Junior, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

Luisi, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003.

Luisi, Luiz, *Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 2, 1996.

Lucke, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução E. Jacy Monteiro, 1ª. ed., São Paulo, Ibrasa, 1963 (Biblioteca "Clássicos da Democracia").

Luna, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1985, v. 1.

Maquiavel, Nicolau. *O Príncipe*. In: Os Pensadores. Tradução de Lívio Xavier. 3. ed.,

São Paulo, Abril Cultural, 1983.

Marcão, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. 4ª. ed. ,São Paulo, Saraiva, 2007.
Marques, Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*, 1ª. ed., São Paulo, Juarez Oliveira, 2000.

Marx, Karl. *Crítica do programa de Gotha*, Tradução de Rubens Enderle. 1ª. ed., São Paulo, Boitempo Editorial, 2012.

Mello, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal Sistemas, Códigos e Microsistemas*, 1ª. ed., Curitiba, Juruá, 2004.

Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Tradução Sérgio Lamarão, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2006.

Messuti, Ana. *O Tempo Como Pena*. 1ª. ed., São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2003.

Minahim, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoria Del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª. ed., Barcelona, Bosch, 1982.

Mir Puig, *Directo Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Costa e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

Mirabete, Julio Frabbini. *Execução Penal*. 11ª. ed., São Paulo, Atlas, 2004.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional* tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

Monteiro, Marcelo Valdir. *Penas Restritivas de Direito*. 1ª. ed., Campinas-SP, Impactus, 2006.

Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *Do Espírito da Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 1ª. ed., São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1. (Coleção Clássicos Garnier).

Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 17ª. ed., São Paulo, Atlas, 2005.

More, Thomas. *Utopia*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. 1ª. ed., São Paulo: Martins fontes, 1993.

Moreira, Rômulo de Andrade. *Estudos de Direito Processo Penal*. 1ª. ed., São Paulo, BH Editora, 2006.

Motta Filho, Cândido. *A Função de Punir*. 1ª. ed., São Paulo, Zenith, 1928.

Neto, Francolino, *Penas Restritivas de Direitos na Reforma Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

Neves, Scheilla Maria das Graças Coitinho das. *Penas Restritivas de Direitos – Alternativa de Punição Justa: uma análise dos fins das penas restritivas de direitos à luz da teoria dialética unificadora de Cláus Roxin*, Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, 273 páginas.

Nogueira, Ataliba. *Pena sem Prisão*. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1956.

Nunes, Luiz Antonio Rizzato, *Manual da Monografia Jurídica*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

Nunes, Luiz Antonio Rizzato, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

Oliveira, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

Oliveira, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Prisões*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

Oliveira, Edmundo. *Direito Penal do Futuro: a prisão virtual*. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 1ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Ordeig, Enrique Gimbernat. *O Futuro do Direito Penal*. 1ª. ed., Barueri, Manole, 2004, v. 13.

Palazzo, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Tradução Gerson Pereira dos Santos. 1ª. ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989.

Paschoal, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*, 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

Pavarini, Massimo. *Control y dominación*. Teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução Ignacio Munagorri. 1ª. ed., México, Siglo Veintiuno, 1988.

Pierangelli, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 1ª. ed., Bauru/SP, Jalovi, 1980.

Pimentel, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

Perelman, Chaïm; Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 1ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Porfírio, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *A Tutela da Liberdade no Processo Penal*, 1ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

Porto, Maria Stela Grossi. *Violência e meios de Comunicação de massa na Sociedade Contemporânea*. ano 4. n. 8. Porto Alegre: Sociologias, 2002.

Prado, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Regras de Tóquio e as penas restritivas de direitos: histórico e retratos do Brasil*. In: Araminta Mercadante; José Carlos de Magalhães. (Org.). Reflexões sobre os 60 anos da ONU. 1ª. ed., Ijuí: UNIJUI, 2005, v. , p. 309-349.

Prado, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*. 1ª. ed., São Paulo, IBCcrim, 2006.

Prado, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

Prado, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

Prado, Luiz Regis. *Multa Penal Doutrina e Jurisprudência*. 2ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Projeto. *Novos Rumos na Execução Penal*. 1ª. ed., Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2007.

Queiroz, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. 1ª. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

Queiroz, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 1ª. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

Queiroz, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. rev. ampl. atual., Salvador, JusPodivm, 2015.

Queiroz, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

Quivy, Raymond; Campenhoudt, Luc Van. *Manual de Investigação em Ciências*

Sociais. Tradução João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes; Maria Carvalho. 1ª. ed., Lisboa, Ed. Gradiva, 1998.

Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*. 1ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

Ramos, João Gualberto Garcez. *A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”*. 1ª. ed., Curitiba, Juruá, 1991.

Ramos, Silva; Paiva, Anabela. *Mídia e Violência: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, IUPERJ, 2007.

Reale Júnior, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

Reale Júnior, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. 1.

Reale Júnior, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. 2.

Revista do Programa Central de Penas Alternativas do estado de Minas Gerais, *As Penas Alternativas como Prevenção à Criminalidade*, Governo do Estado de Minas Gerais: Secretaria de Estado de Defesa Social Superintendência de Prevenção à Criminalidade, Ano 2, n. 2, Dezembro de 2005.

Ribeiro, Wanderley, *A monografia no curso de Direito: anotações para a sua produção*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

Ribeiro, Cláudio Luiz F. *O mito da função ressocializadora da pena: a intervenção do sistema penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado*. 1ª ed., São Luís, Associação do Ministério Público do estado do Maranhã, 2006.

Rizzatto Nunes, Luiz Antonio. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

Robaldo, José Carlos de Oliveira. *Penas e Medidas Alternativas: reflexões político-criminais* 1ª. ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2007.

Rocha, Marco Antonio da. *Alternativas Penais: contradições, avanços e desafios*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifício Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2002, 128 páginas.

Rodrigues, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

Rodrigues, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. 1ª. ed., Coimbra, Almedina, 2005.

Romagnosi, Giandomenico. *Gênesis del Derecho Penal*. Tradução Carmelo González Cortina; Jorge Guerrero, 1ª. ed., Bogotá, Temis, 1956.

Ross, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. 1ª. ed., Bauru/SP, Edipro, 2003.

Roxin, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. 1ª. ed., São Paulo, Renovar, 2001.

Roxin, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª. ed. Lisboa, Vega, 2004.

Roxin, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Roxin, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 1ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Sá, Alvinio Augusto de. *Reincidência Criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. 1ª. ed., São Paulo, EPU, 1987.

Sánchez, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-indústrias*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, v. 11.

Santos, José Carlos Daumas. *Princípio da Legalidade na Execução Penal*. 1ª. ed., São Paulo, Manole, 2005.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

Sbardelotto, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectiva (re) legitimadoras* 1ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

Schäfer, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. 1ª. ed., Porto Alegre,: Livraria do Advogado, 2001.

Scheneider, Leda. *Marginalidade e Delinquência Juvenil*. 2ª. ed., São Paulo, Cortez, 1987.

Shecaira, Sérgio Salomão; Correia Jr., Alceu. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

Shecaira, Sérgio Salomão; Correia Jr., Alceu. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Sica, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão*. 1ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Silva, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

Silva, Fernando. *Direito Penal Especial: crimes contra as pessoas*. 3ª. ed. actual. aum. Lisboa: Quid Juris?, 2015.

Silva, Haroldo Caetano da. *Execução Penal*. 3. ed., Porto Alegre, 2006.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª. ed. rev. ampl. São Paulo, Malheiros, 1999.

Silva, José Afonso da. *A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p. 90.

Silva, José Fernando Siqueira da. *Representação, Visão Social de Mundo e Ideologia: a questão do extermínio*. In. Poder e Visão Mundo. Publicação do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e o Adolescente, Programa de Estudos Pós-Graduação em serviços da PUCSP. 1996.

Silva Neto, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

Silva, Roberto. *O que as Empresas Podem Fazer pela Reabilitação do Preso*. 1ª. ed., São Paulo, Instituto Ethos, 2001.

Silva, Walter Nunes da. Associação dos Juízes Federais. *Brasil tem mais de 350 mil mandatos de prisão não cumpridos*. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/10/10/10107/>>. Acesso em: 20 maio 2012.

Souza, José Guilherme de. *A criação Judicial do Direito*. 1ª. ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

Suxberger, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

Sznick, Valdir. *Penas Alternativas: perda de bens, prestação de serviços, limitação de fim de semana, interdição de direitos*. 1ª. ed., São Paulo, Leud, 2000.

Thompson, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 3ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

Uribe, Manuel de Lardizabal. y, *Discurso Sobre Lãs Penas*. 1ª. ed., Granada, Editorial Comares, 1997.

Weis, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 1ª. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

Welzel, Hans, *Direito Penal*, Tradução Afonso Celso Rezende, 1ª ed., Caminas, Romana, 2004.

Yarochevsky, Leonardo Isaac. *Da Reincidência Criminal*. 1ª. ed., Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.

Young, Jock. *A Sociedade Excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2002.

Zaffaroni, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 2ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Em Busca das Penas Perdidas*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 1991.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Direito Penal Brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *El Enemigo en el Derecho Penal*. 1ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.