

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS CCJP

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ISABELA BARRETO DA SILVA

**OS EFEITOS NOCIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS
MEDIDAS ALTERNATIVAS**

RIO DE JANEIRO

2014

ISABELA BARRETO DA SILVA

**OS EFEITOS NOCIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS
MEDIDAS ALTERNATIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Bottino do Amaral

Rio de Janeiro

2014

ISABELA BARRETO DA SILVA

**OS EFEITOS NOCIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS
MEDIDAS ALTERNATIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientada pelo professor Thiago Bottino do Amaral.

Aprovada em ___ de _____ de 2014.

COMISSÃO EXAMINADORA

Thiago Bottino do Amaral - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Orientador

Professor - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Dedico essa monografia a minha avó, a minha mãe e ao meu padrinho (*in memoriam*), exemplos de dedicação, perseverança e de ternura, sem os quais eu não teria me tornado uma pessoa capaz de olhar para o outro com a humanidade necessária que todos merecem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me guiado em todos os meus objetivos; aos meus pais por me darem todo o suporte e amor necessário; aos meus amigos, especialmente os da faculdade, por tornarem esses cinco anos mais fáceis e por serem responsáveis pelas melhores lembranças; ao meu irmão por ter sido companheiro durante os anos longe de casa, ao meu orientador pela parceria em desenvolver esse trabalho, mas, sobretudo por ser defensor de um direito penal mínimo, e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para minha formação.

“É cômodo cortar ou coroar uma cabeça, mas, pensando bem, torna-se ridículo. Isso é acreditarmos que essa cabeça encerra em si uma causa primeira.”

Paul Valéry

RESUMO

A pena privativa de liberdade deve destinar-se somente aos casos residuais em que as penas alternativas não sejam recomendáveis e suficientes para reprimir o ato ilícito cometido. E mesmo nesses casos, é essencial que ocorra reforma nos estabelecimentos prisionais destinados ao seu cumprimento, bem como na maneira como ela é vista pela sociedade e pelo Estado, a fim de que o orçamento destinado, os estabelecimentos, a política criminal estejam voltadas para o cumprimento de um fator ressocializador mínimo. Além disso, para a boa aplicação das penas restritivas de direitos, que comprovadamente apresentam resultados mais satisfatórios, faz-se necessário a construção ampla de estabelecimentos que possibilitem a sua aplicação, bem como o aprimoramento dos já existentes e dos meios de fiscalização. Essas medidas são de extrema importância para cumprir com uma função social da pena e reduzir a criminalidade.

Palavras chave: Pena privativa de liberdade. Efeitos. Penas alternativas. Criminalidade. Função social.

ABSTRACT

The deprivation of liberty penalty should be applied only to those residual cases where alternative penalizations are not recommended and not enough to restrain the illicit act committed. And so forth, even in those cases it is essential that a reform in the destined establishments takes place for its fulfillment as well as in how it is perceived by society and by the State, so that the directed budget, establishments and criminal policy are geared to the accomplishment of a minimum re-socializing factor. Furthermore, to the successful implementation of restricting of rights penalties, which have been proven to achieve more satisfactory results, it comes to be crucial to amply build establishments that allow its application as well as the improvement of the existing ones and also the means of enforcement. These actions are of utmost importance to fulfill a social function penalty and reduce criminal rates.

Keywords: custodial sentence. Effects. Sentencing Alternatives. Crime. Social function.

SUMÁRIO

Dedicatória	iii
Agradecimentos	iv
Epígrafe	v
Resumo	vi
Abstract	vii
1. Introdução	11
2. Capítulo I – Teorias da Pena	14
2.1 Teorias absolutistas ou retributivas	14
2.2 Teorias Relativas ou preventivas	17
2.2.1 Prevenção Geral.....	18
2.2.2 Prevenção Especial	20
2.3 Teoria Mista.....	21
2.4 Prevenção geral fundamentadora.....	22
2.5 Prevenção geral positiva limitadora	23
2.6 Críticas – O mito da função social da pena privativa de liberdade	25
3. Capítulo II – Os efeitos nocivos da pena privativa de liberdade	31
3.1 O ensaio sobre a cegueira nos presídios brasileiros	31
3.2 O fator criminógeno da prisão	35
3.3 Modelos de sucesso	36
4. Capítulo III – As medidas alternativas	39
4.1 Requisitos para aplicação das penas alternativas	40
4.1.1 Requisitos objetivos.....	42
4.1.1.1 quantidade de pena aplicada	42
4.1.1.2 natureza do crime.....	42
4.1.1.3 modalidade da execução do crime.....	43
4.1.2 Requisitos subjetivos	43
4.1.2.1 réu não reincidente em crime doloso	43
4.1.2.2 suficiência da substituição	45

4.2	Outras questões relativas às penas restritivas de direito.....	46
4.2.1	Execução simultânea	46
4.2.2	Pena de multa isolada	46
4.2.3	Substituição das penas de até seis meses.....	47
4.2.4	Lei 11.340/06 – Maria da Penha.....	47
4.2.5	Lei 11.343/06 - Antidrogas.....	47
4.3	Espécies de penas restritivas de direito	49
4.3.1	Prestação pecuniária	50
4.3.2	Perda de bens e valores.....	50
4.3.3	Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas	51
4.3.4	Interdição temporária de direitos.....	53
4.3.4.1	proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo	54
4.3.4.2	proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público	54
4.3.4.3	suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.....	55
4.3.4.4	proibição de frequentar determinados lugares.....	55
4.3.5	Limitação de final de semana	56
4.4	Efeitos da Penas restritivas de direito.....	56
4.5	Medidas cautelares diversas da prisão.....	60
4.6	Medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95	66
5.	Conclusão	71
6.	Referências Bibliográficas	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise evolutiva das teorias da pena adotadas nos diversos momentos históricos, relacionando-as às necessidades sociais de cada época, com o intuito de, ao final, demonstrar como a pena privativa de liberdade da forma como é hoje aplicada já se encontra em desacordo com as necessidades finalísticas da pena, não cumprindo com o papel ressocializador mínimo.

Assim, cabe ressaltar inicialmente que a cada tipo de Estado corresponde uma teoria da pena e, por isso, observamos ao longo da história mudanças teóricas a cerca de delito, culpabilidade e poder punitivo, tendo em vista que o Direito Penal desde sua concepção serve ao Estado como forma de controle social. Sendo assim, evidente que a forma de Estado irá influenciar intimamente na maneira como o direito penal será exercido em determinada sociedade.

Assim, faz-se necessário analisar cada uma dessas teorias para prosseguir na tese proposta no presente trabalho.

Além disso, a evolução da ciência penal e a falta de eficácia produzida pelas penas anteriormente adotadas faz com que, naturalmente, o direito penal vá se adequando às novas realidades sociais. Se, antigamente as penas aflitivas eram o máximo da evolução nos estudos relativos às sanções penais, mais tarde verificou-se que ela não só já não era adequada ao tipo de Estado, bem como aos novos fins pretendidos com a pena, que já não produzia seus efeitos.

Da mesma forma, a evolução dos direitos humanos tem íntima relação com a evolução das teorias da pena, já que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, bem como de outros direitos e garantias fundamentais, que determinaram diversas abstenções no poder punitivo estatal como, por exemplo, a proibição da tortura, fez como que a ciência penal se tornasse mais humana, ou pelo menos tentasse cada vez mais se tornar mais humana.

Com relação à tortura, as diversas convenções internacionais não são exatamente iguais quanto ao seu conceito, porém, o art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes a define, conforme transcrito abaixo.

Qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer razão baseada em discriminação de

qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequências, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.¹

Do mesmo modo, as determinações internacionais contribuíram para a humanização, pelo menos em tese, das penas privativas de liberdade a exemplo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos juntamente com a *International Bar Association* que elaboraram o Manual de Direitos Humanos para Juízes, membros do Ministério Público e Advogados, que prevê normas jurídicas internacionais para a proteção das pessoas privadas de liberdade.

No entanto, evidente que, embora exista uma série de determinações internacionais, normas constitucionais e penais que visam garantir os direitos dos apenados, principalmente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, não é difícil constatar pelo próprio conceito de tortura que ela acontece todos os dias nos presídios brasileiros. E, sendo ela uma prática extremamente cruel, não é difícil imaginar que uma série de outras práticas menos condenáveis pelo senso comum ocorrem com ainda mais frequência.

Além disso, contribuem para o mito da função ressocializadora mínima da pena os problemas orçamentários, governamentais, culturais e de infraestrutura enfrentados pelos presídios.

Nesse sentido, ressalta Rogério Greco que “o preso, submetido a esse tipo de violência, não se preocupa com o seu processo de ressocialização. Seu pensamento é dirigido, quase que exclusivamente, a fugir daquele ambiente, que o utiliza como se fosse um objeto descartável”². E continua, conforme abaixo transcrito.

Em penitenciárias onde ocorrem as torturas, os índices de revoltas carcerárias são altíssimos. As torturas geram um efeito devastador entre os próprios presos. Por conta da sua prática, surgem as rebeliões. Nessas rebeliões, os presos mais fracos passam a ser alvos de tortura pelos mais fortes, com a finalidade de que o Estado intervenha no sentido de atender às reivindicações dos que desejam fugir daquele local de tormento.³

¹ BRASIL. Decreto nº 40: 1991. Art. 1º http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm

² GRECO, R. . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. p.203

³ GRECO, R. . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. p.203

Isso faz com as pessoas que são submetidas a esse tipo de tratamento percam a sensibilidade, passando a ser natural esse tipo de comportamento e, não por acaso, passam a tratar seus semelhantes da mesma maneira, como efeito direto da pena privativa de liberdade, daí a comparação dos presídios, no segundo capítulo, à obra *O ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago.

Sendo assim, o que se pretende aqui é demonstrar que, se em um passado não muito distante a pena privativa de liberdade era a mãe das penas e a forma mais evoluída até então do Estado exercer seu poder punitivo e, conseqüentemente, o controle social necessário ao convívio dos homens e manutenção da nova ordem, hoje não mais se verifica essa realidade, não só pela natural evolução da própria sociedade, como também da forma como o Estado brasileiro tem aplicado essa pena.

Portanto, a cada momento da história verifica-se um tipo de Estado e assim um tipo de teoria da pena que, gradativamente, foi evoluindo até chegarmos ao modelo adotado hoje, que, no entanto, já se encontra em desacordo com as necessidades sociais atuais. Dessa forma, começaremos a analisar essa evolução e todas as implicações referentes a elas.

2 CAPÍTULO I - TEORIAS DA PENA

2.1 Teorias Absolutistas ou Retributivas

Como dito anteriormente, melhor se entende uma teoria da pena quando se analisa conjuntamente o tipo de Estado em que esta era adotada. Assim, importante salientar que no período do absolutismo o que se via era uma íntima relação entre o soberano e o Estado, sobretudo pelo pensamento predominante de que o poder exercido pelo soberano emanava de Deus.

Percebe-se com isso, que religião e política se confundiam a ponto de um delito ser considerado um pecado pela sociedade em geral e, dessa forma, a ideia de pena era que esta era o meio capaz de fazer o infrator expiar o pecado cometido, pois o crime encarado assim representava mais que um simples delito, mas um ato contra Deus.

Dessa forma, como a pena tinha a função apenas de retribuir ao agente delitivo o ato praticado com a única intenção de expiar o pecado, essa teoria também é conhecida como teoria retributiva. Nesse contexto, diz-se que a pena retributiva é um fim em si mesma, sem nenhum valor socialmente reconhecido, sem nenhum fim utilitário.

Nesse sentido, Roxin nos traz os ensinamentos abaixo transcritos.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.⁴

No entanto, cabe ressaltar ainda que o Estado Absolutista também foi um período de transição entre a baixa Idade Média e a sociedade liberal, com o surgimento do mercantilismo e do Estado burguês, que tinha por fundamento o contrato social, em que o Estado é a força soberana emanada do povo. Nesse novo contexto, a pena passou a representar a retribuição ao ato praticado, que causa perturbação à ordem social, ao ato contrário ao contrato social.

⁴ GRECO, R. . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.291

Percebe-se, portanto, que nos dois contextos a pena fica responsável por fazer justiça (divina ou não) e será aplicada pelo Estado, pois este detém o dever de promover a justiça entre os homens, protegendo assim a liberdade individual.

Os dois grandes defensores da teoria absolutista foram Kant e Hegel, sendo que o primeiro tem uma tese voltada para a ética na obra *A metafísica dos costumes*, enquanto que o segundo tem uma análise voltada para o campo jurídico encontrada em seus *Princípios da Filosofia do Direito*.

Para Kant, a lei era um imperativo categórico, portanto, a pena tem a função de castigar aquele que por qualquer motivo transgrida uma lei, pois quem o faz não é digno de cidadania, sendo obrigação do Estado castigá-lo. Assim, percebe-se mais uma vez que a pena aqui não guarda nenhuma relação com qualquer outro fim, senão retribuir o mal praticado.

Kant salienta ainda que “todos os imperativos mandam, seja hipoteticamente, seja categoricamente. Os hipotéticos são aqueles que representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se queira (ou que seja possível que se queira)”.⁵

Os imperativos categóricos citados por Kant sempre representam um “dever ser” e determinam o que é bom fazer ou omitir e, segundo o autor, “o que determina a vontade por meio de representações da razão e, conseqüentemente, não por causas subjetivas e sim objetivas, isto é, por fundamentos que são válidos para todo ser racional como tal”.⁶

Assim, convergindo com as ideias acima explicitadas acerca da teoria absolutista, Kant via a pena como uma retribuição moral ao agente que infringia a lei, simplesmente como forma de fazer justiça, sem qualquer outro fim e, portanto, sem analisar a pena em conjunto com as conseqüências ou fins almejados pela sociedade e para o próprio infrator. Isso porque para o filósofo o homem não podia servir de instrumento para sociedade, pois isso seria antiético, tendo em vista que o homem deve ser considerado como fim em si mesmo.

Afirmava, portanto, que “a pena jurídica, *poena forensis*, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser contra o culpado pela simples razão de ter delinquido: porque jamais um homem

⁵ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 8. Nota de rodapé. P.101

⁶ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 8. p.101

pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real”.⁷

Já Hegel, que via a pena por um enfoque jurídico, entendia o delito como a negação do direito e a pena deveria ser, então, a negação da negação do direito, e tem por fundamento reestabelecer a ordem social. Assim, para ele, o delito é a representação de uma vontade irracional e particular, enquanto que o direito representa a vontade racional e a pena tem a função justamente de retribuir essa vontade irracional e retornar a vontade racional.

Verifica-se, portanto, que, segundo seu método dialético, a tese seria a vontade geral, que é a ordem jurídica; a antítese é o delito e a síntese a pena, que representa a negação da negação do delito. A pena nada é mais do que uma reação lógica ao delito e não tem o condão de promover justiça, mas de reestabelecer a ordem jurídica. Por isso, Hegel entendia que o castigo (pena) deveria ser na mesma medida de força que o delito.

Dessa forma, evidente que a teoria absolutista traduz a pena apenas como uma maneira de retribuir o mal cometido, seja na fase em que essa retribuição representava uma maneira de expiar o pecado, seja na fase em que a mesma foi representada pela necessidade de reestabelecer o contrato social ou pelas teses trazidas por Kant e Hegel, como forma de retribuição moral e meio de promover a justiça ou como um raciocínio lógico e forma de reafirmar a ordem jurídica. Assim, resta claro que a aplicação pura e simples da teoria em referência se já não era inadequada aos fins à época, agora é totalmente desarrazoado, tendo em vista que não leva em consideração nenhum fim minimamente social, nenhum fim que leve à recuperação do delinquente ou que traga resultados gerais.

Percebe-se com isso que, ao contrário das teorias relativas, que serão a seguir expostas e que projetam seus objetivos no futuro, as teorias retributivas projetam-se para o passado, visando somente o delito cometido.

Por fim, nesse sentido, para Mir Puig a teoria retributiva

responde a arraigada convicção de que o mal não deve ficar sem castigo, e o culpado deve encontrar nele o seu merecido. A função da pena se centra, segundo esse ponto de vista, na realização da justiça impedindo que a injustiça triunfe. A pena não aparece, então, como um instrumento dirigido à consecução de fins utilitários de bem-estar social, como seria o de proteção da sociedade, senão como exigência ética derivada do valor de justiça. A lei penal – dizia Kant, em seu *Metafísica dos costumes* – é um imperativo categórico. Sua necessidade não procede de sua possível conveniência para frear a

⁷ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 8. p.103

delinquência, senão que é independente de que possa ou não servir a tal finalidade. Seja útil ou inútil para assegurar a paz social, a pena deve impor-se se o exige a Justiça.⁸

2.2 Teorias Relativas ou Preventivas

Diferentemente das teorias absolutas, as relativas ou preventivas não visam apenas retribuir o crime praticado, mas prevenir a prática de novos delitos, portanto, de caráter utilitarista. E, embora, para ambas as teorias a pena é um mal necessário, nessa ela não tem a função de promover a justiça e sim de prevenir novos delitos.

Se as penas nos moldes da teoria absolutistas tem sua origem nos princípios do Talião, as preventivas atribuem a Sêneca a sua primeira visualização ao afirmar que, baseado em Protágoras de Platão afirmou que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”⁹.

Após isso, a partir da teoria da *coação psicológica* de Feuerbach, a teoria dividiu-se em duas: a preventiva geral; e a preventiva especial.

Segundo a referida teoria da coação psicológica, na visão de Roxin,

imaginava-se que a alma do delinquente potencial havia caído na tentação, como um campo de batalha entre os motivos que lhe empurram até o delito e os que resistem a ele; opinava que havia de provocar a psique do indeciso sensações de desagrado, que fizessem prevalecer os esforços por impedir a comissão e, desta maneira, pudessem exercer uma coação psíquica para abster-se da comissão do fato.¹⁰

Por fim, as teorias da prevenção geral e especial ganharam aspectos positivos e negativos, que serão a seguir expostos.

⁸ **GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.292

⁹ **FULLER, Paulo Henrique Aranda.** Determinação da pena privativa de liberdade: circunstâncias judiciais subjetivas. 2010. 26 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

¹⁰ **FULLER, Paulo Henrique Aranda.** Determinação da pena privativa de liberdade: circunstâncias judiciais subjetivas. 2010. 26 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

2.2.1 Prevenção geral

Para os Beccaria, Filangieri, Schopenhauer, Bentham e Feuerbach¹¹, a pena serve como instrumento de controle da criminalidade, haja vista que aquela serve como ameaça à sociedade com a existência de uma sanção para determinadas ações e ao mesmo tempo quando pune um infrator, dando-se a certeza de punição. Dessa forma, eles defendem que a pena serve como motivador para que os indivíduos não cometam crimes.

Nesse sentido, Damásio de Jesus afirma que “na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”.¹²

Nesse diapasão, Roxin afirma que essa teoria

não vê o fim da pena na retribuição, nem em sua influência sobre o autor, senão na influência sobre a comunidade que, mediante ameaças penais e a execução da pena, deve ser instruída sobre as proibições legais e afastada da sua violação. Também aqui se trata, pois, de uma teoria que tende à prevenção de delitos [...], como consequência do qual a pena deve, sem embargo, atuar não especialmente sobre o condenado, senão de forma geral, sobre a comunidade. Por essa razão se fala de uma teoria da prevenção geral.¹³

Por isso, a prevenção geral se destina a toda sociedade e parte da ideia do livre arbítrio, da racionalidade do homem, por ter sido desenvolvida no período do Iluminismo. Sendo assim, através da intimidação e da ideia de capacidade de ponderação racional do homem, essa teoria se desenvolve baseada no entendimento de que todos os homens são capazes de calcular o tempo todo o que é certo e o que não é.

Além disso, a teoria em estudo divide-se em dois aspectos, um positivo e um negativo, em que o positivo seria o mister de informar a sociedade da necessidade de manutenção das normas, bem como de formalizar o comportamento social.

A esse respeito, esclarece Roxin que

na prevenção geral positiva se podem distinguir três fins e efeitos distintos, se bem sobrepostos entre si: o efeito de aprendizagem, motivado social-pedagogicamente; o exercício na confiança do

¹¹ **GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.133

¹² JESUS, D. E. Direito penal – parte geral, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.p. 519.

¹³ **GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.294

Direito, que se origina na população pela atividade da justiça penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, em virtude do descumprimento da lei, e considera solucionado o conflito com o autor. Sobretudo ao efeito de pacificação, mencionado em último lugar, se alude, hoje, frequentemente, para a justificação de reações jurídico penais, com o termo prevenção integradora.¹⁴

Já o negativo, seria a intimidação que a existência e aplicação de uma sanção penal geram na sociedade e, nesse sentido, Michel Foucault destaca que, no período em que as penas eram essencialmente aflitivas, o povo era quase que parte essencial da execução da pena na medida em que

Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado. (...) As pessoas não só têm que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Porque é necessário que tenham medo; mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição, e porque até certo ponto devem tomar parte dela.¹⁵

Dessa forma, esse sentido negativo da prevenção geral gerava a ideia de que o restante dos indivíduos da sociedade poderia ser motivado a não praticar um delito ao ver a execução de uma pena. No entanto, cabe ressaltar o que será analisado em momento oportuno que, conforme muito bem destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar a teoria da prevenção geral negativa utiliza o delincente como instrumento do Estado para tentar resolver o problema da criminalidade, ou seja, para seus próprios fins, reduzindo o homem a meio dos fins estatais em que a dignidade da pessoa humana não é levada em consideração.¹⁶

Além disso, como se percebe, a referida teoria não considera diversos motivos pelos quais essa pretendida motivação pela abstenção de praticar delitos não ocorreria como, por exemplo, a condição social em que vive o indivíduo, a confiança dos delinquentes de não serem descobertos, bem como não se encarrega de resolver o problema que pode advir dessa teoria, como no caso de as penas serem muito superior aos delitos praticados somente pensando na ideia de motivar/intimidar o resto da sociedade a não delinquir.

¹⁴ **GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.296

¹⁵ **FOUCAULT, Michel.** Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1999. Ed. 20. p.75

¹⁶ **BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.** *Manual de Direito penal brasileiro* –V.1 , São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p. 120.

Essas e outras razões que levaram Roxin afirmar que “cada delito já é, pelo simples fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.¹⁷

Sendo assim, essas e outras problemáticas a respeito da teoria da prevenção geral serão analisadas em momento oportuno.

2.2.2 Prevenção especial

Ao contrário da prevenção geral, a especial dirige-se somente ao agente que praticou o crime, objetivando que este não volte a delinquir, tendo como base os ensinamentos de Von Liszt, segundo o qual, a pena tem o condão de ressocializar o delinquente, de intimidação daqueles que não precisam da dita ressocialização e a neutralização daqueles considerados incorrigíveis. Assim, essa teoria poderia ser resumida em três palavras, quais sejam, intimidação, correção e inocuidade.

Essa teoria surge no contexto de crise do Estado Liberal e estabelecimento do capitalismo e, a partir disso, o interesse passou a ser a proteção dessa nova ordem, o que levou a pena a ser encarada como defesa da ordem e o delito passou a ser visto como um dano social.

Pode-se falar ainda em prevenção especial positiva e negativa, sendo que a primeira representaria a ideia de que a ressocialização é obtida através da correção (pena), assim, ela estaria direcionada totalmente ao agente delitivo e suas particularidades.

Nesse sentido, Roxin afirma que para essa teoria “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.”¹⁸ Seria, portanto, uma prevenção da reincidência.

Já a prevenção especial negativa diz respeito à neutralização do delinquente, baseado na ideia que durante o período em que estiver preso não irá cometer novos crimes. A esse respeito, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar afirmam que

Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação

¹⁷ BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .p.135

¹⁸ ROXIN, Claus, **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 1ª Ed. São Paulo: Veja, 1986.p. 85

com a anterior: quando as ideologias fracassam ou são descartadas, apela-se para neutralização e eliminação.¹⁹

Por fim, cabe dizer que da mesma forma que em relação às teorias anteriores, embora nesta se verifique uma identidade com o próprio direito penal por ter como função evitar a prática de novos crimes, também há críticas a se fazer, tais como o fato de que determinados agentes delitivos, embora tenham cometido um crime, não necessitam de intimidação, de neutralização ou de correção por fatores diversos, mas não difíceis de serem encontrados na sociedade e, pela teoria da prevenção especial, deveriam ficar impunes já que não necessitam de nenhum das três medidas que essa teoria se justifica.

2.3 Teoria Mista

O primeiro estudioso a apresentar essa teoria foi Merkel, na Alemanha no século XX, e esta tenta reunir os aspectos importantes de cada teoria monista - absoluta e relativa, com a intenção de sanar os problemas apontados para ambas e, no dizer de Mir Puig “a retribuição e a prevenção são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”.²⁰

Ainda para Mir Puig essa teoria entende que a função do Direito Penal é a proteção da sociedade e, sendo assim, dentro da teoria encontram-se duas correntes. Uma conservadora, que surgiu com o Projeto Oficial do Código Penal Alemão, que defende que a proteção da sociedade tem por base a retribuição justa na sua determinação e a prevenção seria meramente complementar àquela. Já para corrente progressista, que surgiu com o Projeto Alternativo Alemão, o fundamento da pena deveria ser a proteção da sociedade e a retribuição teria função apenas de definir o limite máximo de exigência da prevenção, evitando-se que a pena aplicada fosse desproporcional ao delito praticado.

Assim, percebe-se que, para a teoria mista, a retribuição e a culpabilidade serviriam como limite da pena, vez que esta não pode ser aplicada além do limite do delito praticado.

Nesse sentido, Vani Bemfica ressalta que “mesmo a pena tendo um caráter aflitivo (retribuição), a sua real finalidade é a prevenção, ou seja, a pena é meio pela qual se busca obter benefícios tanto para o condenado, quanto para a coletividade”.²¹

¹⁹ ZAFFARONI, Manual de Direito Penal Brasileiro. V. 1 São Paulo: Editora Saraiva. 2009 p. 127.

²⁰ BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p., p.150

²¹ BEMFICA, Márcio Vani Da pena de prisão à pena sem prisão no Direito Penal Brasileiro” - FADIVA – Revista Jurídica – 200. P. 13

No entanto, para Roxin a tentativa de superar os problemas apresentados pelas teorias monistas apenas justapondo-as irá naturalmente fracassar. Isso porque, segundo o autor, “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego. Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, absolutamente, mas, ao contrário, se multiplicam”.²²

Entretanto, de acordo com o art. 59 do Código Penal Brasileiro percebe-se ser essa a teoria adotada e há que se dizer que é compreensível a escolha feita, tendo em vista que com a teoria unificadora deixou-se de lado a ideia de que o fim da pena seria uma exigência ética de justiça, conceito meramente retributivo, para adotar-se uma visão de prevenção como função da pena, em que a retribuição apareceria apenas como limite daquela, levando em consideração o indivíduo e suas particularidades na execução e não somente a sociedade.

Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário** e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime: [...] ²³

Por fim, embora a teoria mista ou unificadora seja uma tentativa de conciliar ambas as teorias para que elas se complementem, resolvendo as lacunas que as mesmas apresentam, a criminologia crítica atualmente tem feito ressalvas, conforme a seguir apresentadas.

2.4 Teoria da Prevenção Geral Fundamentadora

Welzel, um dos representantes da teoria da prevenção geral fundamentadora, entende que a ciência penal deve cumprir uma função ético-social, em que a proteção dos bens jurídicos não é o mais importante, mas a garantia da vigência de normas jurídicas, ou seja, ao aplicar uma pena cumpre-se o papel ético-social de afirmar o Direito.²⁴

No mesmo sentido, Kaufmann entende que esse papel ético-social do Direito Penal é um aspecto positivo da prevenção geral, que é direcionada à uma fidelização da sociedade com o direito. Assim, afirma que a prevenção geral é composta por um elemento informativo,

²² BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .p.152

²³ BRASIL. Código Penal. Lei 7.209 de 11 de julho 1984. Altera o Decreto-Lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília.

²⁴ BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .p.153

que seria a informação do que é proibido; um de manutenção da confiança, que representa a capacidade do Direito de se impor; e um elemento de atitude interna de fidelidade ao direito. Acredita ainda que a retribuição deva ser pressuposto da prevenção geral.²⁵

Para Jakobs, essa busca pela fidelização da sociedade com o Direito não tem a finalidade de proteger ações e bens jurídicos, mas orientar a respeito das normas jurídicas. Explica que estas procuram institucionalizar determinadas condutas sociais que servirão de orientação para a sociedade.²⁶

Assim, a pena seria um aspecto positivo, tendo em vista que o delito, enquanto aspecto negativo, nega a norma jurídica que proíbe a conduta e a pena serve para reafirmar a norma, informando à sociedade que embora alguém a tenha infringido ela continuará a existir. Nesse sentido, sintetiza da seguinte forma: “A pena serve para destacar com seriedade, e de forma cara para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma”.²⁷

No entanto, alguns autores como Mir Puig critica o posicionamento, tendo em vista que em casos em que o bem jurídico não necessitasse de proteção, ainda assim a pena deveria ser aplicada unicamente em razão dessa função orientadora defendida por Jakobs.²⁸

Outro problema apontado por Baratta consiste no fato de que a teoria fomenta uma tendência de ampliar a aplicação do Direito Penal para resolver problemas sociais. Para ele, ela não explica a necessidade do uso da ciência penal no lugar de outras medidas menos gravosas aos indivíduos.²⁹ Munoz Conde, pensando no mesmo sentido, afirma que a teoria em referência aponta a solução do problema para onde ele se manifesta e não onde ele se produz, deixando de lado as causas produtoras, que em muitas das vezes são sociais, sem nunca questionar o sistema penal.³⁰

2.5 Teoria da Prevenção Geral Positiva Limitadora

Essa teoria centra-se na ideia de que a prevenção geral deve servir como limitador do poder punitivo do Estado, já que, embora o Direito Penal seja um instrumento de controle

²⁵ BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .p.153

²⁶ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 114

²⁷ BITENCOURT, C. R. . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .p.154

²⁸ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 116

²⁹ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 116

³⁰ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 117

social, ele não deve interferir demasiadamente nas liberdades individuais, além disso, deve respeitar todos os princípios limitadores desse poder punitivo.

Nesse sentido, Hassemer³¹ afirma que a pena deve obedecer aos limites do Direito Penal, das garantias individuais jurídico-constitucionais, da proporcionalidade e do fato e só pode ser aplicada após se submeter a um procedimento. Assim, a pena combate o delito, ao mesmo tempo, que garante a juridicidade e a formalidade do modo social de sancionar o delito.

Para ele, a prevenção geral positiva

é a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade corresponsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição do mal. No centro limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado.³²

Nesse sentido, a teoria preventiva geral positiva seria capaz de apresentar limites necessários para os fins ressocializadores mínimo, como também melhor estabelecer a fundamentação da retribuição pelo fato.

Dessa forma, o Direito Penal se formaliza com a vinculação de outras normas que tem por objetivo limitar a intervenção penal do Estado para garantir os direitos individuais.

Por fim, destaca-se que, para essa teoria, o fim da pena deve ser o da prevenção geral, entendida com os seus elementos intimidatórios e limitadores, juntamente com os da prevenção especial, traduzido como a função ressocializadora do delinquente. No entanto, essa ressocialização não deve ser coativa, tendo em vista que só realmente se ressocializa um indivíduo se houver um paralelo entre ele e a sociedade em que se deseja inseri-lo. Isso porque, na visão de Cezar Roberto Bitencourt, a tentativa de integrá-lo a sociedade sem colocar em dúvida a estrutura já estabelecida é negar que possa haver qualquer tipo de problema nessa sociedade.

³¹ **BITENCOURT, C. R.** . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 117

³² **BITENCOURT, C. R.** . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 118

2.6 Críticas – O Mito da Função Social da Pena Privativa de Liberdade

Conforme apresentado acima, todas as teorias da pena desenvolvidas até hoje apresentam pontos falhos ao tentar resolver o problema da criminalidade, e o presente tópico irá analisá-los.

Sendo assim, faz-se necessário salientar primeiramente que as teorias da pena ou a maneira como são aplicadas, muitas das vezes completamente distorcidas, não levam em consideração a razão da prática do crime, que na maioria das vezes é social, seja pelas desigualdades sociais, seja pela ausência de educação, seja pela cultura criminal, seja pela ausência de amparo estatal, mas nenhuma delas de fato tem a capacidade de promover a redução da criminalidade a longo prazo.

Dessa forma, visando a conclusão deste trabalho, destaca-se desde já os efeitos nocivos da pena privativa de liberdade da maneira como é executada, tendo em vista que em grande parte o fracasso de uma teoria da pena está atrelado à forma como ela é executada. Isso porque, atualmente no Brasil, é completamente falacioso pretender a prevenção de delitos ou ressocialização por meio da aplicação de uma pena preventiva de liberdade. Isso para as condenações de longa duração, para as de curta duração esses efeitos nocivos são ainda mais graves e reparáveis, e recomenda-se a sua não aplicação.

A esse respeito, Cezar Roberto Bitencourt salienta que

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, e se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. [...] Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação das normas.³³

Nesse contexto, as penas de caráter retributivo em nada contribuem para a solução da criminalidade, haja vista serem origem a penas que só pretendem devolver o mal cometido, uma vingança Estatal e que, nos seus primórdios, eram essencialmente aflitivas. Percebe-se

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas alternativas. São Paulo: Ed. Saraiva 4ª Edição 2013, p. 34-35

com isso que essa retribuição concentra-se exclusivamente no passado, visando somente o fato e encontrando fundamento e fim nele mesmo, o que não traz qualquer benefício para a problemática da criminalidade. É causar um prejuízo em cima de um anterior prejuízo.

Corroborando esse pensamento, Alicia Rodrigues Nunez destaca que

A pena privativa de liberdade executada exclusivamente como vingança, exemplo, expiação ou retribuição não tem nenhum sentido prático para a coletividade, que não pode eliminar de seu seio, definitivamente, o indivíduo associal ou inadaptado. Se não se projeta conseguir uma mudança de atitude no apenado, o único efeito de utilidade que se consegue é satisfazer, momentaneamente, os cidadãos perturbados na convivência. O manter encarcerada uma pessoa sem um objetivo, como único recurso para lutar contra a delinquência, não é remédio suficiente para conseguir, a médio ou longo prazo, a paz social interrompida pelas atividades ilegais de certos indivíduos. Como a pena justa há de ser proporcional ao fato e à culpabilidade do sujeito, senão que, passado um tempo de privação de liberdade, essa pessoa há de retornar ao convívio em sociedade, sendo desejável conseguir que reinicie uma convivência harmônica com seus congêneres.³⁴

No entanto, grande parte da sociedade, seja por influência da mídia, seja por ignorância ou por uma questão cultural, costuma se satisfazer com essa resposta proporcionada por penas retributivas. Aliás, é muito comum em lugares onde o Estado não atua que ainda prevaleça a ideia de promover a justiça do “olho por olho, dente por dente”, que traduzem perfeitamente o ideal absolutista das penas.

Recentemente, isso se comprovou em diversos episódios pelo Brasil, não só onde o Estado não tem grande atuação, como os dos “justiceiros do Flamengo” no Rio de Janeiro, em que um assaltante, menor de idade, negro, foi amarrado nu a um poste pelos ditos “justiceiros”. Boa parcela da população e até da grande mídia deu força ao movimento, como se tudo que pretendessem com o direito penal fosse a vingança.

Zulgadía Espinar acrescenta ainda que “ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais-, para a doutrina tradicional a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena”.³⁵

³⁴ **GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.291

³⁵ **BITENCOURT, C. R.** . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 122

O próprio Estado tem se utilizado desse sentimento de vingança que, aparentemente, satisfaz a sociedade para abster-se de atuar na resolução do problema da criminalidade. O que se vê muitas vezes e, em grande parte em relação a crimes de grande repercussão social, é que endurecem as leis, criam-se leis, cogitam e clamam pela diminuição da maioridade penal, apenas para responder aparentemente um problema que tem origens sociais e que, portanto, não se resolveram com penas mais severas.

Nesse mesmo sentido, Rogério Greco, citando Oscar Emilio Sarrule, esclarece que “o fim da pena não é atormentar o réu para anular o mal que o delito implica, porque na realidade não o anula, senão que gera uma nova espiral de violência que não pode, por suas características, retomar as coisas ao estado anterior. A vingança implica uma paixão, e as leis para salvar a racionalidade do direito, devem ser isentas de paixões”.³⁶

Além disso, há que se lembrar que a teoria absolutista se deu em parte em uma época em que se acreditava que todos os homens eram iguais perante a lei do Estado Liberal. No entanto, hoje se sabe que essa igualdade formal é falaciosa principalmente para o problema da criminalidade, pois há um abismo entre a realidade de um indivíduo que tem acesso às necessidades básicas de sobrevivência, como educação, saúde, moradia, lazer e aquele que vive sem essas condições mínimas. É evidente que a simples retribuição por meio de uma pena não resolve esse problema de cunho social, que só poderá ser resolvido por meio de políticas públicas e de um sistema penal utilitário e que, acima de tudo, reveja de maneira efetiva o sistema prisional atual.

Assim, percebe-se que o fim do Direito Penal não pode ser apenas o de dar uma resposta a cada delito, pois dessa forma o problema da criminalidade não só não vai melhorar como piorar, tendo em vista que os problemas sociais são crescentes e, para boa parte dos crimes, essa condição está intimamente ligada à sua prática. E como hoje se sabe que a prisão atua como fator criminógeno, a simples retribuição com penas privativas de liberdade atua não para a resolução do problema, mas como agravante.

Também há que se fazer críticas ao modelo da prevenção geral, tendo em vista que, dependendo da condição social do delinquente em potencial, norma penal alguma será capaz de motivá-lo a não cometer um crime. Isso porque já lhe é negado uma série de direitos que não lhe fazem querer agir conforme a lei falta-lhe muitas vezes o básico, e, portanto, um

³⁶ GRECO, R. . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.292

crime para ele vale a pena, seja para satisfazer uma necessidade, ou por qualquer outro motivo.

Dessa forma, no sistema prisional brasileiro, muitas vezes quando a pena privativa de liberdade for aplicada para réus primários em crimes de baixa periculosidade (penas curtas), o apenado poderá sair pior do que ingressou, pois a existência de uma lei penal e de uma execução não o motiva para não cometer um crime, mas a convivência com outros presos que vivem a mesma realidade que ele fora da prisão poderá motivá-lo ainda mais para prática de crimes (fatores criminógenos). Por isso, Roxin afirma “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”.³⁷

Ademais, como uma norma poderá motivar um indivíduo que vive em péssimas condições sociais, que não recebe qualquer amparo estatal se não consegue motivar quem tem mais do que essas condições mínimas como ocorre com os crimes de colarinho branco?

Mais uma vez constata-se que enquanto as teorias fundamentarem-se no fato e não na causa, sempre serão insuficientes para fins utilitários e não estarão de acordo com a realidade e, portanto, não produzirão efeitos.

Da mesma forma, na prevenção especial, que visa somente o indivíduo que cometeu o delito objetivando a não reincidência, isso só se daria com a sua ressocialização mínima, o que, novamente, sabemos ser impossível no sistema prisional brasileiro. Isso porque, além de não haver divisão entre os presos, onde réus primários e de crimes de menor periculosidade são encarcerados com outros que possuem uma ficha com diversos delitos e em crimes de maior gravidade, as prisões não oferecem condições para que essa ressocialização ocorra, esquecem que ao ser aplicada uma pena privativa de liberdade, só está sendo-lhes negado a sua liberdade, os outros direito deveriam permanecer e serem garantidos pelo Estado, no entanto, não é o que ocorre, por isso, fala-se em o mito da função social das penas privativas de liberdade.

Some-se a isso a corrupção de todo o aparato prisional, que permite que muitos presos continuem praticando crimes de dentro da prisão, negando, portanto, que durante a execução da pena o apenado estaria ao menos neutralizado. Além disso, ainda que os presídios oferecessem as condições para que de fato ocorresse a ressocialização, a sociedade juntamente com o Estado também deveria oferecer condições para que o ex detento conseguisse se inserir no mercado de trabalho, que ele possa garantir condições mínimas de sobrevivência sem as quais ele irá delinquir novamente.

³⁷ Claus Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, Revista de Direito Penal, 11-12/17, Rio de Janeiro, 1974

Também a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não atinge os fins almejados, já que se o Direito servir apenas à proteção e a reafirmação das normas penais nunca iremos efetivamente tratar o problemas da criminalidade, pois mais uma vez, isso depende não em todos os casos, mas em grande parte, de resolver problemas sociais que refletem diretamente na prática de crimes e o bom funcionamento, ou seja, o cumprimento de normas penais depende de uma sociedade que funcione em condições razoáveis de sobrevivência para todos os seus pertencentes.

Ressalta Cezar Roberto Bitencourt acerca da eficácia da pena privativa de liberdade que “sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal”.³⁸

Percebe-se ainda que a pena privativa de liberdade fracassou também na tentativa de exercer controle social formalizador, uma vez que a reafirmação das normas penais por meio da aplicação da pena, como previa-se antigamente (a negação da negação ao direito) para formalizar condutas sociais, não ocorreu.

Cabe salientar ainda, que se a pena necessita de proporcionalidade entre a o ato cometido e a pena aplicada, as penas privativas de liberdade no Brasil já começam desproporcionais no momento em que o infrator é conduzido à prisão, já que dentro dos presídios uma série de outros direitos lhe são negados a começar pela dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, ao contrário de como age o Estado e do que espera grande parte da população, a solução ou melhora para criminalidade está, não sozinha, mas associada, à diminuição a casos realmente necessários da pena de prisão para evitar que os efeitos criminógenos atuem no apenado, pois nos moldes em que vem sendo aplicada, ela não só representa somente uma forma de retribuir (desproporcionalmente) o mal causado pelo apenado, que como já sabemos não tem qualquer fim utilitário e se destina exclusivamente ao passado, como também atua como agravante da criminalidade.

Sendo assim, resta claro que apesar da contribuição que cada teoria desenvolvida em dado momento histórico e aprimoradas atualmente, nada irá adiantar a formulação de teorias que não condizem com a realidade, pois assim, nunca terão eficácia. Isso porque, além dos

³⁸ **BITENCOURT, C. R.** . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 121

problemas sociais que merecem uma resposta estatal, que não seja por meio de penas, o problema do sistema prisional brasileiro também está intimamente ligado à reincidência, gerada muitas vezes pela própria aplicação de uma pena privativa de liberdade, que fracassa em seus fins sociais. Por isso, a defesa da aplicação sempre que possível das medidas alternativas e do aprimoramento da execução da pena privativa de liberdade, que irá cuidar o restante do trabalho.

3 CAPÍTULO II – OS EFEITOS NOCIVOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1 O Ensaio Sobre a Cegueira nos Presídios Brasileiros

O paralelo didático proposto visa comparar o que ocorre com os presos brasileiros e o ocorrido em *Ensaio sobre a cegueira* de José Saramago, tendo em vista que a ocasião descrita acima propicia uma série de ocorrências que nem de longe são capazes de ressocializar.

Isso porque, é notório que a causa do preso e, assim, da problemática dos presídios não ocupa a pauta de preocupações do governo e, quando ocorre algum fato que faz com que esses problemas venham à tona, a primeira resposta dada pelo Estado é sempre no sentido de satisfazer à sociedade, o que leva quase inevitavelmente a retirar ainda mais os direitos já negados aos presos. Transferem a culpa para os próprios presos daquilo que é exclusivo do Estado.

Além disso, como grande parte da sociedade enxerga a solução do problema na adoção máxima do Direito Penal, caso houvesse vontade política, e direcionasse a solução para a causa e, assim, propusesse mudanças nos presídios para que se transformassem em locais propícios à ressocialização mínima, se investissem dinheiro para realizar essas mudanças, a sociedade iria repudiar, não iria ver como uma maneira de solucionar o problema. Dessa forma, com a resposta dada, a criminalidade entra em um ciclo vicioso, pois a causa continuará a existir, produzindo sempre os mesmo efeitos.

Contribuem com esses efeitos nocivos causados pela prisão, a superlotação carcerária, a falta de estrutura para higiene, saúde e visitas, tornando o ambiente carcerário irreal e longe de promover a ressocialização.

Faltam ainda políticas públicas destinadas a cumprir a função social mínima que a pena deveria ter, programas que ensinem um ofício, que possibilite o egresso a se inserir no mercado de trabalho após o cumprimento da pena. Dessa forma, passam todo o período de privação de liberdade, sem ocupação, sem seus direitos básicos, longe de viver uma realidade próxima da que se deseja que eles retornem, o que faz com que aquele sentimento vivido durante a execução se torne familiar. O ambiente de violência, de hostilidade, de necessidade de sobrevivência, de opressão passa a ser a sua realidade e com certeza irá refletir no seu comportamento extramuros.

Assim, esse ambiente irreal se assemelha com o que ocorre com os personagens da obra, que foram colocados, por conta de uma cegueira geral, em situação semelhante ao dos presídios. Para todos aqueles que ficaram momentaneamente cegos uma série de condutas

passaram a ser normais e até de sobrevivência, inclusive estupros foram praticados com “naturalidade”. No entanto, para a mulher que permaneceu enxergando as atitudes continuaram a ser moralmente erradas, mas compreensível porque ela foi inserida no mesmo ambiente e pode perceber que aquelas condutas incorretas (moral e juridicamente) em um ambiente normal, mas não na situação excepcional em que foram colocados.

Com isso, percebe-se que em um ambiente carcerário como o brasileiro, insalubre, sem condições mínimas de sobrevivência, sem respeito algum pela vida do apenado, às garantias constitucionais e internacionais, com superlotação, hostilidade, bem como com a mistura entre eles, é evidente que uma série de condutas que antes eram consideradas como moralmente erradas, ou exageradas, ou simplesmente não eram cometidas por falta de coragem, o ambiente tornará normal, a realidade do preso passa ser aquela e a resposta que o Estado dá é de que aquilo que ele merece independente de a pena privativa de liberdade apenas prever, como o próprio nome diz, a privação de liberdade e não de tantos direitos inerentes à eles.

Assim, a parcela da sociedade que insiste no sofrimento do apenado durante a execução da pena e o Estado que legitima essa postura para não ter que tratar o problema como deveria, admite a aplicação de uma pena desproporcional, meramente retributiva e que não resolve o problema na maior parte dos casos e piora, ensejando a reincidência e, quando isso ocorre, o preso é culpado pela própria reincidência que em parte é resultado desse tratamento recebido.

É como punir novamente o indivíduo por aquilo que é um resultado natural da resposta dada ao crime anteriormente cometido.

É fácil perceber isso quando analisamos alguns episódios em presídios no Brasil como a Casa de Detenção de São Paulo, o Carandiru, que foi criado em 1920, originalmente com capacidade para 1200 detentos. Durante cerca de 20 anos tentava cumprir suas funções a ponto de ser considerado padrão de excelência internacionalmente.

Durante esse período os presos ficavam responsáveis por quase todas as tarefas necessárias para manutenção e administração do presídio, como limpeza, alimentação com a lavoura existente no local, cozinha, serviços dentro da clínica e hospital que ali existiam.

No entanto, em meados de 1940 o complexo penitenciário começou a conviver com o problema da superlotação, que teve uma tentativa de ser resolvida em 1956 com a construção de uma Casa de Detenção dentro da própria penitenciária, elevando a capacidade para 3250 detentos.

Infelizmente o problema não só não foi solucionado como piorou. O Carandiru passou a receber cada vez mais presos, não se parecendo em nada com a estrutura do início, chegando a abrigar até oito mil presos que se agrupavam como animais na celas, que acabou por transformar o presídio em um local em que ocorriam constantes espancamentos, torturas e brigas entre facções.

Toda essa situação acabou culminando em uma suposta rebelião, que teria começado no pavilhão 9, quando, à pretexto dela, a Polícia Militar invadiu o complexo. O resultado oficial à época foram 111 presos mortos pelos policiais que aparentemente estariam atuando em legítima defesa, o que sem qualquer outra informação já seria estranho, tendo em vista que seria no mínimo esperado que, em uma situação de legítima defesa que exigisse tamanha violência, pelo menos um dos mortos fosse da Polícia Militar. Não por acaso, os dados não oficiais falam em 250 presos mortos no episódio que ficou conhecido como massacre do Carandiru.

Independente do que hoje se sabe com a retomada do julgamento do Carandiru, que revela ainda mais as condições absurdas em que o episódio ocorreu, com o abuso de poder da Polícia Militar, a omissão do Estado, que revelam as condições em que aqueles detentos viviam; comprova a tese aqui exposta que o ambiente das prisões brasileiras é um verdadeiro barril de pólvora somente propício a proporcionar episódios como esse e jamais os fins que a sociedade espera.

Outro exemplo mais recente, mas não isolado, é do presídio de Pedrinhas no Maranhão, que criado em 1965 com o passar dos anos também passou a conviver com a superlotação o que levou a diversas rebeliões com registro de mais de 170 mortes desde 2000.

Em 2013 o Conselho Nacional de Justiça constatou 60 mortes, casos de violência sexual à familiares em dia de visitas, bem como casos de tortura. No entanto, esse cenário não é novidade, pois em 2010, 18 detentos foram mortos em rebelião e 14 detentos decapitados em 2011.

No início do ano a sociedade se chocou com as notícias de casos de tortura, decapitações, fugas, mas continuam querendo que os apenados sofram o quanto possível nos presídios sem pensar nas consequências sociais que isso trará quando esses mesmos detentos forem colocados em liberdade, porque nada mais natural que essa seja o novo parâmetro de naturalidade desses presos que assim ficaram encarcerados. O parâmetro de violência muda, a revolta com o Estado e a sociedade muda.

A intenção, portanto, é demonstrar que, no ambiente em que os presos são colocados, a criminalidade só tende a aumentar, enquanto os detentos forem tratados como animais

amontoados em presídios, eles sairão piores do que entraram porque aquela passará a ser a realidade deles, realidade de violência, de hostilidade, que será reproduzida no ambiente social.

Sendo assim, a criminologia deve se projetar em encontrar soluções que visem, quando não resolver, minimizar esses problemas, que busquem penas alternativas à pena privativa de liberdade, resguardando a esta casos excepcionais de crimes em que a penas alternativas sejam inviáveis, mas, mesmos nesses casos, as condições dos presídios e as condições sociais devem ser melhoradas conjuntamente.

Porém, com relação à função social da pena privativa de liberdade, resta claro que esta é utópica e não cumpre o seu papel, mesmo porque atribuir exclusivamente à ciência penal a tarefa de promover a ressocialização de delinquentes é igualmente utópico, haja vista o indivíduo necessitar de uma série de outros fatores para não delinquir, tais como família, escola, acesso à saúde, políticas públicas, atuação do Estado, etc.

Por isso, baseado da criminologia moderna, o que se pretende com o presente trabalho, é demonstrar que a busca por penas/medidas alternativas, quando estas forem possíveis; a melhoria das condições carcerárias; o tratamento humano fazem parte de uma série de medidas para atingir a readaptação do delinquente e que todos são extremamente necessários, se faltar de um lado, não se chegará ao resultado. Dessa forma, o direito penal deve oferecer condições e a faculdade, traduzida no esforço ressocializador, ao apenado para que este possa espontaneamente escolher, influenciado pelos fatores extramuros também, a seguir uma vida sem cometer delitos.

Nesse sentido, para Roxin uma teoria da pena que queira guardar correspondência com a realidade tem que

reconhecer as antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase posterior; ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um Direito Penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade, no sentido de prevenção geral, se, ao mesmo tempo, preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é, afinal, o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta.³⁹

³⁹ BITENCOURT, C. R. . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .p. 144

Em conclusão, o trabalho continuará traçando meios alternativos e mais humanos à pena privativa de liberdade e na melhoria desta visando um objetivo ressocializador mínimo, que não isenta a sociedade de responsabilidade. Tal objetivo enxerga a ressocialização como um dos fins da pena, mas não como o principal e prioriza uma prevenção primária, que são as causas do delito; uma secundária, que são os obstáculos do delito; e a terciária, que é evitar a reincidência, conforme se verá em momento oportuno.

3.2 O Fator Criminógeno da Prisão

Essa tese foi trazida inicialmente no II Congresso Internacional de Criminologia, em Paris em 1950, entendendo ser a prisão um ambiente que, ao invés de diminuir a delinquência, oportuniza-a.

Os fatores existentes nas prisões que as transformam em um fator criminógeno são de caráter material, psicológico e social.

Assim, os fatores materiais são as péssimas condições das instalações das prisões, com quase ausência de higiene adequada, propícias à proliferação de doenças e outros problemas de saúde pública. Some-se a isso que os detentos não possuem local para lazer, descanso, etc.

Além disso, nas prisões clássicas ocorre com frequência, para não dizer sempre, a dissimulação e a mentira por parte dos presos como forma de sobrevivência e na prática de crimes penitenciários, como pequenos furtos, tráfico de drogas, jogos, etc. Assim, é natural o desenvolvimento de novas práticas delitivas e de novas associações para esses fins.

Os fatores sociais podem ser traduzidos pela condição irreal trazida pela prisão, que retira o apenado de seu convívio social, familiar, laboral, fazendo com que dificilmente eles se adaptem novamente àquela realidade, o que gera muitas vezes a sua consolidação na vida delitiva, sobretudo após o cumprimento de penas de longa duração. Além disso, dificilmente esse apenado conseguirá se inserir no mercado do trabalho, tornando-se quase que natural o seu retorno à prática delitiva, gerando a reincidência, como efeito da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, evidente que as prisões exercem um papel relevante não só no não cumprimento do fim social da pena, bem como de fator de aumento da criminalidade. No entanto, cabe dizer que não existem grandes estudos capazes de comprovar o alcance desse fator criminógeno, o que serve para fomentar a ideia daqueles que defendem a adoção de direito penal máximo e de penas excessivas a todo custo.

3.3 Modelos de Sucesso

Na Espanha, especificamente nos arredores da cidade de Salamanca, seguindo o Plano de Amortização e Construção de Novos Centros Penitenciários, que visa a criação de *prisões tipos*, o presídio de Topas foi criado e tem edifícios arquitetonicamente adequados aos fins de reeducação e reinserção social legalmente previstos.

Segundo o próprio *site* o Centro é composto por módulos residenciais, com capacidade para 72 internos cada um – em celas individuais-, junto à Enfermaria, Departamento de Ingressos e Módulo de internos classificados em primeiro grau de tratamento. A estrutura interna do Centro permite uma correta classificação interior dos reclusos conforme a legislação vigente. O Centro se completa com um Edifício Sociocultural, Poliesportivo, Oficinas Produtivas (Carpintaria de Madeira, Carpintaria Metálica, Confeção Industrial, e Artes Gráficas), zona de serviços (Lavanderia, Cozinha, Padaria, Armazéns,...), e Edifício de Comunicações (para comunicações familiares e íntimas, e com zonas de locutórios gerais e advogados). Tudo isso ocupa uma ampla extensão de 27 hectares, onde primam os espaços abertos e jardins.⁴⁰

As visitas íntimas ocorrem em quartos privados e em excelentes condições e seus familiares não submetidos a revistas constrangedoras, passando somente pelo detector de metais. Além disso, a alimentação dos presos é preparada por eles mesmos com supervisão de nutricionistas e chefes de cozinha de forma a ser de seu agrado e ao mesmo tempo balanceada.

A área de lazer é composta por quadras, sala de musculação, piscinas de modo a proporcionar uma estadia humana aos presos. Cabe dizer também que estes não são obrigados a usar uniformes, preservando suas individualidades e as atividades laborais desenvolvidas nas Oficinas são remuneradas.

A administração, embora conte com profissionais, é exercida em grande parte pelos próprios presos, conforme o que eles chamam de “módulos de respeito”, também seguido por outros centros penitenciários de sucesso como de Mansilla de las Mullas, como relato da revista *In Voice Magazine* e de Rogério Grecco, transcrito abaixo.

Amanhece. São sete e meia da manhã e os internos da prisão de Mansillas que pertencem aos Módulos de Respeito se levantam. Começam a preparar-se para praticar as atividades do dia. Às oito, passam pela contagem perfeitamente asseados, vestidos e de pé. A cela, já ordenada e limpa,

⁴⁰ cptopas.webcindario.com/modules.php?name=Content&PA=showpage&pig=5

permanecerá aberta até que regressem para a hora de comer. Depois do café da manhã, assistem a reunião diária com o Educador do Módulo, quem repassa a avaliação do dia anterior, e de depois de tratar sobre temas de caráter geral, atende pela ordem os internos que previamente o tenham solicitado. Ninguém poderia imaginar que isso está ocorrendo em um cárcere espanhol, com os problemas de massificação, diversidade de etnias e uma ampla variedade de perfis. Pessoas que ingressaram pela primeira vez na prisão convivem em paz com multireincidentes, delinquentes de “colarinho branco”, com homicidas ou narcotraficantes de primeiro nível com simples mulas. Reina respeito. Não há brigas nem roubos... e a droga não impõe sua lei. Os presos participam ativamente na gestão das atividades e, inclusive, alguns ministram classes ao resto dos companheiros. Uma forma de organizar a convivência dentro das prisões que favorece a reinserção.⁴¹ Tal como ocorre com o centro Penitenciário de “Mansilla de las Mullas”, no Centro Penitenciário de Topas também foram criados “módulos de respeito”, que tivemos oportunidade de conhecer pessoalmente em visita àquele sistema prisional no ano de 2009. São módulos onde, efetivamente, a confiança nos presos é o lema de ordem. Eles próprios sentem a responsabilidade de administrar o cumprimento de suas penas, determinando os horários de trabalho, lazer, alimentação, enfim, são chamados a participar da administração prisional. Essa experiência de sucesso faz com que o preso se reintegre mais facilmente ao convívio em sociedade, pois que deixa de lado aquela condição de mero receptor de ordens para ser um corresponsável pelo destino de todos os presos que pertencem àquele pavilhão.⁴²

Como se vê, para os casos residuais em que a pena de prisão continua sendo a única alternativa legal, a forma de cumprimento dessa pena deve ser aprimorado de modo a se adequar o máximo possível ao fim ressocializador mínimo.

No entanto, cabe dizer que esse aprimoramento é essencial, porém a pena de prisão deve destinar-se apenas a esses casos residuais, tendo em vista que, ainda que todos os presídios fossem como o de Topas e Masillas, estar em liberdade será sempre melhor para o apenado e para cumprir a função ressocializadora.

Além disso, as penas restritivas de direitos, como se verá no próximo capítulo, podem atingir resultados muito positivos para o apenado e para sociedade, além de ter o custo bem inferior ao da manutenção de um condenado na prisão.

Dessa forma, fica claro que a pena privativa de liberdade ainda é um mal necessário, no entanto, para esses casos ainda residuais é de extrema necessidade que as prisões sejam aperfeiçoadas de modo a não exercerem seus efeitos criminógenos nos apenados, pelo contrário, que, a exemplo dos Centros Penitenciários aqui apresentados, possam representar

⁴¹ In Voice Magazine, Centro Penitenciário León, jun. 2009, p.5-6

⁴² GRECO, R. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 203

uma oportunidade de reinserção para os condenados, que sejam humanas, que dêem a oportunidade de mudança aos presos.

Por fim, cabe dizer que a crise da pena de prisão, do fracasso da pena privativa de liberdade, não se deve exclusivamente a má administração penitenciária, orçamentária, mas também a adoção por muitos países de uma política de um Direito Penal Máximo, em que os governos ao invés de cumprirem suas funções sociais, priorizando a diminuição das desigualdades, criando políticas públicas como forma de “controle social”, transferem para a ciência penal a difícil tarefa de exercer esse controle. Criam-se com isso leis excessivamente severas, superlotam presídios, criam o senso comum de que a pena deve vir sempre acompanhada de sofrimento. Sendo assim, a mudança nas prisões é sim de extrema necessidade, mas deve vir acompanhada de mudança na cultura criminal, e na aplicação sempre que possível das penas restritivas de direitos.

4 CAPÍTULO III – AS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Como se verificou nos capítulos anteriores, embora a pena privativa de liberdade tenha sido no passado um marco de humanização da sanção penal, presenciou-se o fracasso de seus objetivos pretendidos. Com isso, e com os crescentes movimentos acerca da incapacidade de cumprir com uma função ressocializadora mínima sobre o apenado, as penas alternativas ganharam maior relevância na ciência criminal e em alguns casos, quando é possível a sua aplicação, tem conseguido efeitos satisfatórios sobre os apenados.

A reprovação à pena de prisão teve seu início em 1882 no *Programa de Marburgo* de Von Liszt e, inicialmente, se dava somente em relação às penas de curta duração. As críticas mais abrangentes surgem na *União Internacional de Direito Penal* no Congresso de Bruxelas de 1889 e mais tarde, em 1937, o II Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Haia discutiu a necessidade de substituição da pena de prisão por alternativas.

Já em 1953, o I Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Genebra) previu regras mínimas para o tratamento de presos, que buscavam a recuperação do apenado.

Em 1990, através das chamadas Regras de Tóquio, a ONU criou Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, que tinha a finalidade de estabelecer meios mais eficazes de melhoria na prevenção da criminalidade e no tratamento dos delinquentes.

Uma das primeiras penas alternativas deu-se em 1926 na Rússia e foi a prestação de serviços à comunidade e mais tarde o Código Penal soviético previu o trabalho correcional como alternativa à pena de prisão.

A Inglaterra introduziu a pena de prisão de fim de semana em 1948 e a Alemanha em 1953, no entanto, somente para os infratores menores. A Bélgica trouxe o arresto de fim de semana para penas inferiores a um mês. Já o Principado de Mônaco previa a “execução fracionada”, que consistia na execução por detenções semanais.

O mais bem sucedido trabalho comunitário se deu na Inglaterra adotado desde 1972 e influenciou Austrália, Luxemburgo, Canadá, Dinamarca, Portugal e Brasil. Já o sistema Sueco, seguindo o entendimento dos efeitos nocivos de uma pena privativa de liberdade, prevê suspensão condicional da pena, liberdade à prova, e submetimento a tratamento especial e multa.

Nesse contexto, cabe dizer que as penas alternativas ou restritivas de direitos no Brasil foram concebidas inicialmente na Reforma Penal de 1984 (Lei 7.209/84) apenas em caráter

substitutivo, sendo elas a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana e em 1998 a Lei 9.714 introduziu a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Mais tarde em 1995 a Lei 9.099 as adotou em caráter alternativo e o Código de Trânsito Brasileiro adotou como pena principal para determinados crimes.

Hoje, propõe-se a aplicação dessas ditas penas alternativas quando possível e recomendável e o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade quando aquelas se mostrarem inviáveis, casos em que a pena a ser aplicada seja de longa duração e/ou o apenado apresente elevada periculosidade e aparente dificuldade de recuperação.

No entanto, apesar das otimistas reformas, a sua aplicação não tem sido como o esperado, seja por falta de uma política que permita a sua operacionalização, ou pela simples não aplicação dessas penas mesmo quando justas e necessárias, sob o argumento de não ter condições de fiscalizar a execução ou por falta de estrutura que atenda aos propósitos da pena.

Assim, para experimentarmos mais os efeitos positivos das penas alternativas, é necessária destinação orçamentária adequada, contratação de pessoas qualificadas para o auxílio e fiscalização da execução, construção de casas de albergado, criação de políticas públicas que possibilitem convênios com as entidades previstas no art. 46, §2º do Código Penal, etc.

4.1 Requisitos Para Aplicação Das Penas Alternativas

A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito está prevista no art. 59⁴³, IV do Código Penal e requer que a quantidade de pena a ser aplicada já esteja determinada antes de se analisar o cabimento ou não da pena alternativa.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

⁴³ BRASIL. Código Penal. Lei 7.209 de 11 de julho 1984. Altera o Decreto-Lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília. Art.59

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Como o próprio dispositivo estabelece, o juiz deverá analisar a opção mais adequada e justa para a reprovação do crime. Assim, determinada a quantidade final da pena não superior a quatro anos e sendo o crime culposo, o juiz deverá considerar desde já a possibilidade de substituição e somente não sendo possível passará à análise da possibilidade de suspensão condicional da pena do art. 77, III⁴⁴ do CP e 157 da LEP⁴⁵.

Assim, preenchidos os requisitos para substituição e sendo recomendável, esta é uma medida que se impõe, constituindo um direito subjetivo do condenado, conforme a seguir transcrito.

Direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito – A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos constitui direito subjetivo do réu que atenda aos requisitos legais dos incisos de I a III, do artigo 44, do Código Penal, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 9.714/98, de 25.11.1998.(TACRIMSP – Ap. 1113125/1 – Rel. Renato Nalini).

A pena alternativa terá a mesma duração da pena privativa de liberdade determinada na sentença e a liberalidade do juiz se dará somente para ponderar a medida alternativa mais adequada ao crime cometido e ao apenado.

Assim, as penas alternativas se submetem a alguns requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 44⁴⁶ do Código Penal, conforme se verá a seguir.

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

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

⁴⁴ BRASIL. Código Penal. Lei 7.209 de 11 de julho 1984. Altera o Decreto-Lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília.

⁴⁵ BRASIL. Lei 7.2010 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Art. 157

⁴⁶BRASIL. Código Penal.Redação dada pela Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998.Alterar dispositivos do Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília..Art.44

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

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

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

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

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

4.1.1 Requisitos objetivos

4.1.1.1 quantidade de pena aplicada

Para crimes cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos, tanto crimes culposos quanto dolosos podem ser substituídos por penas alternativas e para os crimes culposos independe a quantidade de pena cominada.

4.1.1.2 natureza do crime

Os crimes culposos são privilegiados, conforme se viu no item anterior, tendo em vista que para eles a substituição independe da quantidade de pena aplicada. No entanto, para penas superiores a um ano de prisão a substituição deve ser por uma restritiva de direito mais multa ou duas restritivas de direito.

Esse privilégio dos crimes culposos ocorre porque os seus autores não tiveram intenção de praticar fatos típicos, e os cometem por descuido. Por esta razão, não necessitam de uma pena de prisão, pois seria totalmente desarrazoado. No entanto, em casos em que a pena privativa de liberdade for a mais adequada ao caso, poderá ser aplicada.

Já para os crimes dolosos, há o limite de quatro anos, não podendo ser reincidente específico em crime doloso.

4.1.1.3 modalidade da execução do crime

Com a inclusão de crimes com pena de até quatro anos na lista daqueles que podem ser substituídos por penas alternativas, foi necessário que alguns requisitos fossem incluídos como a impossibilidade de substituição para crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, ainda que esteja dentro do limite de quatro anos, se for cometido com violência ou grave ameaça não poderá ser substituído por uma PRD.

No entanto, os crimes de lesão corporal leve dolosa do art. 129, constrangimento ilegal do art. 146, e ameaça do art. 147, dentre outros, embora sejam praticados com violência ou grave ameaça, se incluem entre os crimes de menor potencial ofensivo da Lei 9099/95⁴⁷, em que as penas restritivas de direito não são substitutivas e sim alternativas, e continuarão sendo analisados por esta Lei apesar do presente requisito, podendo, portanto, receber uma pena restritiva de direito.

4.1.2 Requisitos subjetivos

4.1.2.1 réu não reincidente em crime doloso

A redação dada pela Lei 9714/98⁴⁸ modificou o art. 44 do CP para determinar que somente a reincidência em crime doloso seja impedimento para a aplicação de uma pena restritiva de direito, ao contrário da redação anterior que impedia para casos de reincidência de modo geral.

⁴⁷ BRASIL. Lei n 9.099, de 26 set 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília

⁴⁸ BRASIL. Código Penal. Redação dada pela Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília.

No entanto, ainda em caso de reincidência em crime doloso, “em face de condenação anterior” a PRD poder ser “socialmente recomendável” e, portanto, o presente requisito não será aplicado.

Além disso, pela parte final do §3º do art.44 do Código Penal, apenas a reincidência específica constitui impeditivo absoluto da substituição da pena por uma restritiva de direitos.

Nesse sentido, importante ressaltar o entendimento trazido no Acórdão da 5ª Turma do STJ, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, publicado em 05.02.2014.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 14 DA LEI 10.826/2003). ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE PORTE COMPARTILHADO DE ARMA DE FOGO. CRIME COMUM. ADMISSIBILIDADE DO CONCURSO DE PESSOAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. O crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003 é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa.

2. Não se exigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo, não há dúvidas de que se admite o concurso de agentes no crime de porte ilegal de arma de fogo, não se revelando plausível o entendimento pelo qual apenas aquele que efetivamente porta a arma de fogo incorre nas penas do delito em comento.

3. Ainda que apenas um dos agentes esteja portando a arma de fogo, é possível que os demais tenham concorrido de qualquer forma para a prática delituosa, motivo pelo qual devem responder na medida de sua participação, nos termos do artigo 29 do Código Penal. Precedentes.

DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Não se vislumbra interesse de agir no que se refere à almejada redução da sanção imposta ao acusado, uma vez que no aresto objurgado sua pena-base foi fixada no mínimo legal.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM A

CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. **REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE OPEROU EM VIRTUDE DA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE ILÍCITO.** PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. COAÇÃO DEMONSTRADA.

1. **Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, perfeitamente possível a sua substituição por restritivas de direitos, mesmo aos reincidentes, quando essa condição não se der em virtude de prática de idêntico delito e a medida for suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência do § 3º do artigo 44 do Código Penal.**

2. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, **mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena** detentiva por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto e especialmente em se considerando que a reincidência se deu em delito em crime contra o patrimônio praticado no ano de 2005.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para substituir a reprimenda reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções. (HC 198.186/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014)⁴⁹

4.1.2.2 suficiência da substituição

O inciso III do referido art. 44 do CP prevê a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado e motivos e circunstâncias do fato como critérios de avaliação da suficiência da substituição.

Nesse sentido, importante trazer o entendimento consubstanciado no acórdão da 5ª Turma do STJ, publicado em 01.03.2013.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA RECLUSIVA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA A PESSOA.FIXAÇÃO DO MODO ABERTO DEVIDA EM RELAÇÃO AO PACIENTE E ALGUNS DOS CONDENADOS. PERMUTA SUFICIENTE E SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL QUANTO AO PACIENTE E ALGUNS DOS RÉUS. BENESSES NÃO RECOMENDADAS QUANTO A DOIS SENTENCIADOS.

1. A desfavorabilidade de apenas uma circunstância judicial, o fato de o paciente e alguns dos condenados serem primários e sem antecedentes criminais, são de molde a autorizar a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, justificando ainda a substituição da reclusiva por duas penas alternativas, **por ser socialmente recomendável, diante da suficiência da medida e das especificidades do caso concreto.**

Exegese dos arts. art. 33, § 2º, c, e § 3º, e 44, do CP.

2. A culpabilidade mais acentuada de dois dos condenados, somada às consequências do delito, impedem a concessão de quaisquer benefícios em

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 198.186. Constrangimento ilegal.Substituição da pena.Relator:Ministro Jorge Mussi, 17 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>

favor destes, **pois insuficientes para a prevenção e repressão do delito e socialmente não recomendáveis**. (HC 196.207/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013)⁵⁰

Aqui, percebe-se que o legislador preocupou-se com a finalidade preventiva especial da pena, com o intuito de impedir que o Estado se abstenha de cumprir essa finalidade, tendo em vista que com a ampliação do âmbito de crimes que podem ser substituídos pelas penas privativas de direitos, tem que se aumentar o rigor quanto a suficiência da substituição, pois estará substituindo crimes mais graves por privativas de direitos, mas deve-se se manter a finalidade da pena.

4.2 Outras Questões Relativas às Penas Restritivas de Direito

4.2.1 Execução simultânea

Quando a pena privativa de liberdade superior a um ano for substituída por duas restritivas de direitos, pela redação anterior deveriam ser executadas simultaneamente. No entanto, essa determinação não permaneceu na nova redação do art. 44.

Por isso, questiona-se a possibilidade de execução sucessiva das penas. Porém, esta dobraria de tempo, o que se mostra descabido. Assim, por coerência, imagina-se que as penas devem ser executadas simultaneamente, embora a nova redação tenha suprimido essa exigência.

4.2.2 Pena de multa isolada

A nova redação do art. 44 do CP ampliou a possibilidade de aplicação isolada de multa substitutiva para condenações de até um ano. Assim, percebe-se que a multa assume o caráter de pena alternativa de caráter substitutivo, embora não esteja elencada no art. 43.

Para pena superior a um ano, a multa deverá sempre ser cumulativa.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 198.186. Constrangimento ilegal. Suficiência da substituição. Relator: Ministro Jorge Mussi, 01 de março de 2013. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>>

4.2.3 Substituição das penas de até seis meses de prisão

Na nova redação, as penas de até seis meses de prisão não podem ser substituídas por prestação de serviços a comunidade, representando um retrocesso nas penas alternativas, tendo em vista que, embora o juiz a considere a medida mais adequada ao caso concreto, não poderá aplicá-la.

Além disso, a pena de prestação de serviço a comunidade quando executada de forma correta tem se mostrado bastante eficiente e mesmo assim não poderá ser aplicada para condenações de até seis meses.

4.2.4 Lei 11340/06 – Lei Maria da Penha

Para os crimes de violência contra a mulher previstos na referida lei, será possível a substituição por uma pena restritiva de direito para aqueles não superiores a quatro anos e desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP e as particularidades da lei e deve ser acompanhada, sempre que necessários, das medidas previstas nessa lei.

No entanto, o art. 17 da Lei Maria da Penha⁵¹ veda a possibilidade de a aplicação de pena de cesta básica ou outra prestação de pena pecuniária, bem como a substituição por pena multa isolada.

4.2.5 Lei 11343/06 – Lei Antidrogas

A referida lei⁵² prevê para o crime tipificado no seu art. 28 as seguintes medidas: I - *advertência sobre os efeitos das drogas*; II - *prestação de serviços à comunidade*; III - *medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*.

Estabelece ainda que

⁵¹ BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília.

⁵² BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Ainda acerca da Lei 11343/06, o STF declarou a inconstitucionalidade incidental dos arts. 33, §4º e 44 na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, conforme transcrito abaixo.

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e

suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)⁵³

4.3 Espécies de Penas Restritivas de Direitos

As espécies de penas restritivas de direito, que serão analisadas, estão previstas no art. 43 do Código Penal, conforme a seguir transcrito.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – VETADO

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>

4.3.1 Prestação pecuniária

Segundo o art. 45, §1, primeira parte, prestação pecuniária “*consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.*”

Já sua finalidade, segundo o mesmo dispositivo, é de reparar o dano causado pela infração penal, tendo em vista que o valor pago deverá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Assim, o montante da condenação será destinado à vítima ou a seus dependentes, conforme determina o dispositivo. Somente terá outra destinação em caso de não haver dano a reparar ou na ausência da vítima imediata ou de dependentes, casos em que o montante irá para entidade pública ou privada com destinação social. Isso porque a pena em análise tem como finalidade última a indenização da vítima.

Cabe salientar ainda que o dispositivo excluiu os sucessores da vítima, alcançando somente os dependentes desta na sua ausência.

4.3.2 Perdas de bens e valores

A presente pena restritiva de direito representa, na verdade, um retrocesso na ciência penal. Isso porque a perda de bens e valores nada mais é do que a possibilidade da pena de confisco, que significa a perda ou privação de bens particulares em favor do Estado.

Assim, essa medida é automática à condenação, quando imposta, mesmo tratando-se de crime culposos, no entanto, restringe-se aos crimes, sendo inviável a interpretação extensiva para englobar as contravenções penais.

Há ainda que se fazer a distinção entre o confisco efeito da pena, previsto no art. 240, §1, do CPP e confisco pena, que é a medida alternativa ora analisada. Assim, o art. 240 determina a apreensão dos instrumentos utilizados na prática do crime. Todavia, restringe aos instrumentos cujo *fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*, em uma tentativa clara de se evitar o confisco pena.

Fica claro, portanto, que o confisco pena não se destina a esses instrumentos, mas ao próprio patrimônio do condenado. Ainda o confisco efeito destina-se à União, como receita não tributária e o confisco pena destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional.

Apesar de representar um retrocesso, ao menos o “confisco” ou perda de bens e valores apresenta limites, sendo eles estabelecidos pelo maior valor entre o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido com a prática do crime e; a limitação em razão da quantidade de pena aplicada, tendo em vista que essa medida só pode ser aplicada para condenações não superiores a quatro anos e preenchidos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade.

Por fim, cabe dizer que outras legislações podem não destinar esse confisco ao Fundo Penitenciário Nacional, a exemplo do art. 243 da Constituição e o art. 34 da Lei 6368/76. Além disso, a Lei 9268/96 vedou a possibilidade de conversão em pena de prisão por falta de pagamento.

4.3.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Conforme determina o §1º do art. 46 do Código Penal *a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado*, que devem ser executadas em *entidades assistenciais, hospitais, escolas orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais* (§2º do art. 46).

Por *outros estabelecimentos congêneres* compreendem-se instituições filantrópicas, de utilidade pública, ou comunitária que poderão ser conveniadas e credenciadas para participar desse programa.

Além disso, o Código Penal cuidou de estabelecer em seu art. 46, §3º que *as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho*.

É o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários.

Os arts. 149 e 150 da Lei de Execução Penal regulamentam a sua execução determinando que caberá ao juiz da execução estabelecer a entidade em que a prestação de serviço será desenvolvida e esta deverá encaminhar mensalmente um relatório das atividades do apenado.

Também poderá alterar as condições da execução, como horário e local de cumprimento. No entanto, como compete ao juiz sentenciante determinar o tipo de pena alternativa, o juiz da execução não poderá alterá-lo no curso da execução.

Cabe dizer também que o intuito de fixar o cumprimento da execução em horário diverso da atividade laboral do apenado visa a sua reintegração social, tendo em vista que é de suma importância que este continue normalmente as suas atividades para que a pena atinja seus objetivos ressocializadores.

O §4º também do art. 46 c/c art. 55 do CP prevê a possibilidade de cumprimento em menor tempo daquele determinado em sentença para condenações superior a um ano, mas não podendo reduzir-se a menos da metade da pena privativa de liberdade.

A Lei 9714/98 alterou o regime de cumprimento de oito horas semanais para *a razão de uma hora de tarefa por dia de condenação*, que não só facilitou a fiscalização da execução, como também representou uma vantagem para o apenado, pois facilitou que este consiga cumprir a pena em menor tempo, conforme permite o §4º do art. 46.

Cabe ressaltar aqui que o caráter pedagógico da medida em evidência ocorre na medida em que o apenado deve cumpri-la durante o período de seu descanso, não afetando suas atividades laborais. Além disso, o fato de prestar uma atividade comunitária, filantrópica traz, na maior parte das vezes, uma consequência positiva para o apenado, que se sente útil, trazendo o reconhecimento pelo trabalho empreendido.

Some-se a isso que a prestação de serviço à comunidade, ao mesmo tempo em que cumpre o poder punitivo que a prática de um crime pressupõe, mantém o convívio familiar, laboral, não retira o apenado de sua normalidade permitindo que possa se cumprir o caráter ressocializador mínimo. Além disso, o contato com a comunidade de forma positiva e colaborativa contribui para que cada vez mais diminua a ideia de que o condenado deva sofrer com a pena e facilita a diminuir a distância entre o apenado e a sociedade, reduzindo a ideia de que a pena privativa de liberdade seja o meio mais eficaz de combate a criminalidade.

No entanto, importante dizer que a pena alternativa em questão enfrenta problemas de operacionalização, tais como local para cumprimento, formas de fiscalização, já que, se não houver o efetivo cumprimento, a aplicação da mesma não se justifica, uma vez que não produzirá seus efeitos.

Porto Alegre e São José dos Campos são exemplos positivos da aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade e tem obtidos excelentes resultados que devem ser seguidos.

4.3.4 Interdição temporária de direitos

Essa medida, diferentemente das demais, não é genérica e destina-se a crimes específicos, tendo grande função preventiva especial, já que retira o apenado do meio em que o crime foi praticado evitando-se, pelo menos durante o período de cumprimento, a reiteração delitiva.

Percebe-se presente também a função preventiva geral ao inibir a interferência negativa do apenado em determinadas funções e profissões.

A pena em análise está regulamentada no art. 47 do Código Penal e 154 e 155 da LEP, conforme abaixo.

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

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

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

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

IV - proibição de frequentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Art. 154. Caberá ao Juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado.

§ 1º Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

§ 2º Nas hipóteses do artigo 47, incisos II e III, do Código Penal, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado.

Art. 155. A autoridade deverá comunicar imediatamente ao Juiz da execução o descumprimento da pena.

Parágrafo único. A comunicação prevista neste artigo poderá ser feita por qualquer prejudicado.

As interdições estabelecidas nos incisos I e II do art. 47 do CP exigem que a infração seja cometida com abuso ou violação de deveres inerentes ao cargo, função, profissão, atividade e ofício e deve estar diretamente ligada ao mau uso do direito a ser interditado, conforme art. 56 do referido código.

Assim, como são medidas que se inserem no âmbito laboral do apenado, tem grande repercussão econômica, mas de efeitos menos graves que a pena privativa de liberdade.

Cabe ressaltar também, que tais medidas são independentes e não se confundem com os efeitos da condenação previstos no art. 92 do CP e, por isso, nada impede que eles se imponham.

Tais medidas são: proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício, que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares, que serão a seguir tratados.

4.3.4.1 proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo

Estão sujeitos a essa medida aqueles que sejam funcionários públicos, nos termos do art. 327 do Código Penal e que estejam no exercício efetivo do cargo e é indispensável que o crime seja praticado com violação dos deveres inerentes a ele. No entanto, não se faz necessário que constitua crime contra a Administração Pública.

Assim, a sanção será temporária pelo tempo da condenação e terá seu início no período de vinte e quatro horas após a ciência da autoridade superior, que deverá baixar ato administrativo, conforme art. 154, §1º da LEP.

Por fim, a restrição do exercício de mandato eletivo será uma suspensão parcial desse direito e não a perda do mandato eletivo, não se confundindo com um eventual efeito da condenação, como prevê o art. 92, I do CP.

4.3.4.2 proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público

Sujeitam-se a essa pena restritiva de direito aqueles profissionais cuja profissão exija habilitação específica ou autorização do Poder Público e que pratiquem uma infração com infringência aos deveres que lhe são inerentes, preenchidos os demais requisitos para a substituição.

Por fim, há que se esclarecer que a referida restrição só poderá englobar a atividade na qual houve o abuso de profissão e não todas as atividades laborais que eventualmente possa ter o apenado.

4.3.4.3 suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

Aplica-se aos crimes culposos de trânsito como pena substitutiva à pena privativa de liberdade ao contrário do que faz o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê como pena principal a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação, conforme art. 302 e 303 do CTB.

Há, portanto, distinção entre os dois diplomas tanto em relação em ser principal ou substitutiva quanto em relação à previsão de *autorização* do Código Penal e de Código de Trânsito que prevê a *permissão*, que seria habilitação para dirigir veículo ciclomotor, nos termos do art. 141 do CTB.

Assim, por óbvio, em caso de cominação de suspensão da habilitação pelo CTB, não subsistirá a alternativa de substituição do CP, restando somente como alternativa de substituição a suspensão de autorização.

O início do cumprimento se dará com a apreensão dos documentos, conforme o art. 154, §2º da LEP.

Assim, verifica-se que, ao determinar tal medida, neutraliza-se o infrator evitando a reincidência, bem como protege a integridade física daqueles que poderiam ser vítimas da conduta do apenado além de, em tese, ser uma sanção que o leva a refletir sobre a sua conduta no trânsito e retornar de forma mais cautelosa.

4.3.4.4 proibição de frequentar determinados lugares

Os lugares abrangidos pela restrição ora em análise são aqueles do cometimento do crime, e não quaisquer outros locais que sejam habituais do apenado, por trabalho, lazer ou qualquer outro motivo.

A justificação da medida se faz em razão do referido lugar objeto da restrição exercer aparentemente efeitos criminógenos no apenado, deve, portanto, ser relevante para o cometimento do crime e terá tempo de duração igual ao da pena cominada, conforme art. 55 do CP e poderá ser convertida caso haja descumprimento injustificado.

Dessa forma, verifica-se que a medida em debate somente deve ser aplicada à infratores não ocasionais que cometeram crimes diretamente ligados ao local de consumação e que, por essa razão, possa vir a reincidir caso retorne.

Para boa parte da doutrina tal medida representa verdadeira pena restritiva de liberdade e não restritiva de direito como é classificada e, por isso, tem recebido severas

críticas, seja pelo caráter de privação de liberdade, seja pela dificuldade de fiscalização que acaba gerando não só a impunidade, como também a reincidência.

4.3.5 Limitação de final de semana

Com o intuito de promover a sanção penal sem prejudicar a relação familiar e laboral e de modo que possa ser cumprida nos dias que seriam destinados ao descanso, a limitação de final de semana consiste em permanecer aos sábados e domingos por cinco horas diárias em casa de albergado, ou em estabelecimento adequado, podendo ser oferecidas atividades educativas.

A fiscalização do cumprimento será exercida pelo patronato, conforme o art. 79, I e II e 153 da LEP. E a finalidade dessa medida além de evitar que os efeitos nocivos da pena privativa de liberdade sejam exercidos no apenado, permite que a sua família não sofra os efeitos econômicos e sociais daquela pena.

Com a previsão da possibilidade de atividades educativas durante o período de cumprimento da pena, permite-se que o caráter ressocializador mínimo da pena possa ser mais efetivo.

No entanto, embora a medida em análise na teoria seja louvável, é de difícil aplicação pela ausência de estabelecimentos aptos para sua execução, embora a Reforma de 1984 tenha concedido o prazo de um ano para que a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomassem as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direito.

Cabe dizer que as referidas casas de albergados devem situar-se em centros urbanos, separados dos demais estabelecimentos e deve *caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga* (art.94 da LEP).

Dessa forma, com a ausência desses estabelecimentos, essa medida que, poderia trazer bons resultados, pouco é aplicada pelos juízes por falta de condições para seu cumprimento.

4.4 Efeitos das Penas Restritivas de Direito

Além de evitar que a pena de prisão exerça seus efeitos nocivos sobre condenados, essas medidas ainda oferecem uma série de benefícios para a sociedade.

Pode-se listar como um desses benefícios, de caráter prático, da boa aplicação das medidas alternativas o baixo custo em relação às prisões. Isso porque, é muito mais barato para o Estado criar infraestrutura para o cumprimento dessas medidas do que criar vagas em

presídios, ou, o que seria desejável, criar presídios nos moldes defendidos no capítulo anterior.

A própria manutenção do sistema de cumprimento de penas restritivas de direito é mais barato do que nos presídios. Por isso, a contínua ausência de infraestrutura ou até da estrutura como ocorre com as casas de albergado, não se justifica pela já existência de uma estrutura penitenciária.

Cabe dizer também, que se as penas alternativas forem capazes de reduzir a reincidência, a longo prazo, como apresentam ser, representará uma grande vantagem para a sociedade, além é claro, da diminuição da criminalidade, o que não ocorre com a aplicação de penas privativas de liberdade. Segundo pesquisa que consta no *site* do Ministério da Justiça⁵⁴, que analisou a evolução das medidas alternativas e a reincidência até 2009, é de 70 a 85% a reincidência entre aqueles que cumpriram pena privativa de liberdade e de 2 a 12% entre os que cumpriram uma medida alternativa.

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	0 - 4	10 Varas Especializadas 213 Centrais/ Núcleos	237.945	63.457	301.402	401.236

⁵⁴ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

	10.826/03						
	11.340/06						
	11.343/06						
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
2008	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)

Com relação à pena de prestação de serviços à comunidade, há ainda um relevante aspecto social a ser destacado, posto que a sociedade enxerga a ação do apenado como resposta positiva ao dano causado e mais produtiva do que se ele estivesse na cadeia, já que está prestando um serviço gratuito. Frisa-se que a mudança da sociedade em relação aos condenados é de suma importante para uma mudança no sistema penal, que, atualmente, é defensor de um direito penal máximo e a maior aplicação dessa medida poderia contribuir para essa aproximação entre sociedade e apenado. Evita-se com isso o estigma criado pela prisão.

Assim, os efeitos positivos não são obtidos somente pelos apenados como também pela sociedade em geral. No entanto, cabe dizer que ainda há doutrinadores, como Damásio de Jesus, que ressaltam os efeitos negativos, como, por exemplo, não representar nenhum aspecto intimidativo, bem como não representar uma sanção e sim simples forma de controle.

Todavia, as penas restritivas de direito se aplicadas de forma correta são capazes de cumprir com seus objetivos, quais sejam, preventivo especial, preventivo geral e retributivo, conforme já demonstrado.

Além disso, essas penas ditas alternativas são substitutivas de uma privativa de liberdade, razão pela qual a sua não aplicação não deve ser justificada no temor de impunidade, já que podem ser convertidas em privativa de liberdade por descumprimento injustificado, devendo, no entanto, o condenado ser ouvido previamente, conforme entendimento jurisprudencial trazido abaixo.

Habeas Corpus. Direito Processual Penal. Pena restritiva de direitos. Descumprimento. Revelia. Conversão. Oitiva do condenado. Direito à ampla defesa e contraditório. A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade substituída, sem a oitiva do condenado, infringe o seu direito de defesa e de contraditório. A revelia da executada equivale ao descumprimento da pena restritiva de direitos no que concerne à necessidade de prévia intimação da defesa para justificação. Estatui o § 4º do artigo 44 do Código Penal que "A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta". Necessária, portanto, a audiência prévia da defesa, oportunizando-lhe a justificação. Ordem concedida, para anular a conversão, devendo o pedido do "Parquet" ser apreciado novamente, após audiência prévia de justificação da defesa". (STJ – HC 31682 RJ 2003/0204408-0 – Rel. Min. Paulo Medina - DJ 15.03.2004).

Dessa forma, como consequência desses efeitos positivos, o índice de reincidência nos apenados que tiveram suas penas substituídas por uma restritiva de direitos é infinitamente menor.

Cabe dizer, por fim, que o presente trabalho não defende o fim da pena privativa de liberdade, mas que esta seja reduzida a casos específicos, para crimes e autores de alta periculosidade, em que os próprios requisitos não permitiriam a substituição.

Entretanto, para esses casos, defende-se a necessidade de uma reforma no sistema penitenciário nos moldes apresentados no capítulo anterior, a exemplo do presídio de Topas, na Espanha. E, embora se defenda amplamente a adoção das penas restritivas de direito,

admite-se a necessidade de aprimoramento do sistema, bem como investimento que permita a sua correta execução.

4.5 Medidas Cautelares Diversas da Prisão

A Lei 12.403/2011 trouxe uma série de alterações para as prisões cautelares e liberdade provisória, introduzindo alternativas ao cárcere no art. 319 do Código Penal, assumindo natureza cautelar toda prisão anterior ao trânsito julgado.

Essas medidas cautelares, diversamente da legislação anterior, poderão ser determinadas independentes de anterior prisão em flagrante, conforme art. 282, §2º do Código de Processo Penal. Cabe dizer que antes a liberdade provisória só poderia ser concedida ao réu preso em flagrante.

Além disso, essas medidas poderão substituir a prisão em flagrante quando não for recomendável a prisão preventiva. No entanto, caso essa outra medida seja descumprida injustificadamente, a prisão preventiva poderá ser decretada, preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, conforme acórdão do STJ transcrito abaixo.

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO. SIMULAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. A decretação ou a manutenção da prisão processual depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso o Julgador deve consignar, expressamente, circunstâncias concretas de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

2. Não tem base empírica idônea o decreto prisional em que o Magistrado limita-se tão somente a indicar a gravidade abstrata do delito e elementos que não extravasam a violência ínsita ao tipo penal (no caso, o fato de que o roubo foi praticado em estabelecimento comercial mediante simulação de porte de arma de fogo), sem ressaltar a necessidade real da medida excepcional.

3. Recurso provido, para revogar o decreto prisional ora questionado, ressalvada, entretanto, a eventual adoção de medidas cautelares diversas da prisão - o que deverá ser deliberado imediatamente pelo Juízo Processante, antes que se proceda a soltura do Recorrente.

(RHC 45.378/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014)

Para a prisão preventiva decretada autonomamente, deverá preencher os requisitos do art. 313 e 312 do CPP e somente será aplicada à penas superior a quatro anos, conforme art. 313, I do CPP e ressalvadas as hipóteses do próprio art. 313 e do art. 20 da Lei Maria da Penha.

Também nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada quando a infração cominada na investigação ou no processo não prever pena privativa de liberdade, conforme art. 283,§1º CPP, e, do mesmo modo, não será cabível para crimes em que seja admitida a transação penal, e em casos em que tenha sido proposto ou aceito a suspensão condicional do processo.

Para os crimes culposos, pelo princípio da proporcionalidade, não seria admitida. No entanto, casos em que se vislumbre a aplicação ao final do processo de uma pena privativa de liberdade, de acordo com as condições pessoais do acusado, poderão ser aplicadas as cautelares dos arts. 319 e 320 do CPP.

Por fim, em caso de concurso de crimes, se a somatória das penas superar quatro anos, caberá prisão preventiva de caráter autônomo.

Dito isso, cabe dizer que as medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319 do CPP, transcrito abaixo.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Além disso, devem se submeter à regra do art. 282 do CPP.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Já em caso de decretação de prisão como medida cautelar, deverá observar as regras do art. 283 CPP.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

4.5.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

O juiz determinará a periodicidade do comparecimento levando em consideração as condições pessoais do agente, bem como da gravidade do fato.

Cabe dizer que o comparecimento periódico necessário à suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei 9.909/95 é consequência da medida e não se confunde com a presente medida cautelar pessoal.

Além disso, a letra da lei que determina comparecimento para *informar e justificar atividades* não significa que aquele não possui uma atividade laboral deva ser punido pela não possibilidade de aplicação e, conseqüente, decretação de medida mais gravosa.

Por fim, para Pacelli ainda que o acusado resida fora da sede do juízo, poderá ser imposta essa medida. Ocorre que, nesse caso, o juiz responsável pela fiscalização do cumprimento será o do local da residência do réu.⁵⁵

4.5.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

Essa medida cautelar se assemelha à pena alternativa do art. 47, inciso IV do CP inclusive na dificuldade de fiscalização. No entanto, havendo meios – há quem defenda inclusive a aplicação cumulativa da medida de monitoramento eletrônico para viabilizá-la, deverá ser aplicada para que evite uma medida mais gravosa.

4.5.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Essa medida é muito semelhante à anterior quanto ao seu fundamento, embora aqui se queira proteger a vítima, seus familiares ou testemunhas, que sejam importantes para a investigação ou processo e que de alguma forma seja prejudicada com o contato.

4.5.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação;

Para a doutrina essa medida tem pouca aplicação sob tais finalidades, no entanto, defende-se que, como é menos gravoso que se determine essa medida do que a do inciso I

⁵⁵ PACELLI, Eugênio . Curso de processo penal. 16ª. ed. V.1 São Paulo: Editora Atlas, 2012.p505

para garantir a aplicação da lei penal, embora não seja essa a finalidade determinada na lei, deveria admiti-la sob o fundamento de ser menos gravosa e em tese ter o mesmo efeito.⁵⁶

4.5.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Essa cautelar, diferentemente das demais, não determina sua finalidade, se para garantir a aplicação da lei penal, ou garantia da ordem pública, garantia da instrução criminal. Assim, imagina-se que sua melhor aplicação seja como medida anterior à preventiva, que somente seria aplicada em caso de descumprimento dessa ou em substituição à prisão em flagrante.

4.5.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

Essa medida se justifica na prevenção da prática de novas infrações penais por utilizar a circunstância de ser servidor público ou exercer atividade econômico-financeiro.

No entanto, a doutrina esclarece que também poderá ser aplicada sob o fundado receio de destruição de provas e, portanto, para conveniência da instrução por ser, novamente, menos gravosa que a prisão preventiva.

Cabe dizer ainda que função pública compreende todas aquelas exercidas junto à Administração Pública, cargos públicos, mandatos eletivos, por autorização ou por delegação do Poder Público ou no âmbito das empresas públicas. E atividades econômico-financeiras, de modo geral, compreendem atividades desenvolvidas por bancos, comerciais ou não, instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro e o simples desempenho de atividade de natureza econômica.

4.5.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

⁵⁶ **PACELLI, Eugênio** . Curso de processo penal. 16a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. v. 1.p.505

Essa medida exige indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes cometidos com violência ou grave ameaça e que apresente risco de reiteração que somente serão aferidos por meio de perícia e não por deliberalidade do juiz.

4.5.8 Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Trata-se de medida de cunho patrimonial, na qual se exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição (art. 330, CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, a evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VII, CPP)⁵⁷.

Cabe dizer ainda que, embora a lei não a preveja, ela poderá ser prestada desde a prisão em flagrante. E para Pacelli, a fiança é espécie de liberdade provisória, substitutiva da prisão em flagrante. E sustenta ainda que, como não há vedação à sua imposição autônoma, seria possível.⁵⁸

4.5.9 Monitoração eletrônica.

Essa medida vem como mais uma alternativa à prisão provisória e foi introduzida pela primeira vez na Lei 12.258/2010 como incidente de execução da pena. No entanto, sua execução ainda é de difícil aplicação e é regulamentada pelo Decreto 7.627/2011, que, todavia, não esclarece os meios técnicos de execução da medida.

Mesmo assim, tal medida deve obedecer a limites que impeçam violação ao princípio da dignidade humana. Assim, Pacelli afirma que

Trata-se de medida efetivamente excepcional, cuja aplicabilidade, em princípio, deveria contar com a adesão do monitorado, tal como ocorre nos países em que ele é utilizado. Aplica-se o monitoramento a presos já condenados é uma coisa, tendo em vista a comprovação efetiva do cárcere substitutivo da cautelar, como alternativa à prisão já imposta; outra, é valer-se da providência para fins cautelares como agora previsto na Lei 12.403/2011.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio . Curso de processo penal. 16a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. v. 1.p 508

⁵⁸ PACELLI, Eugênio . Curso de processo penal. 16a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. v. 1.p 509

E continua: Pensamos que o monitoramento eletrônico não deverá ser aplicado isoladamente, mas como garantia de cumprimento de outras cautelares que, pela natureza, demandem um grau mais sofisticado de fiscalização. É o caso do recolhimento domiciliar (art. 319, V) e da proibição de acesso a determinados lugares (art. 319, II)⁵⁹.

Isso porque a simples colocação do aparelho destinado à monitorar, já causa constrangimento já que sinaliza tratar-se de uma pessoa que de monitoramento 24 horas por dia, daí a necessidade de adesão do acusado.

Assim, quando representar uma efetiva alternativa ao cárcere, essa medida deve ser considerada, desde que haja concordância do investigado ou acusado e com ausência dela em casos em que o monitoramento seja feito por equipamento que não fique junto ao corpo, como é possível, por exemplo, quando for medida cumulativa ao recolhimento domiciliar.

Por fim, cabe dizer que, embora não esteja elencado no art. 319 do CPP, a proibição de ausentar-se do país, previsto no art. 320 também representa uma alternativa à prisão provisória.

4.6 As Medidas Despenalizadoras Da Lei 9.099/95

As infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099) poderão receber como resposta penal uma das medidas despenalizadoras do art. 89 da mesma lei. Ou seja, contravenções penais e crimes, cuja pena não ultrapasse dois anos poderão ser beneficiados pela composição civil dos danos, representação, transação penal ou suspensão condicional do processo.

As três primeiras medidas serão propostas já na audiência preliminar, quando ainda não há processo, e a suspensão condicional do processo é medida proposta já com o processo em curso.

4.6.1 Composição dos danos civis

Essa medida, prevista no art. 72 da Lei 9.099/95, tem por objetivo que a vítima tenha seu prejuízo reparado pelo suposto autor, desde já e que, aceita pelas partes, representa a renúncia ao direito de queixa ou representação e, portanto, implica na extinção da punibilidade.

⁵⁹ **PACELLI, Eugênio** . Curso de processo penal. 16a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. v. 1,p510-511

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Assim, homologada a sentença, a perda do direito de representação ou queixa se torna irrecorrível, conforme §1º do art. 74 da lei e torna-se título executivo (art. 74, *caput*), restando, no entanto, a possibilidade de ação anulatória do art. 486 do Código de Processo Civil e de embargos de declaração do art. 83, §3º da Lei dos Juizados Especiais.

Por fim, caso o ofensor não tenha condições de arcar com a totalidade dos danos, e não se contente a vítima com uma reparação simbólica, caberá ao juiz e/ou conciliador buscar alternativas.

4.6.2 Representação

Não sendo possível a composição civil dos danos, o ofendido terá direito de oferecer representação, nos termos do art. 75.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

No entanto, a vítima não necessita exercer esse direito já na audiência preliminar, pois terá o prazo legal de seis meses do art. 103 do Código Penal e, portanto, não representará decadência do seu direito de representação caso não o exerça de imediato.

Exercido imediatamente o direito à representação, a audiência irá prosseguir nos termos do art. 76 da Lei 9.099.

4.6.3 Transação penal

Essa medida tem a finalidade de reparar os danos sofridos pelo ofendido por meio de uma pena alternativa, que será proposta pelo Ministério Público e poderá ser aceita pelo autor do fato. Entretanto, para parte da doutrina, essa aceitação implica em assumir a culpa sem passar pelo procedimento, já que não existe pena sem culpa, e não poderá ser rediscutida ressalvada a hipótese de revisão criminal.

No entanto, para fins penais, a aceitação não acarretará em reincidência, nem de anotação de antecedentes, só para fins de vedar nova aplicação de transação penal (art. 76) no prazo de cinco anos. Além disso, o art. 5º LVII da Constituição Federal determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Nesse sentido, importante trazer o entendimento consubstanciado no acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. **MAJORAÇÃO COM BASE EM ANTERIOR TRANSAÇÃO PENAL**. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUSTIFICADORA DO AUMENTO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO CABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO WRIT. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. LIVRAMENTO CONDICIONAL CONCEDIDO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. É ilegal o aumento implementado à pena-base, a título de maus antecedentes, com fundamento em registro decorrente da aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, pois tal anotação não serve para gerar reincidência nem mesmo para configurar antecedente criminal, conforme preceitua o art. 76, §§ 4.º e 6.º, da Lei n.º 9.099/95.

[...]

8. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, a fim de reduzir a pena-base do Paciente para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal, que se torna definitiva, à míngua de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição de pena.

(HC 193.681/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013)

Além disso, parte da doutrina entende que a transação penal constitui direito do suposto autor do fato e, não tendo o Ministério Público oferecido, o juiz deverá fazê-lo. No entanto, Cezar Roberto Bitencourt⁶⁰, Ada Pellegrini⁶¹ e a Comissão Nacional da Escola da

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 105.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154.

Magistratura entendem que, como ainda não há processo, o juiz não poderia fazê-lo. Somente nos casos dos arts. 79 e 89, em que o direito de ação já teria sido exercido

Por fim, a aceitação da transação penal e o cumprimento da obrigação acarretarão a extinção da punibilidade.

4.6.4 Suspensão condicional do processo

Como dito anteriormente, essa medida ocorre com o processo já instaurado, assim, para crimes com pena mínima de até um ano, o Ministério Público ao oferecer a denúncia poderá oferecer a suspensão condicional do processo, preenchido os requisitos, conforme art. 89 da Lei 9.099.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Aceita a proposta pelo autor do fato, o processo ficará suspenso e o autor estará sujeito a um período de prova, que se cumprido nos moldes determinados, extinguirá a punibilidade, evitando-se assim o processo e eventual condenação.

Esse período de prova compreende um lapso de tempo de dois a quatro anos em que o agente deverá cumprir as determinações do juiz. O descumprimento injustificado acarreta a

revogação da suspensão condicional do processo. No entanto, como essa revogação representa uma medida gravosa ao agente, a 5ª Turma do STJ assim decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. COMPARECIMENTO MENSAL EM JUÍZO. HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO FACULTATIVA. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O descumprimento da condição referente ao comparecimento mensal em juízo é hipótese de **revogação facultativa** da suspensão condicional do processo.

2. **Ao não decidir pela revogação da benesse, apenas prorrogando o período de prova, o Juízo Federal atuou de forma mais favorável ao acusado**, pelo que não há que se falar em constrangimento ilegal passível de ser reparado por esta Corte Superior de Justiça. Precedente.

3. A prorrogação do período de prova por 2 (dois) meses, equivalente a mais um comparecimento pessoal em juízo, não caracteriza medida desproporcional ou injusta, já que corresponde exatamente condição descumprida.

4. Recurso improvido.

(RHC41.168/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 23/04/2014)

Destaca-se ainda que os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo são: inexistência de processo em curso; inexistência de condenação anterior por crime; presença dos demais requisitos do art. 77 do CP, quais sejam, que o condenado não seja reincidente em crime doloso, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício.

Com relação ao primeiro requisito, cabe dizer que parte da doutrina o entende como inconstitucional, haja vista que, pelo princípio da presunção de inocência, a simples existência de um processo em curso não deveria representar óbice à aplicação dessa medida.

Além disso, somente condenação anterior por crime impede a suspensão condicional do processo, para condenações por contravenções penais subsiste a possibilidade.

Cumprido o período de prova ocorrerá a extinção da punibilidade no último dia, determinada pelo juiz por uma sentença declaratória.

5 CONCLUSÃO

As medidas alternativas à pena privativa de liberdade sempre que possível devem ser aplicadas para impedir os efeitos nocivos que a prisão causa não só no condenado, como também na sociedade.

Além disso, a boa aplicação dessas medidas pode, além de evitar esses efeitos, proporcionar resultados positivos na vida do apenado, com o desenvolvimento de atividades filantrópicas, com a aprendizagem de um ofício durante o cumprimento e, com isso, a possibilidade de não reincidência, já comprovadamente menor se comparados com aqueles que cumprem pena de prisão, que atua inclusive como fator criminógeno.

A esse respeito, cabe dizer ainda que, embora a reincidência seja infinitamente maior naqueles que cumprem uma pena privativa de liberdade, ela vem sendo usada como argumento para o encarceramento e para adoção de penas excessivas. O que é de todo contraditório, tendo em vista que o Código Penal prevê como medida alternativa a proibição de frequentar determinados locais, quando estes influenciam o acusado para a prática do crime (fator criminógeno). Ora, a lógica deveria ser a mesma para a pena de prisão, para ser afastada sempre que possível para evitar esses efeitos criminógenos produzidos por ela.

Além disso, as medidas alternativas contribuem ainda para a mudança de pensamento da sociedade de uma ideia de adoção máxima do direito penal, que implica não só em penas excessivas como também no senso comum de que a execução de uma pena deve vir acompanhada de sofrimento, para um pensamento de que é mais vantajoso para o apenado e, conseqüentemente, para a sociedade que aquele tenha meios alternativos para cumprir uma sanção penal.

No mesmo sentido, se defendemos sempre que possível a adoção dessas medidas, seria desproporcional que se permitisse, de qualquer modo sem prever alternativas, a prisão antes do trânsito em julgado. Por isso, também há que se primar pelas medidas cautelares diversas da prisão, evitando-se, sempre que possível, que a privação de liberdade cause seus efeitos naquelas pessoas que nem sabemos se serão condenadas.

Já medidas da Lei 9.099/95 representam uma alternativa para crimes de menor potencial ofensivo, que não descriminaliza a conduta, mas evita que haja burocracia e constrangimento desnecessário de um processo, ou que uma pena de prisão de curta duração seja aplicada.

Dessa forma, sabendo que a pena de prisão não cumpre com a finalidade ressocializadora mínima, as medidas alternativas e despenalizadoras, seguindo uma tendência

mundial, devem ser cada vez mais aprimoradas e aplicadas no Brasil, reservando para as penas de prisão casos residuais e, que ainda assim, sejam aprimoradas suficientemente para, ao menos, diminuir os seus efeitos nocivos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, C. R.** . TRATADO DE DIREITO PENAL, PARTE GERAL, VOLUME 1. 15ª. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010. v. 05. 853p .
- BITENCOURT, C. R.** . Falência da Pena de Prisão. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 396p .
- BITENCOURT, C. R.** . Juizados Especiais Criminais e Alternativas À Pena de Prisão. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 312p .
- BITENCOURT, C. R.** . Penas alternativas. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 293p.
- GRECO, R.** . Curso de Direito Penal Parte Geral Vol. I. 13. ed. Niterói: Editora Impetus Ltda, 2002. v. 1. 816p .
- GRECO, R.** . Código Penal Comentado. 5. ed. Niteroi: Editora Impetus Ltda, 2008. v. 1. 1136p .
- GRECO, R.** . Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo, Editora Saraiva, 2013. 486p.
- BARATTA, Alessandro.** Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BECCARIA, Cesare.** Dos delitos e das penas. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.
- FOUCAULT, Michel.** Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda.** Determinação da pena privativa de liberdade: circunstâncias judiciais subjetivas. 2010. 26 f. Trabalho de Conclusão de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP
- JESUS, D. E.** Direito penal – parte geral, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.** *Manual de Direito penal brasileiro –V.1* , São Paulo: Editora Saraiva. 2009
- ROXIN, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 1ª Ed. São Paulo: Veja, 1986.
- BEMFICA, Márcio Vani** Da pena de prisão à pena sem prisão no Direito Penal Brasileiro” - FADIVA – Revista Jurídica – 200. P. 13
- Claus Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, Revista de Direito Penal, 11-12/17, Rio de Janeiro, 1974
- PACELLI, Eugênio** . Curso de processo penal. 16a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. v. 1. 979p .

GRINOVER, Ada Pellegrini.et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005