

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DE MARABÁ – PA
COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

**A IMPORTÂNCIA E A APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS
SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MODERNO**

ELTON MARQUES DA SILVA

Marabá
2008

ELTON MARQUES DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA E A APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS
SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MODERNO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do
Campus de Marabá da Universidade Federal
do Pará como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Júlio César Costa

Marabá
2008

Dedico este trabalho de pesquisa a meus pais Nelci Gonçalves e Agostinha Marques que abriram mão dos seus sonhos em detrimento dos meus.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem sua força nada seria possível; a todas as pessoas que contribuíram para a realização deste trabalho; em especial ao professor Júlio César, orientador – mor desta obra e grande mestre, que sempre dá o melhor de si em seus labores; ao meu filho Patrick que soube compreender-me em todas as vezes em que me fiz ausente, por força da distância, em busca do conhecimento

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada A IMPORTÂNCIA E APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MODERNO, de autoria do aluno ELTON MARQUES DA SILVA, aluno do curso de Direito, matrícula nº 06211005807 foi apresentada e submetida á avaliação da banca de professores no dia 16 de dezembro de 2008, obtendo conceito final Exelente.

Situação atual: Aprovado

Fizeram parte da banca os seguintes professores

Prof. Marcos Alexandre do Rosário
Orientador

Prof^a. Lorena S. Fabine

Prof^a. Olinda

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar em linhas gerais a importância e a aplicabilidade das penas alternativas, na condenação de determinadas infrações cometidas, proporcionando ao Estado, ao condenado e a sociedade, benefícios sob vários aspectos como menos dispêndio ao erário público, uma melhor recuperação ao apenado, agregado à reintegração mais acessível junto ao meio social, diminuição da criminalidade, desta feita atenuando os perigos, os quais os cidadãos de bem encontram-se expostos nos dias atuais; para que o objetivo seja alcançado, por esta obra, relatamos, brevemente, o momento histórico e evolutivo da pena, dados estatísticos em circunstância positiva e negativa em relação a pena privativa da liberdade bem como em relação a atualização do instituto “penas alternativas”, há dez anos inserido no nosso ordenamento jurídico e tão pouco explorado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	15
1. DO SURGIMENTO A CRISE DA PENA DE PRISÃO	15
1.1 - Evolução histórica	15
1.2 - A Evolução dos Sistemas Penitenciários	18
1.3 - A Evolução Histórica das Penas no Brasil	19
1.4 - A Reforma Penal de 1984	21
1.5 - Falência do sistema prisional	22
CAPÍTULO II	28
2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: A DESTRUÇÃO DE UM SISTEMA PUNITIVO	28
2.1 - Filósofos Reformadores	28
2.2 - O Direito Comparado e As Penas Alternativas	30
2.3 - O Direito Penal Brasileiro e a adesão às Penas Alternativas	32
CAPÍTULO III	36
3. A APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS	36
3.1 - Considerações Preliminares	36
3.2 - <i>Nomen iuris</i> equivocado	38
3.3 Outras Questões Peculiares	43
CAPÍTULO IV	45
4 - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: ESPÉCIES	45
4.1- Prestação Pecuniária	45
4.2 - Prestação de outra natureza (prestação inominada)	50
4.3 - Perda de bens e valores	53
4.4 - Prestação de serviços à comunidade	57

4.5 - Interdição temporária de direitos _____	62
4.5.1 - Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. _____	63
4.5.2 - Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam da habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. _____	64
4.5.3 - Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo _____	64
4.6 - Limitação de fins de semana _____	66
4.7 - Multa substitutiva _____	68
CAPÍTULO V _____	71
5. OS CONFLITOS APARENTES DE NORMAS E A LEI 9.714/98 _____	71
5.1 - A aplicabilidade das penas alternativas aos crimes hediondos e a eles equiparados _____	71
5.2 - A Lei 9.714/98 e o Atual Código de Trânsito _____	85
5.3 - A lei 9.714/98 e a Lei dos Juizados Especiais _____	86
5.4 - A Lei 9.714/98 e a Lei dos Crimes Ambientais _____	88
CAPÍTULO VI _____	90
6. POLÍTICA CRIMINAL _____	90
6.1 - A Ciência _____	90
6.2 - Conflitos entre o Direito Penal Clássico e Moderno _____	91
CAPITULO VII _____	96
7. A EXPERIÊNCIA CONCRETA DAS PENAS ALTERNATIVAS _____	96
7.1- As primeiras experiências das alternativas penais _____	96
7.2- Relatórios acerca de alguns casos concretos _____	97
7.2.1- Caso J.S.C. _____	98
7.2.2- Caso P.J.O. _____	99
7.2.3- Caso E.F.R. _____	100

7.2.4- Caso D.F.	101
7.2.5- Caso V.M.A.	102
7.3- Cidadania no Cárcere	103
CONCLUSÃO	106
BIBLIOGRAFIA	110

INTRODUÇÃO

Compreender o Instituto das Penas Alternativas no Direito Penal brasileiro é tarefa que requer uma viagem pela história, buscando inicialmente entender as penas, quais são as consideradas principais, porque assim o são, de onde se originam, qual o seu papel no decorrer do tempo.

Desde o início das relações humanas, nas mais priscas eras, o respeito às regras comunitárias tornou-se um imperativo, ensejando a preservação do interesse comum. Assim, cada indivíduo passou a ceder parte de seus objetivos pessoais para compor as regras de convivência, permitindo, em contrapartida, que fosse punido ao infringir estas normas, prevalecendo o bem geral sobre o individual. Destarte, essas regras evoluíram com a história visando atender às necessidades das relações humanas e impulsionaram a adaptação gradativa dos ordenamentos jurídicos e das modalidades punitivas, embora tenham permanecido os conflitos em torno da finalidade e eficácia das punições.

Em seu registro mais remoto as penas eram aplicadas através de castigos corporais que agrediam fisicamente o agente infrator. Posteriormente, com a Lei de Talião, mesmo causando sofrimento ao homem, a punição ganhou o aspecto da proporcionalidade. Por fim, a privação da vida e os castigos físicos deram lugar à privação da liberdade, que se consagrou como a principal modalidade punitiva até as últimas décadas. É inegável portanto que a pena sempre existiu entre os homens, inicialmente, como mera vingança de ordem privada e, posteriormente, como um instrumento público garantidor da soberania e da ordem social.

Ressalte-se que as penas sempre tiveram como objetivo principal o castigo ao mal praticado pelo delinquente. Inicialmente o caráter da pena era retributivo, ou seja, "*ao mal do crime, o mal da pena*". No dizer de Muricy¹, a importância da pena mede-se pelas imposições da cultura, em dado momento histórico-social, variando assim de grupo para grupo e, no mesmo grupo, de época para época. Vê-se, em decorrência das mudanças sociais,

¹ MURICY, Marília "Prisões: do cárcere de contenção ao moderno penitenciarismo". Revista do Conselho Penitenciário, nº 04. Salvador; Ed. Empresa Gráfica da Bahia, 1982.

as mudanças no sistema penal como um todo, no sentido da pena e da forma de punição.

Contudo, o senso crítico de juristas, filósofos e pensadores do direito, proporcionou a evolução desta tendência punitiva, diagnosticando a crise de modalidades punitivas e gerando a possibilidade para que novas formas de punir surgissem. Neste contexto, da mesma forma que a pena de morte e os castigos físicos foram superados em determinado momento histórico pela pena de prisão, esta também tem sido objeto de questionamento desde o início do século, pois se tornou ineficaz na contenção da criminalidade.

A crise da pena de prisão é observada de maneira transparente através do caos do sistema penitenciário, pois os estabelecimentos prisionais estão sempre superlotados, estimulam a violência e não reabilitam o detento para viver novamente em sociedade. Daí verificarmos a necessidade premente de conhecer a realidade que envolve a Lei 9.714/98 e questionarmos a aplicação da pena de prisão e o sistema prisional brasileiro, analisando a aplicação das penas alternativas, buscando soluções para a grave e caótica situação de nossas cadeias, bem como ajudando na fiscalização da aplicação das novas penas alternativas.

Questão indiscutível norteia-se em torno da necessidade de substituição da pena de prisão, porque esta é ineficaz, cara e geradora de mais violência na sociedade, sendo estes dados comprovados estatisticamente. A trágica constatação é de que os condenados saem da cadeia, piores do que lá chegaram. A segregação é estímulo para a delinquência, e o quadro, que não é de hoje, levou um renomado criminalista a afirmar que as prisões eram verdadeiras *universidades do crime*.

Evidenciaremos no decorrer deste trabalho que não obstante o aumento da população carcerária, a criminalidade não é reduzida, havendo aí uma discrepância absurda em termos de percentuais. O governo investe na construção de novos presídios, no entanto, não resolve o problema da superlotação das penitenciárias, que recebem a cada dia um volume maior de presos. Ressalte-se que, entre essa população carcerária, existe um contingente de condenados que poderiam perfeitamente está cumprindo penas alternativas, pois se enquadram no perfil exigido pela lei 9.714/98, ou seja, atendem aos pressupostos da Lei, mas por falta de aparato judicial, vêem-se tolhidos deste benefício legal.

Assim, a lei 9.714/98 que dá nova redação aos artigos 43 e seguintes, anteriormente

modificados pela Lei 7.209/84, do Código penal de 1940, é uma resposta à antiga necessidade de substituição da pena privativa de liberdade. E, como ocorreu na primeira modificação do sistema de penas, se não houver uma mudança de mentalidade, se a ideologia da prisão continuar a permear a mente e a alma da Magistratura e do Ministério Público brasileiros, em breve outra modificação legislativa ocorrerá e nada mudará para melhor no problema do crime.

Aliás, como a prisão é a coluna vertebral do modelo punitivo, a sua falência é a falência do próprio modelo. A mentalidade clássica de que a pena, ou seja, a punição é necessária e suficiente para combater o crime está ultrapassada. A realidade teima em mostrar e demonstrar, o que cientificamente já se sabe desde a década de 50: a ineficácia, o alto custo e o aumento da violência na sociedade são características de todos os sistemas de controle do crime baseados na punição do criminoso.

É contra essa cultura da punição que nos insurgimos. Caso contrário, como ocorreu com a Reforma Penal de 1984, a Lei 9.714/98 terá ampliado inutilmente as penas alternativas e o seu alcance, porque será interpretada segundo um raciocínio ancorado na pena de prisão e não na necessidade de substituição.

No entanto, não se pode negar que romper com o passado punitivo é difícil e impulsiona a resistência, pois durante toda a história da pena sua conotação foi puramente repressiva e qualquer modificação neste propósito acaba por incidir em um prejulgado descrédito, face o temor e às expectativas dos resultados que serão alcançados. Assevere-se porém que os princípios norteadores da aplicação das penas alternativas, não elidem o ideal correccional da pena, mas agregam à resposta penal a possibilidade de reabilitar e ressocializar o infrator para que ele retorne ao seio da sociedade. Da mesma forma a experiência registrada pelos países pioneiros na aplicação das penas alternativas à prisão demonstra que elas constituem instrumentos contensores da criminalidade muito mais eficazes que a segregação.

Pelos fundamentos articulados, as penas alternativas merecem uma análise aprimorada, pois se apresentam como uma perspectiva real para substituir, paulatinamente, a falida pena de prisão. Assim, pretende-se constatar sua viabilidade para reverter o caótico sistema punitivo vigente, uma vez que qualquer medida que supere a aplicação da pena de prisão deve ser prestigiada, pois seguramente não proporcionará males mais severos que os

oriundos da prisão.

Ressalte-se que mesmo sendo uma matéria polêmica e atual, a aplicação das penas alternativas já era preconizada no Código Penal Brasileiro de 1984, aderindo às tendências do direito penal moderno.

Com esse normativo jurídico as penas alternativas redirecionaram os objetivos da punição Estatal que deixou de ensejar o castigo para pugnar pela reabilitação do delinqüente. De outro lado, o novo Estatuto Penal tornou-se alvo de inúmeras críticas, notadamente no que diz respeito a sua incidência em legislações especiais, como a Lei dos Juizados Especiais e Crimes Hediondos, que serão observados oportunamente.

Saliente-se que, com o advento da Lei 9.714/98, as punições alternativas à prisão fixaram-se como uma realidade "*in abstracto*" no direito penal brasileiro, mas para que se tornem instrumentos punitivos "*in concreto*", não constituindo mera utopia jurídica, indispensável se faz que o instituto seja prestigiado por todos os segmentos da sociedade como operadores do direito, iniciativa privada, poder executivo e membros da comunidade.

Verificamos que a *novatio legis*, somente conquistará respeito e credibilidade e demonstrará sua eficácia se o corpo social acompanhar sua aplicação, execução e constatar de maneira crítica, suas falhas e virtudes. Portanto, este trabalho não pretende vislumbrar questões processuais ou discutir pormenorizadamente a execução de cada uma das modalidades de penas alternativas, mas identificar se o novo Estatuto Penal pode promover a reversão do atual quadro de criminalidade que se estabeleceu na sociedade brasileira.

Desta forma, nosso escopo é demonstrar as vantagens do sistema alternativo de cumprimento de pena, apresentando-se como solução ao caos que se instalou no deficiente sistema prisional, colaborando no processo de conscientização dos operadores do direito, bem como dos demais setores da sociedade, para que esta participe da implantação do sistema alternativo de penas, estando despida de todo preconceito e discriminação, pois, é a sociedade a mais atingida pelas deficiências do sistema prisional falido.

A guisa de conclusão traçaremos um paralelo entre a eficácia das penas de prisão e das penas alternativas, fundamentando em dados estatísticos e na opinião de vários expoentes do

Direito Penal brasileiro, que de regra já emitiram sua posição de maioria favorável à máxima aplicação de Penas Alternativas.

CAPITULO I

1. DO SURGIMENTO A CRISE DA PENA DE PRISÃO

1.1 - Evolução histórica

A prisão, como método penal, é relativamente recente, posto que antes, ela era terrivelmente cruel e impiedosa; eram os ergástulos, as enxovias, as masmorras, vestibulos dos pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios, bastidores do cenário final onde os acusados morriam atezados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia cujo ritual macabro Michel Foucault retrata com a força e o vigor de um estilo incomparável, desde a primeira página de seu livro monumental, hoje um clássico da história da pena².

Como já aludido, o direito de punir emanou da vida comunitária, pois para que a paz e o interesse da maioria fossem preservados criaram-se as regras comuns de convivência e a conseqüente punição ao agente infrator. Não obstante o conceito de pena nunca tenha gerado grandes discussões, sua finalidade foi uma preocupação constante na história do direito penal, provocando o estudo de juristas e filósofos em seu tempo. Em suma, em seu percurso histórico as penas sofreram um processo de evolução simultâneo as modificações das relações humanas e, constatando que a punição com a pretensão exclusiva de castigar o infrator e vingar o mal por ele praticado sempre culminou em crise modificou-se a tendência penal estritamente repressiva, dando azo às penas alternativas à prisão, objeto deste estudo.

Na Antigüidade a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e, via de regra, não guardava proporção entre a conduta delitiva e a punição, prevalecendo sempre o interesse do mais forte. Com a Lei de Talião, registrada pelo Código de Hamurabi, em 1680 a.C, mesmo que de forma insuficiente, estabeleceu-se a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, consagrando a disciplina de dar

² Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, trad. Lúcia M. Ponde Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1984.

vida por vida, olho por olho e dente por dente. Surgiu assim a equivalência entre a ofensa e o castigo penal, porém as penas continuavam avassaladoras, públicas e degradantes, prevalecendo à infâmia, as agressões corporais e a pena de morte.

Superado este momento histórico, a pena que inicialmente era de ordem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado. A privação da liberdade começou a ser utilizada, para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem conotá-la como sanção penal autônoma, permanecendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira severa e capital ao acusado. Neste sentido, castigos como amputação de membros, guilhotina, forca, eram exibidos à população na forma de espetáculo, para servir de exemplo intimidativo. Porém, esta situação nunca gerou aceitação entre os homens, como destaca Foucault: "... assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação".³

Posteriormente, a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinqüente, cometendo-se todas as atrocidades e violências em nome de Deus. Durante a Idade Média, a punição foi inspirada pelos Tribunais de Inquisição, período em que a pena ensejava o arrependimento do infrator. Assim, criou-se a oportunidade para que a Igreja massacrasse seus hereges com suplícios cruéis, como a fogueira, estrangulamento e outras variadas formas de tortura. A única e isolada progressão da pena neste momento histórico deve-se ao fato de que os Tribunais Inquisitórios instituíram um processo sumário para proferir o julgamento, embora não fosse permitidos o princípio do contraditório e o direito de ampla defesa.

O primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades e contra a pena de morte, somente foram contrariados com o movimento Humanitário, liderado por ideais de pensadores como John Haward, Jeremias Bentham e Cesare Bonesana "Marquês de Beccaria", que se tornou um símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Lígia Ponde Vassalo. Petrópolis, 1977, p. 58. *Apud*. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 34.

vigente, constituindo o pilar desta vertente. Foi o grito, que ainda hoje ressoa, saído das páginas imortais desse pequeno livro - *Dos Delitos e das Penas*- de Cesare Bonesana, cuja atualidade é tanto mais consagrada quando se estuda, na ciência penal de nossos dias, o movimento que se avoluma no sentido da abolição das próprias prisões, com o encontro de substitutivos ou alternativas penais para manifestar a reprovação da sociedade contra o crime.⁴

Desde que apareceu, a obra de Beccaria passou a ser o farol, o ponto de luz a indicar o caminho a ser seguido pelos estudiosos do Direito Penal. As suas premonições faziam antever que um dia, afinal, o homem seria remido e resgatado de toda punição infamante, cruel ou atentatória a sua dignidade. Os ideais revolucionários deram base ao direito penal moderno e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.⁵

Assevere-se porém que, além dos ideais liberais que norteavam o período, outros motivos estimularam a aplicação da prisão como pena autônoma, suprimindo a pena de morte e os suplícios à integridade física do homem. O aumento da criminalidade por toda Europa em razão das guerras e do aumento da urbanidade, gerou um vulto de pobreza e violência e, com o conseqüente aumento da delinqüência, a pena de morte tornou-se insuficiente e inadequada, ocasionando a conveniência da aplicação de penas privativas de liberdade. Assim, a pena de prisão solidificou-se como principal modalidade punitiva, embora a sua execução permanecesse primária e desumana.

Outrossim, no início do século XIX, a pena de prisão mostrou-se como um meio adequado para reformar o delinquente, constituindo uma evolução para época, mas nas últimas décadas sua eficiência não tem proporcionado resultados tão otimistas. Aliás, este panorama negativo já era esperado, pois o cárcere é a antítese da sociedade livre, atua de forma antinatural conduzindo à criminalidade. Em virtude disso, assim como ocorreu com a pena de morte e outros suplícios, a falência da pena de prisão foi inevitável, uma vez que além de não frear a delinqüência dá oportunidade a desumanidades e estimula a reincidência delitiva.

⁴ História das Penas - Revista Jurídica Consulex, Pág. 12, - Ano V- Nº 104- 15 de MAIO/2001, Editora Consulex.

⁵ "Ibid., p. 14

Diante disso, a história mais recente registra uma nova reflexão em torno da punição, exurgindo uma manifesta preocupação dos pensadores do direito penal em associar a punição à efetiva reabilitação do ser humano, através de sanções que não privem a liberdade do condenado. Esse objetivo encontra-se respaldado na constatação de que o cárcere proporciona a perda das referências de uma vida saudável em coletividade, por impor um cotidiano monótono, estático e privado dos estímulos positivos. Assim, as preocupações dos dias atuais visam adequar as modalidades punitivas à tendência moderna do direito penal, priorizando a reabilitação intrínseca do delinqüente e a preservação de sua dignidade, uma vez que as punições que agiram extrinsecamente, agredindo e castigando os condenados, trouxeram apenas resultados negativos.

1.2 - A Evolução dos Sistemas Penitenciários

Abordaremos agora, o papel dos sistemas penitenciários na história da punição, especialmente no que se refere à pena de prisão.

A primeira abordagem imprime as características do **sistema celular** que se respaldou no isolamento dos condenados para permitir a reflexão e o arrependimento. Nessa época pregava-se que o isolamento faria o indivíduo refletir sobre seus "erros" e chegar ao arrependimento e a regeneração. Esse sistema condenou-se ao fracasso por constituir verdadeiro sepulcro em vida, pois sem poder conversar com ninguém e condenado ao silêncio angustiante e desesperador, o recluso perdia toda referência de convívio com a família e amigos, tornando a punição desumana e dispendiosa, além de atrofiar o intuito social dos segregados, levando-os à loucura. As consequências psicológicas nos internos começaram a chamar muito a atenção de estudiosos da época. Dostoiewsky, em *Recordação da Casa dos Mortos*, defende que o regime de penitenciária oferece resultados falsos, aparentes, esgotando a capacidade humana.⁶

Em seguida, surgiu o **sistema auburniano**, com o ensejo de superar as limitações e deficiências do regime celular. Porém, de forma prática, apenas estabeleceu o labor

⁶ DOSTOIEVSK, Fiodor Mikhailovitch. *Recordação da Casa dos Mortos*. Rio de Janeiro; Ed. José Olimpio, 1967.

comunitário, permanecendo a infeliz regra do silêncio. Somente permitia-se aos detentos que falassem com seus superiores hierárquicos, mediante autorização prévia e em voz baixa. Contudo, a comunicação lateral com os companheiros de prisão, continuava inibida. Esse sistema objetivava tão somente, transformar o condenado num operário disciplinado e subordinado ao poder do Estado, não constituindo um tratamento, mas uma forma de moldar o delinquente como elemento útil e produtivo, revelando a inspiração económica do sistema.

Os estudos de carácter sociológicos e psiquiátricos fomentaram a discussão de um novo sistema penitenciário, dando lugar ao **sistema progressivo**, um sistema em que se possibilitasse ao preso, benefícios em troca do seu bom comportamento, chegando até a ser libertado de forma condicional antes do final da pena inicialmente imposta. E o surgimento do embrião do Livramento Condicional. Esse novo sistema foi implantado na Inglaterra, no início do século XIX. Junto a essa preocupação veio a de não afastar o interno do convívio social e principalmente do familiar. As visitas familiares e até íntimas começaram a ser permitidas e mesmo incentivadas, no intuito de não afastar o preso de forma tão drástica da sociedade. A possibilidade da liberdade vigiada daria ao sentenciado a oportunidade de um retorno gradativo, sob a tutela do Estado.

Em vigor atualmente este sistema enfrenta críticas e questionamentos, face aos argumentos de que constitui verdadeira dominação-subordinação, obtendo-se o amadurecimento dos valores psicológicos, éticos e sociais, mediante coação dos detentos para que tenham boa conduta.

Portanto, o que se enseja é que o sistema penitenciário no futuro permita a vivência carcerária mais racional e humana, sem a excessiva e rígida execução, que chega a ser inútil e cruel. Nesse sentido pugna-se pela reciclagem do sistema progressivo, vislumbrando-se que antes de ser um condenado o executado é um ser humano e deve ser estimulado, não coagido a reabilitar seus princípios e valores.

1.3 - A Evolução Histórica das Penas no Brasil

A história da punição no Brasil não registra aspectos muito divergentes dos já relatados, pois

desde o descobrimento até os dias atuais, a legislação pátria é influenciada por estatutos jurídicos de outros países, procurando adaptar as normas internas de direito às tendências mundiais.

Temos poucas informações a respeito de um *direito penal indígena*, anterior e remanescente à descoberta de nosso país. Sabe-se, porém, que as lesões praticadas nas tribos eram respondidas na forma do talião, empregando-se também a vingança de sangue, executada pelo representante da vítima (Karaíma) ou pelo próprio grupo. As penas de morte eram comumente aplicadas através do tacape e, em algumas regiões através de veneno, do sepultamento e até mesmo pela força. A privação da liberdade era usada para reter o infrator ou o inimigo capturado até a punição.⁷

Durante a colonização, o Brasil submeteu-se, inicialmente, às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas (1514) e, por fim, as Filipinas (1603). Nesse período a pena de prisão era tida somente como medida cautelar e não como sanção autônoma, exacerbando-se as sanções corporais e infamantes, notadamente a pena de morte. Um típico exemplo das punições impostas neste período histórico, pode ser observado pelo acórdão de 18/04/1792, que proferiu a condenação dos Mártires da Inconfidência Mineira, tendo à frente do movimento, Joaquim José da Silva Xavier, "Tiradentes".

Com a proclamação da Independência, em 1822, revogou-se as Ordenações Filipinas e alguns juristas brasileiros, inspirados pela filosofia iluminista e pela declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, começaram a agregar à legislação os princípios da igualdade de todos os homens perante a lei, personalidade da pena e utilidade pública da lei penal. Também a Constituição Federal de 1824, reagiu às tenebrosas ordenações Portuguesas, abolindo os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.

Nesta esteira, o Código Criminal do Império (1830), também fez florescer a justiça e a equidade, ensinando-se nos primeiros cursos jurídicos das academias de direito de São Paulo e de Olinda que: "... não deveria ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência, pois a

⁷ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, *Penas Alternativas*, 1. ed, Curitiba: Juruá, 1999. p. 17

justa medida das penas está na razão composta da gravidade do delito e do dano por ele causado".⁸ Ainda neste período, a pena de morte passou a incidir apenas sobre três condutas típicas, sendo abolida em 1855.

A República, por sua vez, trouxe a legislação penal de 1890, passando a prever em seu artigo 41 que não mais haveria penas infamantes e que a privação da liberdade não poderia exceder o limite de 30 anos.

No período de 1930 a 1945, algumas inovações foram somadas à legislação penal brasileira, como a prisão simples para apenar as contravenções penais, a aplicação da pena de multa e a criação das penas "acessórias", como a perda de função pública e a interdição de direitos. Além disso, o Código Penal de 1940, instituiu o sistema duplo binário, prevendo a medida de segurança.

No período que perdurou de 1964 a 1979, o Ministro Nelson Hungria foi incumbido de elaborar o anteprojeto do novo Código Penal, trazendo ao bojo da nova legislação ideais de prevenção geral. Esse Código entrou em vigor em 1970, mas foi modificado em 1973 e revogado em 1978. Em 1977, a Lei 6.416 trouxe ao Estatuto Penal, idéias liberais que para a corrente mais conservadora ocasionou morosidade da justiça, impunidade e o aumento desenfreado da criminalidade.

1.4 - A Reforma Penal de 1984

A Lei 7.209 reformulou o Código penal, dando uma feição mais realista ao Direito penal brasileiro, ampliando o leque dos tipos de penas aplicáveis no país.⁹

Seguindo o entendimento predominante em vários países na época, de combate ao cárcere, e diante da crise no sistema penitenciário, com presídios superlotados e impróprios para a reabilitação dos condenados, a nova lei trouxe ao ordenamento jurídico as penas

⁸ TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro*. São Paulo, vol. I, 1936, p. 194. *Apud.* - DOTTE, René Ariel, op cit. p. 51.

⁹ JESUS, Damásio E. de., op. cit. p.01

alternativas. No mesmo ano entrou em vigor a Lei 7.210/84 que tratava da Execução Penal ampliando os direitos dos réus.

Saliente-se que a agregação das penas alternativas à legislação pátria, embora na prática não tenham produzido resultados significativos, foi suficiente para preservar maior tranquilidade até o início da década de 90, pois representavam o rompimento da exclusividade da pena de prisão como instrumento punitivo. Neste sentido, saliente-se a exposição de motivos da Lei 7.209, editada em 1984:

"Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para os delinquentes sem periculosidade ou menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Assim, como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade".¹⁰

Entretanto, o perfil punitivo permaneceu quase que inalterado após a reforma de 1984, apresentando tímida e inócua modificação no campo prático. Em virtude disso, na última década instaurou-se um amplo movimento no sentido de que ocorram mudanças concludentes nas modalidades sancionatórias dos estatutos repressivos, pugnando-se pela aplicação de penas que não privem a liberdade, já que a prisão tornou-se reconhecidamente ineficaz.

1.5 - Falência do sistema prisional

A situação atual das prisões, superlotadas, principalmente nos países denominados subdesenvolvidos, é considerada umas das causas da falência desta sanção criminal.

Segundo estudo realizado pela "Humans Rigth Watch,"¹¹ analisando "o Brasil atrás das grades" as condições carcerárias no país são normalmente assustadoras:

¹⁰ MARTINS, Jorge Henrique S. *Penas alternativas: comentários à nova lei 9714/98*. Exposição de motivos da nova parte geral do código penal, p. 33.

¹¹ HUMANAS RIGHTS WATCH. O Brasil atrás da grade. Disponível na internet: <http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/condic5es.htm>

"Vários estabelecimentos prisionais mantêm entre duas e cinco vezes mais presos do que suas capacidades comportam. Em alguns estabelecimentos, a superlotação atingiu níveis desumanos com detentos amontoados em pequenas multidões. As celas lotadas e os dormitórios desses lugares mostram como os presos se amarram pelas grades para atenuar a demanda por espaço no chão ou são forçados a dormir em cima de buracos de esgoto."

Vale ressaltar que geralmente os estabelecimentos penais mais superlotados são as delegacias de polícia que ao invés de serem usadas apenas num curto período para suspeitos logo após a prisão inicial, como deveriam, acabam mantendo detentos por longos períodos de tempo e até anos, em condições inadequadas.

Encontramos respaldo para esse entendimento analisando estudo feito por Farias Júnior¹² nos estabelecimentos penitenciários do país:

"O indivíduo ao ser preso permanece no xadrez ou cadeia pública até o ajuizamento do processo e conseqüente ação judicial. Essa fase do preso, ao invés de ser de curta duração, horas ou poucos dias, estende-se por meses ou anos e em condições sub-humanas. Os presos, dormindo no cimento frio, sem espaço, devido à superlotação, na promiscuidade e na ociosidade, em ambiente infecto e repelente, comida normalmente fria e intragável, sofrendo influxos deletérios, aí vão se degradando e degenerando psicologicamente até a sua soltura ou transferência".

Para a socióloga Julita Lemgruber "a prisão é um instrumento de controle social caríssimo, além de ineficaz. Só deveriam estar presos os violentos, os que representam riscos para a sociedade". O político inglês Douglas Hurt tem uma frase lapidar sobre o assunto: "A prisão é uma maneira muito cara de tornar as pessoas piores". No Rio de Janeiro, um preso custa 548 reais por mês, em Brasília 1.200 reais. A média nacional é de 360 reais.¹³

As penitenciárias e os presídios assumem simplesmente a condição de depósitos humanos, incapazes de alcançar com plenitude seu propósito de corrigir indivíduos com desvios de conduta social.

Se a intenção é punir e ressocializar, apenas a punição vem sendo alcançada com plenitude; todavia, não podemos dizer o mesmo quanto ao aspecto reabilitador, uma vez que

¹² FARIAS JÚNIOR, João. A ineficácia da Pena de Prisão e o Sistema Ideal de Recuperação do Delinquente, Rio de Janeiro: Editora Carioca Ltda., p. 89.

¹³ Revista Veja. 16 jul 1997, Julita Lemgruber. Quem Paga a pena? Disponível na internet: <http://www.uel.br/cesas/sersocial/veja.htm>

temos uma porcentagem de reincidência criminal oscilando entre 63%, ou seja, a cada dez presos, mais de seis não se regeneram cumprindo tal pena, voltando a delinquir.¹⁴

Na prática, várias circunstâncias corroboraram para a derrocada da pena de prisão, uma delas são os sérios problemas de gestão do sistema penitenciário que se encontra superlotado e impede a eficaz execução da pena. Essa circunstância, associada aos problemas de base, como a falta de emprego, educação, saneamento básico e saúde, impulsionam o cometimento de delitos. Assim, embora o Estado tente elidir sua parcela de responsabilidade remetendo ao direito penal, especialmente à pena, a tarefa de sanar e proteger a sociedade de todos os males é de se asseverar que ao direito penal cumpre apenas o tratamento do delito e do delinqüente sob a ótica jurídica.

Ademais, todas as deficiências sociais inerentes ao sistema capitalista que estimula e propaga a má distribuição de renda e a desigualdade social, somadas ao advento da globalização, que provocou nas últimas décadas uma explosão tecnológica e uma filosofia de produção de capital, em detrimento do respeito ao ser humano, também contribuíram significativamente, para o crescimento da criminalidade, impondo o fracasso da prisão, que já é insuficiente para atender a demanda criminal.

O Estado usa como subterfúgio para tentar justificar sua negligência o discurso de que o detento representa um incalculável dispêndio ao erário público, sendo elevado o custo para manter as instituições prisionais. No entanto, devemos destacar que esses argumentos são frágeis e duvidosos, pois embora uma significativa parcela do capital público destine-se ao incremento e manutenção do sistema carcerário poucas alterações são observadas na prática e o que se vê nos estabelecimentos prisionais que acabam acolhendo um número muito superior de detentos do que poderiam comportar, São condenados sujeitados a uma convivência desumana, degradante e vexatória, permitindo o cultivo da improdutividade e da ociosidade, fatores que por si só, impedem os objetivos reabilitadores.

Em suma, podemos afirmar que o próprio Estado mantêm a escola da criminalidade, permitindo que se faça imperar no cárcere os ensinamentos do universo do crime que são

¹⁴ CARPENA, Márcio Louzada. Uma visão de um presídio e seus habitantes. Disponível na internet: <http://www.apriori.com.br/artigospenal/028.htm>

manipulados pelos delinqüentes contumazes, àqueles que muitas vezes têm no delito um episódio isolado de suas vidas. Nem é necessário destacar que este ambiente de frustração imprime no condenado um caráter criminógeno muito maior do que o do momento de sua segregação e as mazelas da prisão estigmatiza-o, impedindo sua reintegração sadia à sociedade.

Os males do cárcere podem ser classificados como de ordem material, que incidem sobre a saúde física-psíquica do condenado, em face da falta de higiene e a ociosidade e os de ordem psicológica, relacionados à submissão do condenado ao ambiente de dissimulação do cárcere que o remete a aceitar definitivamente a vida ilícita. Relevantes ainda são os aspectos sociais, pois a prisão gera a desadaptação da convivência em sociedade.

Outro problema que merece ser enfrentado é a questão da sexualidade, pois como podemos falar em ressocialização em um meio carcerário que deforma um dos instintos fundamentais do ser humano. Assim, embora existam críticas que alegam que as atividades religiosas e militares também limitam o instinto sexual, estes argumentos não podem adquirir credibilidade, pois a prisão se constitui num rompimento impositivo com o mundo exterior e as situações anteriores são uma opção voluntária do ser humano. Portanto seus efeitos não podem ser equivalentes.

Diversos estudos revelam que a abstinência sexual pode trazer conseqüências negativas de ordem física e psíquica, contribuindo para o desequilíbrio psíquico e podendo chegar ao estágio patológico. Além de poder gerar relações homossexuais, o que por si só, é extremamente negativo por não constituir uma opção do detento, além de dificultar o seu retorno às relações conjugais, desfazendo suas possíveis condições de ressocialização. Não se pode esquecer que a repressão sexual, também pode levar à "masturbação crônica" e incapacitar o agente de retornar a atividade sexual normal, inibindo seu relacionamento com outras pessoas.

Por fim, registre-se que flagrantes são as agressões contra os jovens, heterossexuais que acabam submetidos à violência sexual dos internos veteranos e não apresentam reclamações para evitar desmoralização com a publicidade ou por temerem represálias. As injustiças podem ser observadas de forma transparente em casos como o de um agente que pratica um crime de furto, não tipificado como "hediondo" e, enviado ao cárcere, sofre

agressões como atentado violento ao pudor, delito considerado "hediondo", mesmo estando hipoteticamente protegido pelo poder Estatal. Não se pode negar que nessas situações e similares o Estado, por omissão, passa a figurar como "co-autor" da agressão, pois extremada é a desproporção entre o prejuízo causado pelo furto praticado pelo réu e a resposta penal que lhe foi imposta. A condenação, quase sempre, além de privar sua liberdade, o expõe à degradação de personalidade e princípios.

Pelos fundamentos expostos, não há como se admitir que o sistema penitenciário reprima os instintos mais inerentes do ser humano e simultaneamente, defenda propósitos de convertê-lo em uma pessoa "normal" para conviver socialmente. Afinal, os parâmetros articulados demonstram que os valores subjetivos estão sendo distorcidos, pois se a conduta ilícita praticada pelo acusado é reprovável, a punição que o Estado lhe oferece também o é. Lembre-se que ao Estado é reservado o "*ius puniendi*", desde que garanta segurança e dignidade da execução da pena. Admitir o contrário seria igualar a conduta omissiva do Estado àquela praticada pelo delinquente.

Importante frisar ainda que a prisão transforma os internos em sujeitos absolutamente passivos, desprovidos de qualquer responsabilidade ou iniciativa, despersonalizando-os e lhes causando, profanação do ego. Não bastasse, as atividades no cárcere são inócuas à reabilitação, porque desenvolvidas de forma programada e rotineira, conservando um ambiente avesso à vida social. Em verdade, o preso é "coisificado" e introduzido à burocracia do estabelecimento prisional, onde se anula sua privacidade para emergir a convivência compulsória com outras pessoas que exercem uma hierarquia de poder entre si, seguindo as regras de um "Código Penal" que a própria sociedade e os juristas desconhecem. Neste sentido os registros ilustram que o ambiente da prisão é tenso e violento, estimulando a criminalidade.

César Roberto Bitencourt, citando Augustin Fernandez Albor, assevera que: "O ambiente penitenciário exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha".¹⁵

¹⁵ ALBOR, Augustin Fernandez. *Aspectos criminológicos*, p. 253. *Apud.* BITENCOURT, César Roberto Bitencourt, op *cit*, p. 178.

As considerações elencadas demonstram o antagonismo da pena de prisão frente aos objetivos que se pretendem alcançar com a punição, tornando-se paradoxal falar em reabilitação em um meio tão traumático como o cárcere. Ressalte-se ainda que alguns estudos constataam que os valores sociais legítimos para sociedade, sofrem um declínio com a reiterada segregação e depois ocupam um aclave na trajetória levando aos valores que orientam a conduta delitiva. Dessa forma, o indivíduo deprime-se, desvaloriza-se enquanto ser social integrado no meio comum e, por fim, dessocializa-se, passando a criar uma auto-estima e aceitação dentro de uma formação social paralela, na qual recebe o rótulo definitivo de delinqüente.

Em suma, conclui-se que a pena de prisão gera revolta, avilta e corrompe os princípios e valores do condenado que após, submeter-se ao cárcere, certamente voltará a delinqüir. Trata-se de uma subcultura que dessocializa e faz com que o detento recuse definitivamente as normas da sociedade, como relatou o sábio doutrinador Heleno Fragoso, ao destacar que "... a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Só sendo válido pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução".¹⁶

Todavia, mesmo diante da comprovada falência da pena de prisão, não se pode admitir que ela seja abolida definitivamente da legislação penal, pois ainda constitui uma amarga exigência. Ela deve restringir-se às penas de longa duração e aos condenados perigosos. Portanto, deve ocupar posição subsidiária, aplicável somente quando estiverem superadas as modalidades que não privam a liberdade. Esta tendência justifica-se para evitar que a prisão exerça efeitos nefastos na personalidade do recluso, transcendendo de forma desproporcional os danos causados pelo infrator com o cometimento do delito.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15. Apud. BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*, p. 23.

CAPITULO II

2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: A DESTRUÇÃO DE UM SISTEMA PUNITIVO

Embora a crise da pena de prisão tenha acentuado nas últimas décadas sua ineficácia como instrumento contensor da criminalidade já havia sido diagnosticada até mesmo entre os filósofos que nem chegaram a imaginar a existência das penas alternativas. Esses estudiosos já criticavam a privação da liberdade, defendendo ideias liberais que almejavam uma forma de punir e respeitar a dignidade do homem. Portanto, mesmo que inconscientemente, esses pensadores embalsamaram as penas alternativas à prisão no berço da história do direito penal.

2.1- Filósofos Reformadores

As correntes iluministas e humanitárias lideradas por Montesquieu e Rousseau, realizaram severas críticas aos excessos da legislação penal, aduzindo que a pena deveria ser menos cruel ao corpo do condenado, não lhe representando uma tormenta. Essas idéias foram aderidas por alguns pensadores que reuniram-se num movimento em prol da humanidade da pena, entre eles Beccaria, Howard e Bentham.

O filósofo Cesare de Beccaria trouxe em sua obra uma inspiração de vital importância para o amadurecimento da reforma penal nos últimos séculos. Sua visão de pena era utilitarista, ou seja, firmava a ideia de que a punição justa deveria estar subordinada à punição útil, garantindo a certeza de que a pena seria um exemplo para o futuro e não uma vingança pelo passado. Assim, suas ideias deram azo à sua máxima: "melhor prevenir delitos que castigá-los". Afirmava ainda, o sábio pensador: "O fim, pois não é outro que impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e afastar os demais do cometimento de outros iguais. Conseqüentemente, devem ser escolhidos aquelas penas e aquele método de impô-las que, respeitada a proporção, causem uma impressão mais eficaz e mais durável sobre o ânimo dos

homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu".¹⁷

Este reformador, apesar de ver na pena privativa de liberdade um grande progresso no plano da punição de sua época, já insinuava a necessidade de reformá-la, manifestando que a punição deveria ser certa, pronta e eficaz e não uma angústia para o condenado. Por fim, foi também o responsável pela retomada da discussão sobre a proporcionalidade entre a conduta do delinqüente e a resposta punitiva, refletindo ser injusta a passagem pelo cárcere e destacando que "... para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, proporcional ao delito e ditada pela lei".¹⁸

Na mesma esteira, o pensador John Haward, contribuiu de forma notável para o processo de humanização e racionalização das penas, pois teve um contato pleno e estreito com as prisões européias, podendo relatar esta experiência. Assim descreve Elias Neuman sobre as obras de Beccaria e Howard:

"Beccaria realizou sua obra com pluma e papel, na paz de seu gabinete de trabalho, enquanto Haward, visitou grande número de prisões europeias, vendo de perto sua vida horrível, empreendendo longas e perigosas viagens a países distantes, teve estreitos contatos com os encarcerados e arriscou sua saúde e sua vida expondo-se ao contágio das enfermidades carcerárias que, finalmente, causaram sua morte. Beccaria foi um pensador, Haward, um homem de ação. No entanto, a obra de ambos teve um fundo comum: a luta contra a iniquidade e a barbárie, visando à implantação de um regime penal mais humano e que respeitasse a dignidade humana".¹⁹

Além de traduzir ideais revolucionários para o seu tempo, Howard ainda propugnava pela criação de estabelecimentos prisionais mais adequados ao cumprimento da pena, visando o respeito por questões elementares de higiene, alimentação e assistência médica. Em suma, buscava por uma pena que, embora retributiva garantisse dignidade em sua execução podendo reabilitar o delinqüente.

por fim destacar a colaboração do filósofo Jeremias Bentham que buscou um método de controle do comportamento humano com base em princípios éticos, condenando a

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, p. 46. *Apud*. BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*, p. 41.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de José Cretella Júnior e Agnes Cretella, 1997, 150 PP-

¹⁹ NEUMAN, Elias. *Evolución de la pena*, p. 71. *Apud*. BITENCOURT, César Roberto op cit. p. 44.

prática de castigos absurdos e desumanos. Asseverou que a prevenção especial deve existir, sem esquecer-se da prevenção geral. Ensinou que, por pior que fosse o mal causado pelo delito, o mal da pena poderia ser ainda maior, para inibir a vontade de voltar a delinquir. No entanto, mesmo entendendo que a pena é um castigo necessário para prevenir danos ainda maiores à sociedade, não descartou a possibilidade de reabilitação do condenado através destas punições. Assim, criticou severamente as prisões de sua época:

"As prisões, com suas condições inadequadas, e ambiente de ociosidade, despojam os réus de sua honra e de hábitos laboriosos, os quais saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania. Estes desgraçados podem ser sujeitos a mil penas desconhecidas que os irritam contra a sociedade, que os endurecem e os fazem insensíveis às sanções. Em relação à moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem esta educação de perversidade. A opinião que nos serve de regra e de princípio é a das pessoas que nos cercam. Estes homens segregados assimilam a linguagem e os costumes e, por um consentimento tácito e imperceptível, fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens porque em uma sociedade semelhante os mais depravados são mais audazes e os mais malvados são mais temidos e respeitados. Composto deste modo, esta população apela da condenação exterior e revoga suas sentenças".²⁰

Da mesma forma sugeriu que os condenados fossem acompanhados e assistidos após as suas liberações do cárcere, consignando que seria uma imprudência jogá-los ao mundo social, sem custódia ou auxílio para sua reinserção à sociedade. A maior contribuição de Bentham foi seu desenho "Panótico" que, apesar de ilustrar um zoológico, tinha como idealização os moldes arquitetônicos de um cárcere. Seu objetivo era de que os detentos não fugissem à vigilância do Estado, sugerindo que as prisões constituíssem grandes colméias, em formatos circulares, com uma torre ao centro, onde inspetores de segurança pudessem observar todos os movimentos dos reclusos. Consignou ainda que a formação de pequenos grupos de condenados, classificados de acordo com sua perversidade, poderia ser um instrumento de reabilitação mútua.

Suas idéias foram incorporadas em diversas prisões na Inglaterra, Estados Unidos e Costa Rica entre outros.

2.2 - O Direito Comparado e As Penas Alternativas

²⁰ BENTHAM, Jeremias. *Elpanótipo*, p. 56. *Apud*. BITENCOURT, César Roberto, op cit. p. 52.

Embora algumas das modalidades de penas não-privativas de liberdade já existissem nas legislações de alguns países desde o início deste século, o marco inicial e determinante para a aplicação das penas não-privativas de liberdade ocorreu com as Regras de Tóquio.

Denote-se que as primeiras punições alternativas guardam registros no ano de 1926, na Rússia, no artigo 20 e 30 do Código Penal Soviético, consagrando a "prestação de serviços à comunidade" e que sucessivamente vem sendo aderidas em outros países como a Inglaterra, seguindo-se a Alemanha em 1953 e a Bélgica em 1963. Em 1967 o Principado de Mônaco e, em 1970, a Espanha agregou à sua legislação o "arresto de fim de semana". Assim, outros países também aderiram à aplicação das penas alternativas à prisão em razão do sucesso alcançado em diversas legislações. Destaque-se a Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977) Dinamarca e Portugal (1982), França em (1983) e por fim o Brasil, com o Código Penal de 1984.

Assim, verifica-se que as penas alternativas à prisão vem ganhando papel de destaque nas legislações penais mundiais e, paulatinamente, estão substituindo a decadente pena privativa de liberdade. Registre-se ainda a participação de inúmeros países no Congresso das Nações Unidas, realizado no Cairo (1995), que versou sobre Regras Mínimas de Tratamento do Delinqüente, onde já se foi possível colher os primeiros resultados da aplicação das penas alternativas.

Entre as experiências apresentadas cumpre destacar que a Alemanha informou que em sua legislação penal as contravenções foram descriminalizadas e apenas 17% das condenações remetem ao cárcere. Este país sugeriu ainda a aplicação da alternativa "*plea bargaining*", em que o acusado aceita a responsabilidade, sendo-lhe fixado pena menor e encerrando-se o processo. Também a China esclareceu que em sua legislação os crimes de menor gravidade submetem-se à ação privada e os meios de comunicação informam a população sobre alterações legislativas explicando as inovações. Consignou também que as escolas oferecem noções básicas de licitude e ilicitude, estabelecendo suas consequências respectivas. Outro exemplo é o da Argentina, que destacou contar com escolas de formação de pessoal especializado para humanizar o trabalho penitenciário. No mesmo sentido, Cuba consignou haver descriminalizado 28% das contravenções, sendo que, de 85% das condenações, só uma remete à privação da liberdade.

Uma das medidas alternativas que revelou maior êxito, conforme a experiência relatada por países como Inglaterra, Japão, Canadá, Israel, Nova Guiné, Estados Unidos, Holanda, e Nova Zelândia, foi o Instituto da "*probation*". Tais países indicaram a conveniência da aplicação desta modalidade punitiva, ressaltando que, além de ser significativamente mais barata que a construção de presídios ineficazes, tem natureza sócio-pedagógica, proporcionando a reabilitação do condenado através de uma orientação e fiscalização que ocorre durante um período de prova. Assim, o réu tem sua condenação suspensa sob a condição de que apresente bom comportamento e revele readaptação social.

Há de se ressaltar, porém, que embora este instituto apresente semelhança com algumas medidas como o *sursis* e o livramento condicional, não pode ser confundida com estas. A suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, ocorre em audiência preliminar, antes do recebimento da denúncia; o *sursis*, disposto no artigo 77 do Código Penal pátrio, ocorre após a sentença definitiva e o livramento condicional, incide na esfera da execução penal. Assim, apesar de existir uma aparente similitude, não existe equivalência entre estes institutos e a *probation*, pois esta última verifica-se após o encerramento da instrução processual, constituindo a suspensão condicional da sentença.

Por fim, o íncrito doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, em recente pesquisa realizada, elencou cerca de cinquenta medidas e penas não-privativas de liberdade que vem sendo aplicadas pelas legislações mundiais, indicando que tais modalidades punitivas estão em crescente propagação e por isso merecem a atenção da sociedade em geral no intuito de acompanhar seus resultados.

2.3- O Direito Penal Brasileiro e a adesão às Penas Alternativas

O surgimento do instituto das penas alternativas à prisão na legislação brasileira, somente começou a exsurgir com a reforma penal de 1984, pois até então não havia relevante cogitação dos legisladores em reformular o sistema punitivo que se firmava exclusivamente na pena privativa de liberdade.

Por sua vez a Lei de Execuções Penais trouxe em seu bojo inúmeros benefícios como

progressão do regime prisional, comutação de penas, indulto, detração penal, unificação de penas, além de prever condições dignas para o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais, tudo isto em consonância com o respeito aos direitos do delinqüente. Denote-se que essas medidas observadas na Lei das Execuções Penais buscam amenizar os resultados maléficis do cárcere e reduzir o tempo de cumprimento da pena de prisão.

Verificamos que estas legislações, compelidas pela síndrome da falência da pena de prisão, objetivavam de forma consciente e cautelosa dar um novo rumo à política criminal brasileira, trazendo, no entanto, resultados muito tímidos no plano prático, pois algumas dificuldades interpretativas, operacionais e a falta de orçamento e infra-estrutura, levaram à má aplicação destes institutos penais. Entretanto, infelizmente, as penas alternativas elencadas no Código Penal de 1984 e os direitos assegurados pela Lei de Execuções Penais permaneceram praticamente esquecidos, tendo o sistema penal mantido as normas rígidas e ineficazes até os dias atuais.

Somente em 1995, após participar do IX Congresso das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo, onde mais uma vez abordou-se a aplicação de penas alternativas à prisão, o Brasil revigorou estes ideais em sua legislação. No decorrer da conferência, foram apurados dados surpreendentes e muito otimistas das alternativas punitivas e, de acordo com as experiências dos Estados-Membros participantes, a proposta da ONU havia alcançado resultados eficazes, pois em países onde as penas alternativas à prisão estavam sendo aplicadas o índice de reincidência e criminalidade havia reduzido significativamente. Exemplos consideráveis foram apontados pela Alemanha e por Cuba, onde 83% e 85% das sentenças condenatórias, respectivamente, aplicavam penas alternativas à prisão e somente em 25% dos casos, os condenados voltaram a reincidir, situação plenamente inversa às sentenças que estabelecem a prisão, em que esse índice pode chegar a 85%.

Dessa forma, retomando o entusiasmo no que concerne à aplicação de punições alternativas à prisão, o Ministro Nelson Jobim conseguiu fazer aprovar a Lei 9.099/95, elencando alternativas para evitar o cárcere e até mesmo inibir o prosseguimento do processo para delitos com menor potencial ofensivo, desde que os delinqüentes fossem primários e de bons antecedentes. Com a nova legislação, o ideal de punir, sem necessariamente, privar a liberdade do condenado, começou a amadurecer e ganhar fundamentos jurídicos na legislação

brasileira, alcançando bons resultados.

Ressalte-se que as punições previstas por este Instituto Penal, por serem aplicadas de forma sumária, vinculam-se ao consentimento do acusado, que constitucionalmente teria direito ao devido processo legal para, posteriormente, ter proferida a possível sentença condenatória. A Lei 9.099/95 trouxe também a suspensão condicional do processo, subordinando o encerramento do processo ao cumprimento de determinadas condições que são impostas ao réu, em geral, exigindo que ele tenha uma vida reta e idônea para reintegrar-se à sociedade.

Na mesma esteira, impulsionado pelos resultados positivos da Lei 9.099/95 e buscando sanar as deficiências da pena de prisão, em 24 de dezembro de 1996, o Presidente da República, através da mensagem n.º 1.445, encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.684/96, que visava alterar o artigo 43 e seguintes do Código Penal, incrementando a aplicação das penas não-privativas de liberdade. No mês de março de 1997, o projeto foi aprovado naquela Casa Legislativa e remetido ao Senado Federal, onde em 27 de outubro de 1998, foi definitivamente aprovado. Assim, em 26.11.1998, foi publicada e entrou em vigor a Lei 9.714/98, que definitivamente, passou a incentivar e disciplinar a aplicação de penas alternativas à prisão, trazendo modalidades ousadas e abrangentes.

Diante dessa nova tentativa legislativa em modificar os rumos dos estatutos repressivos, a aplicação das penas alternativas à prisão voltou a circular entre os ideais de doutrinadores e juristas, que demonstraram não pretenderem economizar esforços para garantir que, essas modalidades punitivas ganhem credibilidade no Direito Penal Brasileiro e alcancem resultados eficazes, a exemplo das legislações mundiais. Esse novo horizonte jurídico que começou a ser trilhado está plenamente definido na Exposição de Motivos, do Ministro Nelson Jobim:

"Mas, se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. A execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão e permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de

prisão".²¹

Registrado o nascimento das penas alternativas na legislação brasileira, cumpre analisar a seguir as questões controvertidas que circundam a referida temática, bem como a análise da eficácia da aplicação do novo Estatuto Penal para solucionar a crescente demanda criminal.

²¹ MARTINS, Jorge Henrique S., op cit. p. 18.

CAPITULO III

3. A APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS

3.1- Considerações Preliminares

Como já demonstrado, as penas alternativas à prisão emanaram dos ideais liberais dos filósofos iluministas e dos princípios norteados pelas recentes Regras de Tóquio, visando precipuamente oferecer uma nova oportunidade aos condenados, antes de partir para a solução drástica de enviá-los ao mundo degradante da prisão, devendo esta reservar-se aos criminosos perniciosos.

A aplicação dessas modalidades punitiva permite ao condenado continuar exercendo ocupação lícita e ainda não o distancia do convívio social e familiar, proporcionando condições favoráveis para sua reabilitação. Saliente-se que para o Estado existe ainda outro fator favorável, pois o custo da aplicação de tais penas é muito menor do que o despendido com a manutenção do cárcere. Ademais, os índices de reincidência remetem-se a uma posição decrescente, reduzindo também o inchaço da população carcerária. Nem se fale ainda nos benefícios que pode trazer à vítima do delito, pois o condenado reabilitado terá maior consciência do seu dever de reparar o dano do que se estivesse sendo corrompido pela prisão e, com o trabalho lícito, poderá prover esta reparação com maior rapidez.

Por fim, as penas alternativas pretendem ainda renovar os propósitos finalistas da pena, deixando de castigar o condenado para recuperá-lo e reintegrá-lo à sociedade, pois, como já se pode ilustrar, a cela é uma tortura moral que provoca solidão e desespero ao condenado, caminhando contra os princípios reabilitadores. Neste sentido, cumpre destacar as manifestações de renomados criminalistas, como Damásio Evangelista de Jesus e Luiz Flávio Borges D'Urso, respectivamente:

"É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com um agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais

no Brasil, permitindo a convivência forçada de pessoas de caráter e personalidades diferentes."

"Face à ausência de perspectivas a curto e médio prazo para a solução dos problemas advindos do sistema prisional, que pelo menos possamos minimizar os efeitos degradantes do cárcere, na esperança, ainda acesa, de que o homem pode ser recuperado, mas jamais num sistema prisional como o nosso".²²

No mesmo sentido, consigna Weber M. Batista: "*...los cárceles son y es doloroso decirlo, verdaderos focos donde se gesta el delito, se forman los delincuentes, lejos de disminuir la criminalidad, ella aumenta progresivamente, transformando el primário ocasional em reincidente*".²³

Outros renomados penalistas como Roberto Lyra, Heleno Fragoso e Manuel Pedro Pimentel relegam a pena de prisão a última *ratio*, argumentando que esta punição é um fato gerador de crimes. Também manifestaram-se em prol das penas alternativas, Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti, respectivamente:

"A política criminal deve ter um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda, que busca humanizar o Direito Penal, recorrendo a novas medidas que não o encarceramento, pretendendo fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores...".²⁴

"As medidas não institucionais despontam como grandes alternativas - deverá ser um novo caminho para as índias nesses mares de tempestade e bonança que conduzem o espírito humano para grandes descobertas. E a maior delas, certamente será a descoberta de outros seres humanos que habitam em nós e em nossos semelhantes".²⁵

Nestes termos, ainda assevera Evandro Lins e Silva, advogado e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal: "Não sou partidário do crime, mas as prisões não vão acabar com a criminalidade, pois ela perverte, corrompe, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só poderemos conservá-la para os delitos em que ela é indispensável. A sociedade ganha com as penas alternativas".²⁶

²² Penas Alternativas. *Revista Consulex*, ano III, nº 26, fevereiro 1999.

²³ BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., 1996, p. 245. *Apud*. MARTINS, Jorge Henrique S., *op cit.* p. 176.

²⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense 1983, p. 48.

²⁵ DOTTI, René Ariel, *op cit.* p. 235.

²⁶ LINS e SILVA, Evandro. *Gramática in sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, p.33.

Por fim, destacando que as penas alternativas são significativamente mais econômicas para o poder Estatal, consignam Louri Geraldo Barbiero e Luiz Flávio Gomes, respectivamente:

"Na verdade, se pode dizer que as prisões são escolas de 'pós-graduação no crime', com a agravante de serem custeadas pelo próprio Estado".²⁷ "Não fosse por humanitarismo, razões econômicas já seria o bastante para uma profunda e radical mudança de atitude e de mentalidade. E preciso racionalidade! Não tem nenhum sentido pagarmos caro para transformar, nos presídios que temos jovens e primários em criminosos violentos".²⁸

Pelos argumentos e citações articuladas é de se ressaltar que a nova legislação reuniu inúmeros adeptos. Contudo, ainda sofre críticas e gera celeumas jurídicas, pois uma parcela da doutrina entende que apesar de toda movimentação jurídica, acadêmica e política em torno das penas progressistas, a nova Lei constitui mera repetição de estatutos anteriores, o que pode comprometer sua eficácia, pois se ignoradas no passado, também o serão na atualidade. Assim, o sucesso das penas alternativas à prisão ainda submete-se ao estágio de superação do preconceito e da conquista de credibilidade.

3.2- *Nomen iuris* equivocado

Destarte, no plano jurídico a Lei 9.714/98, alterou a redação do artigo 43 e seguintes do Código Penal, instituindo modalidades de penas alternativas à prisão, com a nomenclatura de "penas restritivas de direitos". Essa denominação, por si só, tem provocado inúmeras discussões, destacando, que as modalidades punitivas deveriam ser classificadas como penas privativas de liberdade (detenção e reclusão), penas restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade), penas restritivas de direitos (interdições e proibições) e penas pecuniárias (multa, perda de bens e valores). Destaque-se, que a referida discussão não é objeto deste estudo, uma vez que as expressões que definem as penas alternativas não incidem de maneira crucial nos resultados que elas pretendem alcançar. Contudo, sem análise das referidas expressões, cumpre salientar que os debates e conflitos sobre o tema deveriam remeter-se às questões que possam importar no

²⁷ BARBIEIRO, Louri Geraldo. Penas restritivas de direitos: necessidade de criação de infra-estrutura adequada que possibilite a sua execução. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n.º 77, abril 1999, p. 7.

²⁸ Penas Alternativas. *Revista Consulex*, ano III, n.º 26, fevereiro 1999.

aprimoramento destas modalidades punitivas e não à meras questões de ordem técnica. A excessiva preocupação burocrática inibe o senso crítico e o pensamento construtivo no campo prático, o qual necessita de soluções imediatas.

Assevere-se que as penas alternativas previstas no artigo 43 do Código Penal são autônomas e não "acessórias", portanto não podem ser aplicadas cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Também por serem de natureza substitutiva devem sempre prescindir de condenação à prisão. Não devem confundi-las com as penas não-privativas de liberdade, que são aplicadas de forma direta.

Além disso, com a Lei 9.714/98, as penas alternativas à prisão deixaram de ser mera faculdade do magistrado e passaram a figurar como direito do condenado, se preenchidos os requisitos legais. Assim, o juiz está sempre obrigado a apreciar a aplicação de tais penas, devendo justificar, fundamentadamente, se decidir que a pena não é aplicável ao caso concreto, podendo a omissão, incidir na nulidade da sentença. A uníssona Jurisprudência compreende que: "*Constitui direito do réu e não faculdade do juiz*" (STJ Reesp. 64374, 6ª Turma, rei. Ministro Vicente Chenicchiaro); "*Se o juiz nega a substituição, deve fundamentar a decisão*" (RT 644:347).

A aplicabilidade e executoriedade das penas alternativas à prisão encontram-se disciplinadas no artigo 44 e seguintes do Código Penal e vinculam a decisão do magistrado aos ditames legais. Neste sentido, fixada a pena de reclusão ou detenção com supedâneo no sistema trifásico da dosimetria (pena base, circunstâncias agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena), o juiz da condenação deverá apreciar a possibilidade legal de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por uma punição alternativa e, na falta de possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, é que o magistrado poderá recorrer ao instituto do *sursis*, que com a nova legislação passou a ocupar posição subsidiária. A decisão do julgador deve ter como parâmetro a análise cumulativa dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva elencados nos artigo 44, incisos I a III, do Código Penal.

Os requisitos objetivos incidem sobre a quantidade de pena fixada ao condenado, que não poderá ser superior a quatro anos se o crime for doloso, inexistindo limite para substituição, se o delito for de cunho culposos. No mesmo sentido deverá observar se o delito

não foi praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa, pois, se presentes estas circunstâncias, restará prejudicada a aplicação da pena alternativa. Posteriormente, devem ser apreciados os requisitos subjetivos, observando se o réu é reincidente por crime doloso e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, bem como se os motivos e circunstâncias do crime indicam que a substituição é suficiente.

Registre-se que a reincidência dolosa, não trata-se de um impedimento absoluto ao benefício, face a disposição do § 3º, do artigo 44, que estabelece uma exceção a esta restrição. Esse dispositivo prevê que se a reincidência não for específica, ou seja, por delito da mesma natureza e, entendendo o juiz que a aplicação do substitutivo penal é "recomendável" ao caso concreto, tanto para prevenir o crime como para reprová-lo, poderá a pena de prisão ser substituída por pena restritiva de direitos.

Como se vê, a reincidência específica não foi acolhida para o benefício, pois denota a personalidade pervertida do agente e sua reiteração criminosa. Nesta esteira, afirma o doutrinador Jorge Henrique Martins: "Conclui-se, assim, tratar-se de restrição de caráter absoluto, referente à existência de condenação anterior pela mesma infração, partindo-se do pressuposto de que o acusado que assim agiu, deu mostras de que possui personalidade distorcida, não sendo merecedor do benefício".²⁹

Desta forma, no que concerne aos requisitos subjetivos, o legislador remeteu ao intérprete da lei a avaliação em cada caso concreto que aprecie a suficiência da substituição penal para reprovar o delito e reabilitar o condenado.

No que tange à escolha da pena alternativa cabível, o § 2º, do artigo 44, estabelece claramente que, para as penas fixadas em até um ano de prisão, a substituição poderá ser feita por pena de multa ou uma pena restritiva de direitos. Contudo, se a condenação for superior a um ano e inferior a quatro anos para crimes dolosos, já que prestigiados de forma ilimitada os culposos, deve ser aplicada em substituição à prisão, a pena de multa cumulada com uma restritiva de direito ou duas penas restritivas de direito.

²⁹ Martins, Jorge Henrique S., op cit. p. 109.

No entanto, a Lei omitiu-se quanto ao cumprimento destas penas, nada dispendo sobre a execução simultânea ou sucessiva delas. Neste aspecto emanam entendimentos doutrinários antagônicos, defendendo alguns estudiosos, que a admissão da segunda hipótese levaria o réu a cumprir a pena no dobro de tempo, sendo desfavorável a ele. De outro lado, existem aqueles que defendem que a omissão legal permite a execução sucessiva, que, embora exija um tempo maior do condenado, não lhe atribui os efeitos maléficis da prisão.

Cumpra ainda analisar a conversão das penas alternativas em privativas de liberdade, pois como estatutos meramente substitutivos reservam sobrestada a pena de prisão, que passa a imperar em casos de descumprimento das condições impostas pelas primeiras sanções. Consigna o doutrinador Luiz Flávio Gomes: "No momento da substituição a pena de prisão sai de cena, mas não complemente. Fica como um soldado reserva, à espera do cumprimento da pena alternativa. A prisão cumpre um papel de garantia. Caso não funcione o sistema alternativo, volta-se ao clássico".³⁰

A conversão da pena alternativa em pena de prisão encontra-se disciplinada nos § 4º e § 5º, do artigo 44, do Código Penal, tratando-se o primeiro dispositivo, de conversão obrigatória e o segundo, facultativo. O § 4º dispõe que, para a ocorrência da conversão faz-se necessário que o condenado descumpra injustificadamente as condições impostas pelas penas alternativas. Deve, no entanto, ser respeitado o princípio da ampla defesa, ouvindo-se o condenado, antes de determinar a prisão. De qualquer forma, razões de força maior ou caso fortuito, elidem a conversão e mesmo que o Juiz entenda inidônea a justificativa apresentada pelo réu, sempre que possível, a recomendação mais acertada é que se acolha tais argumentos advertindo o condenado sobre as consequências da reiteração.

A disposição do § 5º, por sua vez, especifica a situação em que o condenado está cumprindo o benefício de penas alternativas e vem a ser condenado por outro crime. Note-se que a nova Lei mostrou-se bastante flexível neste sentido, tornando facultativo ao juiz da execução, providenciar a conversão, após análise criteriosa dos delitos praticados e da personalidade do agente para identificar a necessidade da pena de prisão.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio, op cit. p. 107.

Sobre este último dispositivo o conflito doutrinário também se estabelece, entendendo uma corrente, a exemplo do criminalista César Roberto Bitencourt, que o tempo do cometimento do crime da segunda condenação é fator preponderante para influenciar a decisão da conversão, pois, se cometido durante a execução da pena alternativa, demonstra que o réu não se adequou ao sistema e, se em período anterior, indica que o acusado não voltou a delinquir, o que tornaria a conversão inócua.

Outros autores destacam que o momento do crime não é um fator diferencial e que em todos os casos a observação do juiz da execução deve centrar-se na adaptação do condenado ao modelo punitivo alternativo. Os argumentos articulados pela última corrente são no sentido de que existem condenações posteriores que podem não demonstrar a reiteração criminosa específica, desvio de personalidade ou a tendência ao crime, por serem referentes a delitos de naturezas amplamente distintas às dos crimes anteriores.

Via de regra, desde que a condenação posterior não torne impossível o cumprimento da pena anterior e não represente inadequação do condenado à punição alternativa, a conversão em prisão não merece ser prestigiada. O simples indiciamento, recebimento da denúncia ou queixa, ou a prisão temporária ou preventiva, não causam a imediata conversão em cárcere, salvo se a própria natureza do delito constituir falta grave ou descumprimento da condição imposta à punição alternativa. Lembre-se que a lei penal exige sentença condenatória para que implique em conversão, pois preserva a integridade do princípio da "presunção da inocência".

Se a conversão se fizer indispensável ao caso concreto, o tempo de pena já cumprido pelo agente deve ser descontado, respeitando sempre o limite mínimo de trinta dias de prisão. Neste aspecto, como não poderia deixar de ser, a celeuma se restabelece, gerando críticas severas ao limite mínimo estipulado para a prisão. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que esta disposição é inconstitucional por não respeitar a individualização e a proporcionalidade da pena. Contudo, o legislador respaldou-se no entendimento de que esta medida evita e desestimula o descumprimento das penas restritivas ao final de seu curso. Não obstante, tal fundamento mereça ao menos respeito, cumpre discordar, uma vez que um estatuto penal que visa reabilitar o condenado não deve de maneira antagônica impor-lhe medidas tão severas e desproporcionais de coerção.

3.3- Outras Questões Peculiares

Face às disposições da nova Lei 9.714/98, que impõe punições extremamente mais benéficas aos condenados por restringir o *ius puniendi* e ampliar o *ius libertatis*, não se pode negar que o instituto penal deve retroagir *in bonam partem*. Assim, os pedidos de apreciação da aplicação das penas alternativas merecem ser acolhidos e analisados, uma vez que o benefício não constitui faculdade do magistrado, mas direito do réu. Quando a sentença recorrida estiver em primeira instância, a competência para apreciar o pedido será do juízo da condenação, possibilitando que, no caso de denegação, o réu possa utilizar-se do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa para propugnar a revisão do seu pleito. Pelos mesmos fundamentos e para evitar a supressão do primeiro grau de jurisdição, mesmo que o recurso já se encontre em segunda instância, a competência para manifestar-se será do Juízo da condenação. Contudo, se a sentença condenatória for irrecorrível e estiver em fase de execução iniciada ou não, a competência será sempre desse Juízo, que deverá apreciar todos os requisitos objetivos e subjetivos para aplicar a substituição.

Nos casos de recursos de réus reincidentes, com fundamento no fato de que a substituição seria "recomendável", não sendo omissa a sentença de primeiro grau, poderão os Tribunais apreciar o mérito do pedido, aplicando os princípios de economia processual e agilidade recursal. Nada obsta porém que o recurso seja remetido à apreciação da primeira instância.

Outros temas também têm sido objeto de discussão polêmica com o advento da Lei 9.714/98, como a viabilidade da prisão provisória ou temporária (artigos 312e313do Código de Processo Penal), em casos de crimes que, ao final, na sentença condenatória, poderiam ser apenados com substituições alternativas. Os argumentos afirmam que seria um verdadeiro constrangimento ilegal manter o réu preso durante a instrução processual se por ocasião do edito condenatório, poder-se-ia aplicar-lhe pena não-privativa de liberdade. O mesmo ocorre com o pagamento de fiança, que só é permitida para delitos com punições de até dois anos de prisão, conforme artigo 323, I, do Código de Processual Penal, contrariando a política criminal da nova Lei 9.714/98, que atinge os delitos com penas de até quatro anos de prisão. Por estes fundamentos, os referidos institutos merecem uma reavaliação para evitar injustiças *in concreto*.

No que concerne à sentença condenatória por concurso de crimes, algumas considerações merecem destaque, pois ocorrendo concurso material (artigo 69 do Código Penal), nada impede que as penas de prisão aplicadas a cada um dos delitos, sejam substituídas por restritivas de direitos se presentes os requisitos legais. No concurso formal (artigo 70) e na continuidade delitiva (artigo 71 do mesmo Estatuto), o critério norteador é que a pena final não exaspere o limite de quatro anos estabelecido pela Lei. Os crimes preterdolosos também conferem análise, pois se o primeiro for de cunho violento, como no caso de lesão corporal seguida de morte, não caberá substituição, pois a violência contra pessoa obsta o benefício. Contudo, se o primeiro delito não for violento e o segundo for punido por mera culpa, como prevê o artigo 258 do Código Penal, a substituição será plenamente cabível.

Por fim, saliente-se que a Lei 9.714/98 trouxe ainda um acréscimo ao instituto da suspensão condicional da pena, agregando ao artigo 77 do Código Penal, o parágrafo 2º, que dispõe sobre o "sursis humanitário". Esta nova previsão merece ser aplaudida pois atua significativamente como medida que evita o encarceramento. Com a nova redação, a suspensão condicional da pena além de beneficiar os condenados que tinham mais de setenta anos na data do fato ou da sentença condenatória, passou a atingir também os réus que possuam algum problema de saúde que impeça o cumprimento da pena privativa de liberdade, a exemplos dos doentes terminais, portadores do vírus HIV. Contudo, é de salientar que a suspensão condicional da pena somente deve ser apreciada se for impossível a aplicação de penas restritivas de direito, que são mais benéficas ao réu.

CAPÍTULO IV

4- PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: ESPÉCIES

Respeitando os limites impostos pelo presente trabalho faremos agora uma breve digressão sobre cada uma das modalidades das penas alternativas à prisão, pois por suas peculiaridades mereceriam um estudo individualizado e detalhado, uma vez que se encontram circundadas de celeumas doutrinárias e jurisprudenciais. Portanto, faremos uma reflexão genérica sobre as modalidades punitivas instituídas pela nova Lei 9.714/98 com a finalidade de demonstrar que seu teor finalístico rompe com os antigos ideais de punir para castigar exclusivamente.

4.1-Prestação Pecuniária

Na expressiva ponderação de DEL VECCHIO, o dano criminal, que fere o indivíduo e a sociedade, demanda, pela duplicidade de resultados, um duplo ressarcimento. Observa esse autor que para tal finalidade são inúteis as penas de multa quando estimadas de modo arbitrário, sem correlação com o prejuízo, representando, principalmente, um capricho do legislador. Do mesmo modo, devem ser tidos por inócuos os dispositivos atinentes à reparação do dano elaborados sob a perspectiva das consequências do crime, pela sua inaplicabilidade objetiva. É irretocável a conclusão do imortal jusfilósofo ao ponderar que o ressarcimento do dano, tão estudado no Direito Civil, não tem sido objeto de análise mais aprofundada no Direito Penal.³¹

A indenização à vítima do crime pela via penal implica um renascimento do instituto, como refere adequadamente COSTA ANDRADE, e situa "na confluência de duas linhas de força, uma de sentido penal, outra de raiz vitimológica. Responde simultaneamente ao novo entendimento da punição do delinquente e as reivindicações que a vítima logrou fazer ouvir

³¹ RICARDO ANTUNES ANDREUCCI. A propósito do conceito de pena e de ressarcimento do dano em Del Vecchio, artigo publicado na *Ciência Penal*. São Paulo: Convívio, 1976. V. 1. P. 53.

nas instâncias penais".³²

Os múltiplos simpósios e congressos de Vitimologia têm destacado a importância crescente do tema e justificado especiais pesquisas e propostas legislativas. A literatura nacional e estrangeira e os mais importantes conclaves penitenciários têm reconhecido a importância político-criminal da reparação do dano em suas variadas formas (restituição, ressarcimento, composição e indenização), como entidade penal propriamente dita.³³

A reparação do dano já funciona em nosso sistema punitivo em múltiplas situações e para diversos fins: a) como circunstância de especial diminuição de pena (CP, art. 16); b) como requisito para substituir a obrigação de prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, no caso do *sursis* especial (CP, art. 78, parágrafos 1º e 2º); c) como requisito para o livramento condicional (CP, art. 83, IV); d) como atenuante genérica (CP, art. 65, III, b); e) como causa de extinção da punibilidade no peculato culposo (CP, art. 312, parágrafo 3º); f) como um dos objetivos essenciais do processo perante o Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95, art. 62); g) como causa para suspensão do processo (Lei 9.099/95 art. 89, parágrafo 1º, I); h) como causa da extinção da pena nas infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95, art. 72 e 74). O recente diploma de proteção ao meio ambiente também prevê a atenuação da pena quando houver a "espontânea reparação do dano" (Lei 9.605/98, art. 14, II).

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um) salário mínimo e nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (CP, art. 45, § 1º).

O pagamento em dinheiro poderá, no entanto, ser substituído por outro tipo de

³² COSTA ANDRADE, Manuel da. A vítima e o problema criminal. Coimbra: *Separata do Vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980, p. 244.

³³ SCARANCA FERNANDES, António. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. P. 153 *et. seq.*

prestação, desde que haja aceitação do beneficiário (CP. art. 45, § 2º). Essa prática vem sendo adotada, com grande eficiência, nos Juizados Especiais Criminais, através da doação de cestas básicas, de material escolar, de equipamentos hospitalares, de mão-de-obra etc.

A aplicação da prestação pecuniária não depende, necessariamente, da produção de um prejuízo material, assim como se exige quanto à multa reparatória e a perda de bens e valores. Sempre que a infração provocar dano moral à vítima, o juiz poderá obrigar o réu a pagar a vítima e a seus dependentes ou a uma entidade pública ou privada, com destinação social, uma importância não inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Há determinados crimes que causam especial sofrimento moral ao ofendido como a lesão corporal, a ameaça, o dano, a calúnia, a difamação, a injúria, a violação do direito autoral e a usurpação do nome. A consagração constitucional do dever de indenizar o dano moral, quando a ofensa atingir bens personalíssimos (art. 5º, V e X) se coloca na linha de justificação da pena de prestação pecuniária, independentemente da provocação de um dano material.

Esta punição prevista no inciso I, do artigo 44 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.714/98, pugnou, mesmo que tardiamente, pela reparação do dano à vítima do delito, pois prevê que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por prestação pecuniária em seu favor. Ressalte-se que, a vítima somente foi observada na matéria criminal pela vitimologia, ciência que estuda o perfil destes sujeitos passivos do crime, tentando destacar que muitas pessoas colaboram para ocorrência do delito. Dessa forma, a vítima que já tem seu direito agredido pelo infrator passou a ser analisada para que se pudesse estabelecer uma relação de sua personalidade com a criminologia.

Essa preocupação com a vítima não é recente, pois doutrinadores como César Roberto Bitencourt, Garcia Pablos e Luis Flávio Gomes, dentre outros, militam pela reparação do dano causado à vítima, lamentando o fato de que esta obrigação constitua letra morta na legislação pátria. Neste sentido, consignam que o crime não pode ser visto como mero enfrentamento entre o autor do delito e as leis do Estado, pois esta tendência acaba por esquecer que na base delitiva existe um conflito humano, que gera outras expectativas, que transgridem a mera pretensão punitiva, devendo priorizar-se a reparação e não a punição do dano sofrido pela vítima. Neste sentido destaca, César Roberto Bitencourt: "O legislador, pelo menos o

brasileiro, percebe a presença da vítima na relação criminógena, mas desconhece seus direitos e suas perdas ou considera aquela como fator criminógeno", 'punindo-a,' sem aplicar-lhe pena, que é a forma mais sutil e indigna de se castigar alguém".³⁴

Portanto, há que se louvar a iniciativa de qualquer instituto penal que vise simplificar o calvário da vítima, permitindo que ao menos a reparação material possa ser restabelecida sob a égide do Judiciário, como preocupação primária. Também não há que se admitir a alegação de que os réus menos aquinhoados tornam-se prejudicados com esta determinação, porque a situação poderia ser reversa, uma vez que os mais afortunados poderiam reclamar de situações em que condenados pobres comprovam a impossibilidade de reparar o dano, restando aos que possuem condições a obrigação de disporem-se financeiramente. Assim, a reparação do dano não fere a equidade nem prejudica os desventurados, pois preserva os ideais de igualdade e justiça, diante da possibilidade de comprovar-se a impossibilidade de prover a reparação do dano.

Admita-se ainda que a obrigação de reparar o dano já constitui reflexo jurídico extrapenal da sentença condenatória, conforme artigo 91, inciso I, do Código Penal, porém neste caso, não é um instrumento que visa impedir a fixação da pena de prisão e os objetivos da reparação do dano são obtidos de forma mais onerosa e morosa à vítima, que tem que valer-se da esfera civil. Note-se que, na maioria das vezes, esta previsão legal não ultrapassa a expressão da lei, pois as vítimas, ou por desinformação ou por carência econômica, deixam de buscar a reparação do dano naquela esfera e o Ministério Público, que é competente para tal postulação peca por omissão, restando às vítimas o descaso de um Estado que a ainda não as descobriu.

Portanto, não há que se confundir o disposto no art. 91, inciso I, do Código Penal, com a pena alternativa de "prestação pecuniária em favor da vítima". Esta, prevista no artigo 43, I do Código Penal, que é uma pena autônoma, enquanto a primeira constitui mero efeito extrapenal da sentença condenatória.

A pena de prestação pecuniária em favor da vítima constitui uma otimização do

³⁴BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.133

aparato legislativo, pois aderindo ao sucesso alcançado pela Lei 9.099/95, o legislador buscou vincular a substituição da pena privativa de liberdade, que favorece ao réu à obrigação de reparar o dano causado a vítima, beneficiando-a. Da mesma forma, estimulou o cumprimento da pena ao prever a possibilidade de convertê-la em prisão no caso de descumprimento do que lhe foi estabelecido na condenação.

Cumpra também salientar que na legislação estrangeira esta modalidade punitiva já se solidificou com sucesso, valorizando as recentes recomendações da ONU, no sentido de que se apliquem punições que evitem a privação da liberdade. É cediço que o cárcere não resolve o conflito entre o delinquente e a vítima, que deve preponderar ao conflito do infrator com o Estado. Em países como Estados Unidos, Holanda, Itália, Portugal, Espanha, Áustria, Alemanha, Inglaterra, entre outros, a reparação do dano é plenamente difundida entre os juristas, sendo um exemplo a ser seguido pelas demais nações, o que evita as injustiças e os insuportáveis obstáculos para alcançar a reparação do dano no juízo cível, como efeito da sentença condenatória.

Assevere-se que existem críticas contundentes, destacando que esta regra constitui erro crasso, pois na atualidade o grande movimento criminal forense advém de classes humildes que não dispõem deste numerário para elidir a sanção. De qualquer forma, o montante pago na esfera penal sempre será, obrigatoriamente, compensado na esfera civil, como dispõe o § 1º, do artigo 45 do Código Penal. Na mesma esteira, ensina o doutrinador Jorge Henrique Martins: "Importante frisar ser dedutível do montante de eventual condenação em ação de reparação de danos no Juízo Cível, o valor pago a esse título, desde que haja coincidência de beneficiários".³⁵

Face às interpretações doutrinárias e jurisprudências no sentido de que indenizar a vítima no processo criminal seria invadir a esfera civil, a quem compete à apreciação desse direito, essa punição não tem sido muito aplicada. Entretanto, esse argumento não é suficiente para impedir a substituição da pena de prisão por esta modalidade punitiva, pois o direito é sempre interativo e, portanto, pode utilizar-se de outros segmentos jurídicos, subsidiariamente, para impor solução aos conflitos.

³⁵ MARTINS, Jorge Henrique S., op cit. p. 132.

Outra questão que também tem gerado dúvidas e discussões por não ser mensurável é a da conversão desta modalidade punitiva em prisão, quando se fizer necessária, destacando nesse sentido o entendimento do juiz Luiz Flávio Gomes: "Se o sujeito não cumpriu absolutamente nada dessa prestação, a conversão dar-se-á pela pena integral de prisão. Mas se ele cumpriu uma parte? Por analogia *in bonam partem* o juiz deve debitar algo da pena de prisão a ser executada, aplicando, na falta de outro critério mais adequado, a equidade".³⁶

Entendemos, afinal, que, não obstante existam lacunas a serem preenchidas e deficiências a serem sanadas, esse dispositivo representa, no âmbito subjetivo, grande inovação jurídica merecendo ser estimulada sua aplicação. Observa-se que de forma inédita, o Estado esquiva-se da relação jurídica deixando em cena as partes diretamente envolvidas no conflito para que a pena deixe de ser mero castigo imposto por ele ao condenado, figurando como meio de restabelecer a paz, atenuando os danos causados à vítima e reabilitando o réu sem levá-lo ao cárcere.

4.2- Prestação de outra natureza (prestação inominada)

A pena de prestação de outra natureza se encontra prevista no § 2º do art. 45, nestes termos: "No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza".

A Exposição de Motivos da Lei 9.714/98 expressa dois exemplos de prestação de outra natureza que já vinha sendo praticados nos juizados especiais: a oferta de mão-de-obra e doação de cestas básicas. Se se atentar à filosofia daí inspirada ter-se-ia uma acepção ampla da pena de prestação de outra natureza.

Entendemos que ocorreu uma falha da lei ao não exigir o consentimento do condenado, vez que pode preferir ressarcir o dano de outra forma. Nos casos em que a prestação destinar-se a entidades públicas ou privadas com destinação social, abre-se mão de qualquer exigência de aceitação do beneficiário posto que deverão ser atendidos os critérios

³⁶ GOMES, Luiz Flávio, op cit. p. 129.

determinados pelo Poder Judiciário, exclusivamente.

Esta punição tem sido o maior alvo de críticas dos operadores do direito por considerarem que a pena fica a mercê do poder discricionário do juiz, permitindo que a esfera judiciária invada o âmbito do legislativo, indevidamente, através da ação arbitrária do magistrado que deve escolher a pena cabível ao caso concreto.

Sua aplicação estende-se aos casos em que a prestação pecuniária em favor da vítima não for possível ou recomendável, podendo o juiz aplicar "prestação de outra natureza", restando inibidas a fixação da pena de multa ou perda de bens e valores, por serem também de natureza pecuniária. Assim, a substituição deve encontrar-se no plano da obrigação de fazer, como a prestação de mão de obra, entrega de cestas básicas ou reposição, recuperação do meio ambiente, etc.

Argumentar-se-á em sentido contrário à constitucionalidade dessa modalidade de pena, arguindo-se que a prestação de outra natureza é, na verdade, uma pena inominada, e pena inominada é pena indeterminada, que viola o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º do CP).

Outras críticas são enumeradas por doutrinadores em torno da própria expressão legal "prestação de outra natureza", arguindo-se que a prestação de outra natureza é, na verdade, uma pena inominada, e pena inominada é pena indeterminada, que viola o princípio da reserva legal, cominando sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto, deixando de estabelecer os limites para o *ius puniendi* Estatal. Acreditamos que por tais considerações, este dispositivo esteja entre os mais polêmicos dos que foram inseridos à legislação penal pela Lei 9.714/98, ensejando discussões sobre sua constitucionalidade. Isso se deve ao fato de que a norma jurídica não trás preceito claro, preciso, tornando ambíguo e equivocado o entendimento.

Contudo, cumpre discordar desse entendimento uma vez que essa punição atribui ao magistrado o dever de personalizar a pena, tarefa que já lhe compete legalmente. Ademais, esse dispositivo encontra-se em plena consonância com as Regras de Tóquio, que recomendara ao juiz que, se necessário e conveniente, aplique qualquer outra medida que não

envolva detenção pessoal do condenado, respeitando os princípios da segurança social e da dignidade humana.

Segundo Bitencourt, a referida "prestação de outra natureza" é, na verdade, uma pena inominada e pena inominada é pena indeterminada, que viola o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, a CF e art. 1º do CP.), que exige que preceito e sanção sejam claros, precisos, certos e determinados.³⁷

Exige a lei para a aplicação da pena de prestação de outra natureza que haja o consentimento - ou consenso celebrado entre autoridade judicial e o beneficiário, ou seja, de quem irá usufruir a prestação. Mesmo não tendo cunho eminentemente pecuniário, não se pode negar que essa modalidade de pena tem um caráter reparador do dano, por isso ser necessária a aceitação do beneficiário. Este aspecto envolve grande questionamento, dividindo também a opinião dos operadores do direito. Conforme disposição de Damásio Evangelista de Jesus, trata-se de uma medida consensual que prescinde da concordância da vítima. Por outro lado, o insigne juiz Luiz Flávio Gomes, entende que o consentimento somente é necessário se a obrigação de fazer envolver diretamente a vítima em casos que o condenado for prestar um serviço ou mão de obra em seu favor, destacando que, se não houver envolvimento do agente passivo, dispensável será a sua anuência. Neste sentido ele ensina: "A atribuição indelegável do juiz passaria a constituir ato da vítima, numa inversão total de valores. Se o juiz, por exemplo, entende que a pena justa é a prestação de cesta básica, mesmo porque não há danos a reparar, despicienda seria a oitiva da vítima, porque a execução da pena em nada invadirá sua privacidade ou tranquilidade".³⁸

No que concerne às penas que impõem a entrega de "cesta básica", sempre circundadas de interpretações jurídicas confusas, sob a alegação de que inexistente fundamento legal para esta apenação, passou a estabelecer-se de forma mais segura, com a redação do § 2º, do artigo 45, da nova Lei 9.714/98. Sendo a prestação de outra natureza uma punição inominada, nada impede que seja imposto ao condenado a obrigação de entregar "cesta básica" às entidades com fins sociais. Contudo, a relutância em permitir tal modalidade de

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 125.

³⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, p. 135.

punição é ainda uma constante, como se observa pela disposição do jurista César Roberto Bitencourt ao destacar:

"O entusiasmo com que se tem divulgado a aplicação da indignada 'cesta básica' como pena alternativa, tem cegado um grande número de aplicadores do direito, que, provavelmente não se deram conta da ilegitimidade de tal modalidade de 'pena'. Hoje se viola o princípio secular da reserva legal por um motivo nobre, amanhã, talvez, por um motivo nem tão nobre, depois... bem, depois quem sabe, pode-se começar a defender que o princípio não é absoluto, que os fins justificam os meios etc. Por isso, não admitimos a indignada pena de 'cesta básica', simplesmente pela ausência de previsão legal. Em algumas regiões metropolitanas do país a bem intencionada cesta básica virou 'kit combustível da polícia', 'kit paviflex', 'kit reforma do fórum', 'kit aluguel da delegacia de polícia', com um pouco mais, quem sabe, poderá virar 'kit complementar de vencimentos', entre tantos 'kits'".³⁹

Nesta esteira, saliente-se que o direito penal não pode tornar-se panaceia de todos os males, devendo, além de beneficiar a sociedade, respeitar as condições do condenado e sua integridade, bem como a manutenção de sua família. Assim, embora se deva concordar com a aplicação da pena de "cesta básica", esta deve respeitar as limitações do réu, pois se ele não tiver condições financeiras para efetuar a entrega de cesta básica, sem fazê-lo em detrimento da manutenção digna de sua família, caberá ao julgador encontrar a punição mais conveniente.

De qualquer forma, a "prestação de outra natureza" não tem ganhado relevante aplicação de ordem prática, mas, se aplicada, deve estabelecer-se sobre o bom-senso do julgador, que ao utilizar-se da discricionariedade, deve respeitar os limites do interesse e da segurança jurídica, sem incidir em abuso de poder.

4.3- Perda de bens e valores

A espécie penal ora em exame não se confunde com os *efeitos primários da condenação*. Neste caso, a lei determina a perda em favor da União, ressalvando o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, "do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso"(CP, art. 91, II, *b*).

³⁹ Ibid., p. 129/130

A perda de bens ou valores, como modalidade de pena restritiva de direitos, é uma sanção autónoma, caracterizada pela apropriação de coisas móveis ou imóveis pertencentes ao autor do crime e que devem ser transferidas ao Fundo Penitenciário Nacional, ressalvado outro destino conforme a legislação especial. Uma dessas exceções é prevista pela Constituição ao dispor que todo e qualquer bem de valor económico, apreendido em decorrência do tráfico ilícito e drogas afins, será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão de crime de tráfico dessas substâncias (parágrafo único do art. 243).

Para Bitencourt⁴⁰, porém, a nova pena restritiva de direitos, nada mais é que a repudiada *pena de confisco*, que há muito foi abolida em nosso direito penal, eis que seu objeto será o próprio património do condenado.

Para o autor, mencionada pena é inconstitucional, ou, no mínimo, redundante. Nossa atual Constituição não prevê a "perda de valores", pois se refere somente a "perda de bens", além de violar o princípio da personalidade da pena, podendo atingir parcela do património do outro cônjuge e dos herdeiros e sucessores.

Este dispositivo, contido no art. 43, inciso II, do Código Penal, não reservou melhor sorte, pois também tem sido alvo de inúmeros questionamentos jurídicos.

Exige a lei para a aplicação da pena de prestação de outra natureza que haja o consentimento - ou consenso celebrado entre autoridade judicial e o beneficiário, ou seja, de quem irá usufruir a prestação. Mesmo não tendo cunho eminentemente pecuniário, não se pode negar que essa modalidade de pena tem um carácter reparador do dano, por isso ser necessária a aceitação do beneficiário.

A perda de bens e valores deve recair exclusivamente sobre a propriedade legítima do réu, em favor do Fundo Penitenciário, tendo como teto para a fixação o prejuízo causado pela infração ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com o crime, prevalecendo o que for mais elevado.

⁴⁰ Bitencourt, César Roberto, *op. cit.*, p.1 19.

Ressalte-se que muitos doutrinadores entendem que a pena de perda de bens e valores seria uma "nova versão" da antiga pena de confisco, que há muito tempo foi proscrito do direito penal moderno por ser uma punição que transcende a figura do condenado, atingindo a própria família deste, que fica privada de seus bens. É por isso, que parte da doutrina não recebe bem o novo dispositivo penal, considerando que a perda de bens e valores nada mais é do que uma expressão disfarçada e eufemística, para reproduzir a pena de "confisco", retrocedendo às tendências criminológicas.

O confisco no Brasil somente é legalmente permitido como efeito da condenação, previsto no artigo 91, II, alíneas "a" e "b", do Código Penal, face os instrumentos e produtos do crime. Mesmo assim, aplica-se tão somente aos que tiverem origem ilícita (como armas com registro adulterado) e não sobre todos os bens, indistintamente, não merecendo confisco o bisturi do médico, o carro do atropelador, etc. Destaque-se também que a vítima e terceiro de boa-fé não podem ser prejudicados, exceto se o confisco se fizer necessário para proteger que o bem não retorne ao meio social, sendo medida salutar e moralizadora.

Vimos que existe séria distinção entre a pena de "perda de bens e valores", prevista pela Lei 9.714/98, e o confisco disposto no artigo 91, inciso II, do Código Penal. O primeiro é a própria pena e recai sobre os bens lícitos do condenado em prol do Fundo Penitenciário e, o segundo, constitui mero efeito da condenação, recaindo sobre os instrumentos e produtos dos crimes tendo como destino os cofres da União.

Merece análise mais apurada a controvérsia que se estabelece sobre a extensão da referida pena aos sucessores do réu também. A pena de perda de bens e valores, por tratar-se de uma modalidade de sanção, é pessoal, individual, intransferível e adstrita à pessoa do condenado, exaurindo-se o vínculo jurídico penal com a morte do réu. Já a perda de bens mencionada pelo artigo 91, II, "b", do Código Penal é efeito civil e não penal da condenação, podendo, portanto ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos da segunda parte do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal. Contudo, entendimentos divergentes ainda se firmam na doutrina pátria, aduzindo o jurista Luiz Flávio Gomes que a perda de bens e valores mencionada no artigo 43, inciso II, do Código Penal, "*... pode estender-se aos sucessores, tratando-se de uma exceção constitucional*"⁴¹

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio Gomes, *op cit.* p. 138.

No que concerne ao descumprimento desta modalidade punitiva, parte da doutrina entende que se pode aplicar ao caso o disposto na Lei 9.268/96, que institui a inconversibilidade da pena de natureza pecuniária em prisão. Outra corrente, a exemplo do entendimento do juiz Luiz Flávio Gomes, afirma ser impossível o descumprimento desta punição por não tratar-se de obrigação de fazer ou não fazer, como nos casos de "prestação pecuniária em favor da vítima e prestação de outra natureza". Entendemos, porém, que, havendo objeção do acusado no cumprimento da pena, a conversão é possível, pois inexistente restrição legal.

Cumprido consignar que a nova lei também se manteve omissa quanto à transmissão do bem ao Fundo Penitenciário, nada relatando se deve ser feita de forma direta ou indireta, após o leilão ou a venda. Assim, diante de tantas lacunas e obscuridades, o que deve prevalecer é a interpretação jurisprudencial que vai se solidificando, amparada pelo bom senso dos julgadores. O que não se pode conceber é que o juiz, de forma arbitrária, indique bens que pertençam ao condenado, sem lhe oferecer oportunidade para produzir prova em contrário. Se assim fosse, permitir-se-ia que uma pena de cunho liberal se tornasse um instrumento arbitrário e extremamente repressivo, através do qual o Estado poderia locupletar-se para satisfazer sua fúria arrecadadora. Neste sentido afirma César Roberto Bitencourt destacando que o Estado invoca sua ineficiência e torpeza, para enriquecer-se:

"Essa ganância atinge a raiz da imoralidade quando o legislador tenta garantir o locupletamento do Estado com a própria criminalidade, que, antes de tudo, deveria combater eficaz e seriamente, em vez de criar alternativas de arrecadação, como fez nesta lei. Pois sob o pretexto de lançar novas alternativas à pena privativa de liberdade, chega ao ridículo de definir como pena restritiva de direitos, sanções que, por sua própria natureza, são historicamente conceituadas como penas pecuniárias (multa, perda de bens de valores, e prestação pecuniária)".⁴²

De outro lado, o doutrinador Jorge Henrique Martins, milita pela credibilidade desta pena:

"Trata-se, mais uma vez, de medida inteligente, que terá efeito repressivo real. Retirar-se do agente o benefício que auferiu com o crime, além de privá-lo da vantagem, diminui seu patrimônio e desestimula a reiteração. Isso é resultado da constatação de que a atividade criminosa não ocasiona lucro, além de enfraquecer seu poder econômico, servindo até para desconstituir uma eventual estrutura já existente para o cometimento de ilícitos".⁴³

⁴² BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111.

⁴³ MARTINS, Jorge Henrique S., op cit. p.135.

Citado autor entende que a pena em questão não fere o mandamento constitucional. Reza o art. 5º, LIV da Constituição Federal que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". No caso, para a prolação do decreto condenatório, é obrigatório o atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa.⁴⁴

De qualquer forma, enquanto a controvérsia permanece, indispensável se faz exigir e fiscalizar para que todo bem ou valor arrecadado pela aplicação desta punição seja rigorosamente revertido em benefício da manutenção e incremento do sistema penitenciário brasileiro, para que a punição não seja uma incongruência jurídica.

4.4- Prestação de serviços à comunidade

A pena de prestação de serviços à comunidade consiste, segundo JESCHECK,⁴⁵ "no dever de prestar uma 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".

Na redação determinada pela lei 9.714/98 tem-se que "a prestação de serviços à comunidade, ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º As tarefas a que se refere o § 1º 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. § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada".

⁴⁴*Ibid*,p. 136.

⁴⁵ Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal, *Reforma Penal*, P.19

No Brasil, com se vê, **em respeito** aos interesses do condenado, a execução será em horário que não coincida com o trabalho diário daquele, medida por demais acertada, pois determinar que a prestação de serviços à comunidade seja executada durante a jornada normal de trabalho não contribuía com o processo de reintegração social, interferindo negativamente na estrutura profissional, familiar e social do condenado, dificultando, na maioria das vezes, sua sobrevivência e o sustento de sua família.

A uníssona doutrina define essa punição como sendo um dever do condenado 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 sociais. Ademais, seu potencial ressocializador foi acolhido pelo legislador. Atualmente, depois da nova redação consignada pela Lei 9.714/98, essa é a pena alternativa à prisão melhor aceita e aplicada nas sentenças condenatórias. Tudo isso se deve ao fato de que, além de punir, essa pena consegue reunir a gratuidade e utilidade, com a aceitação do condenado no meio social, desenvolvendo atividades que guardam estreita relação com suas aptidões, o que a torna uma medida salutar para frear a inclinação do réu à delinquência.

Outro aspecto importante a salientar é que a redação dada pela Lei 9.714/98 à pena de prestação de serviços à comunidade, acrescentou entre o rol das entidades que podem ser beneficiadas, as de natureza pública, como conselhos municipais de combate ao tráfico de entorpecentes, fundações de amparo a asilos, menores e idosos, ou organismos públicos onde sejam bem recebidas as atividades do recluso, podendo aproveitá-lo em suas aptidões. Considere-se ainda que referente às entidades particulares, o preceito legal afastou em definitivo aquelas que possuem fins lucrativos, para impedir a válvula de escape do locupletamento ilícito, face a mão de obra gratuita.

Assim, a alegação de que essa punição cria vínculo empregatício está plenamente equivocada, uma vez que não se trata de trabalho opcional e voluntário, mas obrigatório, gratuito e instituído por sentença condenatória. Neste sentido leciona Maurício Antônio Ribeiro Lopes quando afirma que: "A prestação de serviços à comunidade configura-se como um ônus que se impõe ao condenado como consequência jurídico-penal da violação da norma jurídica, não é emprego, nem gera relação empregatícia e nem mesmo deve competir com atividades laborativas ordinariamente executáveis, posto que não deve a pena criminal - como

outro efeito perverso - eliminar a criação de empregos.”⁴⁶

Também a prestação de serviços à comunidade tem sido alvo de acerbas críticas por parte de alguns doutrinadores, que a consideram uma forma de ressuscitamento do trabalho forçado, não apenas porque o trabalho se mostra, no caso, obrigatório, como também porque não é remunerado, além de alegarem que seria um estigma bem mais marcante do que o próprio cumprimento da pena privativa de liberdade, na medida em que a situação do condenado seria de conhecimento de um número bem maior de pessoas, o que o deixaria exposto diante da própria comunidade em que vive. Entretanto este entendimento não prevaleceu e segundo o doutrinador Mirabete⁴⁷ trata-se "de pena amplamente aceitável, de um ônus para o condenado, e não de uma relação de emprego. Certamente, o sentenciado preferirá submeter-se a essa sanção, a enfrentar a pena privativa de liberdade na qual o trabalho também é obrigatório. Essa pena atende às exigências da retribuição sem degradar ou corromper".

No entanto, há que se afirmar que o novo diploma legal cometeu um equívoco injustificável, pois somente possibilita a substituição da pena de prisão por prestação de serviços à comunidade se a condenação impor pena superior a seis meses, restringindo a liberdade do juiz em adequar tal punição como pena justa ao caso concreto. Nota-se que é plenamente inviável este dispositivo, pois a prestação de serviços é a pena alternativa de maior repercussão e aceitação, pelo que não deveria sofrer limitação por força de um diploma legal que objetiva ampliar a aplicação destas modalidades punitivas. A justificativa legislativa para esta incongruência é a de que, se permitisse a substituição para penas inferiores a seis meses, não seria possível obter os resultados almejados. Destaque-se que este argumento é vão e inócuo. No entanto, na prática, poderá o magistrado avaliar a efetiva utilidade da substituição.

Embora se trate de uma medida penal pedagógica que busca reabilitar e ressocializar o condenado, essa pena não deixa de impor-lhe certa angústia, pois implica que o réu trabalhe gratuitamente para a sociedade. De outro lado, o reconhecimento de sua utilidade no meio

⁴⁶ Penas restritivas de direitos : críticas e comentários às penas alternativas : Lei 9.714, de 25.11.1998 / René Ariel Dotti...[et ai.].—São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.p 374.,] 999.

⁴⁷ MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 270, *Apud*. Penas restritivas de direitos : críticas e comentários às penas alternativas : Lei 9.714, de 25.11.1998 / René Ariel Dotti...[et ai.].—São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, p. 375.,1999.

social leva o detento a uma reflexão sobre a prática de sua conduta ilícita, facilitando sua reintegração. Assim, os prognósticos, ainda que prematuros causam demasiada esperança de que essa punição alcançará resultados cada vez mais positivos.

Lembre-se por fim que os limites, as aptidões e a dignidade do condenado devem ser preservados, não podendo submetê-lo a qualquer atividade que lhe cause repulsa, seja degradante, vexatória ou humilhante, até porque os resultados reabilitadores não seriam atingidos. Ainda neste ínterim, considere-se que, se o condenado causar dano a terceiro durante a prestação de serviços, a responsabilidade será do Estado e o mesmo ocorrerá se o condenado vier a sofrer acidente ou dano no trabalho, exceto se houver culpa da entidade beneficiada.

Vale ainda salientar que o tempo de cumprimento da pena pode ser mitigado, aproveitando o acusado de dias de férias e folgas para antecipar o lapso de execução, desde que respeite a metade do tempo da pena irrigada originalmente, não se antecipando nunca aquém deste patamar.

Como as demais modalidades alternativas, essa punição tem conotação substitutiva à prisão, podendo ser convertida em privativa de liberdade se descumpridas as condições legais. A conversão ocorrerá se o réu não for localizado ou estiver em lugar incerto e não sabido e ainda se não atender à intimação por edital. Da mesma forma, se deixar de comparecer, injustificadamente, à entidade onde deveria prestar serviços ou recusar-se, injustificadamente, a prestar os serviços designados, assegurado em contrapartida, o direito de atuar de acordo com suas aptidões. Também poderá ocorrer a conversão em prisão se o réu praticar falta grave ou sofrer condenação posterior, que impossibilite a continuidade do cumprimento dessa pena alternativa.

Por fim, cumpre salientar que este instituto punitivo que se demonstra tão promissor, no passado foi levado ao fracasso pelo despropósito de alguns argumentos, como a falta de estrutura para angariar vagas para o trabalho, a dificuldade para conscientizar as entidades sobre o fim ressocializador da pena, a ineficácia dos instrumentos de acompanhamento e fiscalização de seu cumprimento, a falta de aceitação por parte do detento e a deficiência do sistema em fazer a prognose de suas aptidões para adequar o trabalho reabilitador.

Nos dias atuais esse problema tem sido sanado paulatinamente, pois os Juízos das

Execuções de algumas Comarcas contam com o apoio de uma equipe formada por advogado, psicólogo e assistente social, que colaboram diretamente na execução dessas penas. Esse trabalho ainda está se iniciando e tem como sedes pioneiras a cidade de Rio Claro, Bragança Paulista e São José dos Campos no interior do Estado de São Paulo e Porto Alegre no Rio Grande do Sul. Este projeto já tem registrado resultados positivos que certamente irá propagar-se por outras Comarcas.

Compete a essa equipe auxiliar o juiz da execução criminal, fazendo um trabalho de conscientização e angariamento de vagas de trabalho junto às entidades da Comarca. Da mesma forma acompanham, através de entrevistas periódicas e relatórios mensais, todo o desenvolvimento de frequência, desempenho e progressão da reabilitação dos réus. Os condenados têm à sua disposição esses profissionais que os ajudarão a solucionar problemas de adaptação ou ajustes de horários, atividades etc.

Assim, a criação de uma equipe especialmente para coordenar o trabalho com as penas alternativas, notadamente, a prestação de serviços à comunidade, vem corroborar para a otimização dos resultados destas punições, além de poder ajustar a execução da pena às condições específicas de cada condenado, o que certamente proverá a sua reabilitação.

A manutenção dessa equipe é muito mais barata para o Estado do que a construção de estabelecimentos prisionais e ainda permite que a execução da pena alternativa não fique comprometida por ausência de controle e fiscalização. Esse acompanhamento permite ao condenado adequar a execução de sua pena de forma a não comprometer sua rotina de trabalho, não sendo o processo reabilitador prejudicado por qualquer desconforto.

Todavia, o sucesso destas penas não depende somente dos profissionais ligados à sua execução, mas também da credibilidade de todos os segmentos da sociedade, pois o empenho de todos pode promover a superação dos problemas organizacionais, sem renunciar a tentativa de tornar exequível tais sanções. Ademais, a experiência com esta punição tem apresentado resultados surpreendentes, como bem ilustrou Bernard Leroy e Piere Kramer ao ressaltarem: "A participação em um trabalho em benefício da comunidade é um fator de integração social, e, muitas vezes, nos bairros de Bronx e Manhattann, da cidade de Nova Yorque, mesmo após o término da pena, os condenados espontaneamente continuaram a executar os trabalhos, já

não como expiação, mas por pura filantropia".⁴⁸

Mirabete manifestou-se sobre a eficácia desta punição, invocando a necessidade da participação social em disponibilizar oportunidades de trabalho para os condenados:

"O sucesso da inovação dependerá, e muito, do apoio que a comunidade der às autoridades judiciais, possibilitando a oportunidade para o trabalho do sentenciado, o que já demonstra as dificuldades do sistema adotado diante da reserva com que o condenado é encarado no meio social. Trata-se, porém, de medida de grande alcance e, aplicada com critério, poderá produzir efeitos salutareos, despertando a sensibilidade popular".⁴⁹

Em suma, a prestação de serviços à comunidade pode ser a punição alternativa que trará os primeiros resultados desta nova investida penal, pois registra um índice maior de aceitação no corpo social e jurídico, assim como um número menor de conflitos que possam inibir sua aplicação.

4.5- Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos é a mais significativa dentre as penas restritivas de direitos, pois se trata da única que se traduz numa limitação da capacidade jurídica do condenado, destituindo-o de um ou mais direitos, sendo que esta ganhou autonomia quando deixou de ser pena acessória, de caráter complementar, para transformar-se em pena principal, ao lado da pena privativa de liberdade e da pena pecuniária.

Esta modalidade de pena restritiva, ao contrário das outras- que são genéricas- é específica e aplica-se a determinados crimes. Tais interdições, além de apresentarem um caráter evidentemente preventivo, afetam sobremaneira os interesses econômico-sociais do réu, sem, contudo, dar causa aos inconvenientes que acompanham uma pena privativa de liberdade de curta duração.

Trata-se de uma pena alternativa genérica, prevista no artigo 43, inciso V, e no artigo

⁴⁸ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 183. *Apud* . MARTINS, Jorge Henrique S., op cit.,p. 42.

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini . *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 269. *Apud*. MARTINS, Jorge Henrique S., op cit.,p. 41.

47 e incisos, do Código Penal, devendo ser aplicada em estrita consonância com a prática delitiva, ou seja, com o mau uso do direito violado. Assim, não se pode confundir com os efeitos da condenação previstos no artigo art. 92, do Código Penal, pois é uma sanção autônoma aplicada sem detrimento de outras sanções no âmbito ético e administrativo.

4.5.1- Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.

A primeira modalidade de pena de interdição temporária de direitos refere-se à proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. A aplicação da pena exige, como pressuposto, que o agente tenha praticado delito no exercício de cargo, emprego ou função ou atividade, violando os deveres que lhe são inerentes (art. 56 da nova parte geral do CP). A proibição do exercício tem caráter temporário, não se confundindo, por isso, com a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, que só ocorre, como efeito da própria condenação, "nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, quando a pena aplicada for superior a quatro anos".

O inciso I, do artigo 47, prevê a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, atingindo aqueles que usufruem a condição de funcionário público. Ressalte-se, porém, que não se exige que o funcionário pratique crime contra a administração pública, bastando que viole os deveres de sua função, como o prestar de forma direta e pessoal a atividade, ter lealdade à ordem Constitucional, assiduidade e residência, além, de respeitar a proibição de cumulação de empregos e atividades. De outro lado, não se trata de incapacidade definitiva, pois durará tão somente nos limites da pena, porque não havendo impedimento administrativo o funcionário poderá retomar ao trabalho.

Quanto aos funcionários políticos poderão ter suspensão parcial de seus direitos. A discussão circundando esse tema acentua-se quando se refere à perda de mandato eletivo de Deputados e Senadores que compõem o "Parlamento Federal". E o entendimento da maioria doutrinária assegura que isso somente seria possível mediante apreciação do Poder Legislativo, como ilustra o artigo 55, VI e § 2º da Carta Magna, não podendo a perda do

mandado subordinar-se a determinação de outro Poder.

4.5.2- Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam da habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

A segunda hipótese de pena de interdição temporária de direitos refere-se à proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício, definidos conforme o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, se infringidos os deveres pertinentes a estes misteres ou se deles tenha se utilizado com abuso. Portanto, a violação deve ser inerente à atividade e a punição deve atingir apenas o segmento do qual ocorreu o crime, não impedindo que o condenado se dedique a outros trabalhos. É de se ressaltar que, se um profissional exercer o direito interdito, em uma situação excepcional, movido pelo estado de necessidade, como no caso de um médico suspenso temporariamente que atua para salvar uma vida, não deverá ele ser punido.

Trata-se de pena restritiva específica, somente podendo ser aplicada quando o crime for cometido no exercício da profissão ou atividade ou ofício e sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, art. 56). É o que ocorre, por exemplo, quando a profissão (ocupação remunerada ou não) ou ofício (trabalho não-especializado e remunerado, geralmente manual) exige para o seu regular exercício o preenchimento de certos requisitos inafastáveis (ex.: curso superior ou técnico, licença, registro etc), dado que devem ser rigorosamente fiscalizados e controlados pelo Poder Público.

Desde que preencha todos os requisitos necessários e a substituição revele-se suficiente à reprovação e prevenção do crime, qualquer profissional que for condenado, por crime praticado no exercício de seu mister, com infringência aos deveres que lhe são inerentes, poderá receber esta sanção.

4.5.3- Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

Outra modalidade de interdição temporária de direitos é a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, que deve ser aplicada aos crimes culposos de trânsito, visando retirar a habilitação, mesmo que temporariamente, das mãos do motorista descuidado. Tal punição tem por fundamento o fato de que o veículo é um instrumento perigoso de vazão da agressividade, da prepotência e do desequilíbrio emocional, exigindo cautela em sua direção. Assim, afastando do trânsito o motorista negligente, imprudente ou imperito e impedindo que ele desempenhe atividade para qual mostrou-se irresponsável e perigoso, visa-se a impedir a oportunidade de novo acidente.

Não se pode negar que essa punição acaba por atingir o interesse econômico do condenado, que muitas vezes, fica impedido de exercer seu labor por determinado tempo, o que por si só, constitui dupla punição de ordem correcional/reabilitadora e a de ordem pecuniária. A recomendação é no sentido de que nos casos em que, o motorista for profissional e ficar impossibilitado de exercer a profissão com a punição, não se aplique tal pena, pois estar-se-ia acumulando as punições previstas no inciso II e III, do artigo 47, do Código Penal, além da de ordem pecuniária, por inibir-lhe o direito de alcançar seu sustento ou promover o de sua família.

Esta punição tem pleno assento legal, pois além de haver ganhado nova redação com a Lei 9.714/98, no artigo 47, do Código Penal, encontra-se amparada por dispositivo Constitucional (artigo 5^o, inciso XLVI), bem como no novo Código de Trânsito Brasileiro, como medida Administrativa (artigo 160, § 2^o) e Judicial (artigos 256, 261, 263 e 272). Ainda, constitui efeito da sentença condenatória, face o artigo 92, III, do Código Penal, porém é aplicado somente quando o veículo é meio utilizado para a prática delitiva dolosa.

E relevante destacar que os dispositivos do Código de Trânsito, prevêm a mesma punição da Lei 9.714/98, não fazendo distinção entre crimes dolosos e culposos. Aí deve prevalecer a primeira legislação pela aplicação do princípio da especialidade. Nada obsta, porém, a aplicação subsidiária da Lei 9.714/98, como nos casos em que o réu esteja dirigindo ciclomotor sem autorização, pois neste caso não se configuraria crime do artigo 309, do Código de Trânsito Brasileiro, que menciona o termo "habilitação" e nada fala sobre "autorização". Nem há que se entrar no mérito de constituir ou não tal conduta ilícito penal, em face da demonstração do perigo real de dano, pois esta é uma temática complexa que

merece um estudo particular.

Por derradeiro, a disposição do inciso IV, do artigo 47, dispõe sobre a proibição de frequentar determinados lugares, constituindo mais uma novidade da Lei 9.714/98. A doutrina também tem criticado a aplicação desta pena consignando que constitui uma privação de liberdade, alertando ainda, que o lugar indicado pelo magistrado quando da sentença, deve guardar conexão e influência criminógena com a personalidade do acusado e, ao mesmo tempo, estar relacionado com o delito por ele praticado, não se justificando tal medida se o local do crime for meramente um ambiente incidental para o infrator.

Assim, o melhor entendimento é da corrente doutrinária que tem compreendido que as restrições devem incidir sobre bares, casas noturnas e lugares onde possa romper a moral e o aprendizado ético-social. O que se depreende é que esta pena deve ser acima de tudo uma medida que, ao alvedrio do juiz possa exigir do condenado uma mudança de comportamento mental, impedindo o cometimento de atos anti-sociais ao frequentar ambientes nocivos. Não caberia o mero cerceamento de sua liberdade.

4.6- Limitação de fins de semana

A pena de limitação de fim de semana consiste na imposição de recolhimento do condenado, em casa de albergado, ou em outro estabelecimento adequado, pelo tempo de cinco horas diárias, aos sábados e domingos, para não coincidir com o horário de seu labor e não comprometer a relação sócio familiar. Trata-se de punição também alternativa ao cárcere definitivo, mas de qualquer forma restringe parte do tempo do condenado, pois o submete a atividades com fins pedagógicos. Assim, receberá cursos, palestras e realizará outras atividades educativas, aproveitando positivamente seu tempo.

Conforme disposição da lei caberia ao Juiz da execução determinar o estabelecimento e as condições pessoais do cumprimento. Porém, no Brasil essa punição não passa de ficção jurídica, pois a boa intenção do legislador esbarra na carência de estabelecimentos próprios para execução de tais penas, além da ausência de pessoal capacitado para fiscalizar o cumprimento da pena. A grande crítica que se pode fazer a essa modalidade de pena é dirigida

não ao legislador, mas ao administrador público, que solenemente desprezou todos os investimentos determinados pela Lei 7.210/84, reafirmando o histórico descaso da Administração Pública brasileira para com o sistema penitenciário, de um modo geral, e com os reclusos, em particular.

A consequência natural da inexistência de tais estabelecimentos é a inviabilidade de aplicação dessa sanção, em que pese seu grande caráter reeducativo.

Muito embora pareça uma posição extremista, não se pode negar que em o preso não exercendo o direito do voto e os investimentos no sistema penitenciário não rendendo dividendos políticos, acabam sendo usadas somente as sobras de verbas do orçamento público para a reforma daquilo que já existe no sistema carcerário. Com este quadro desolador, evidentemente, que as pretendidas casas de albergados, que têm dupla finalidade, servindo para o cumprimento de penas privativas de liberdade em regime aberto e abrigando os beneficiados com a pena de limitação de fim de semana, não passaram de uma "ficção jurídica". Com o projeto do novo Código Penal, que se encontra em tramitação no Congresso, prevê a exclusão da casa de albergado da legislação brasileira, está configurada a derrocada definitiva dessa modalidade punitiva.

O propósito reformista do governo limitou-se em editar mais uma lei de difícil execução, face a sua omissão em criar condições de operacionalizá-la, o que implica na decisão dos juizes em não aderirem à aplicação do instituto em tela por saberem que as penas não serão devidamente executadas, levando à desmoralização da Justiça. Muito embora em países como Portugal, Bélgica e Espanha, essa punição tenha alcançado resultados eficazes, o Brasil não dispõe de uma política criminal que viabilize sua aplicação, produzindo-se a impossibilidade de sucesso com essa modalidade punitiva. Neste sentido ressalta César Roberto Bitencourt: "Essa é a maior demonstração de que institutos bem sucedidos em determinados países, não podem simplesmente, serem transportados para resolver problemas locais, sem o exame profundo das conjunturas estruturais e peculiares de cada região, cada povo, de cada cultura, enfim, da adaptabilidade ou não de um instituto alienígena a uma nova realidade social".⁵⁰

⁵⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 155.

De qualquer forma, cumpre salientar que se houvesse efetiva aplicação desta pena poderia ser convertida em prisão nos mesmos moldes já apresentados para a pena de prestação de serviços à comunidade.

4.7- Multa substitutiva

Esta pena encontra-se disciplinada no artigo 44, § 2º do Código Penal, e já é uma prática habitual no instituto penal punitivo brasileiro, antes prevista no artigo 60, § 2º, do Código Penal, como substitutiva à pena de prisão. Atualmente, com a redação dada pela Lei 9.714/98, essa pena encontra-se disposta no do artigo 44, embora exista compreensão doutrinária de que o artigo 60, 2º, pode ser utilizado subsidiariamente. Cumpre discordar deste entendimento, pois a nova legislação acolheu e versou, sobre toda a matéria, derogando o dispositivo anterior.

A aplicação da pena de multa pode ocorrer de várias formas, sendo originária como previsto no delito do artigo 136 do Código Penal ou substitutiva, aplicada após a fixação da pena privativa de liberdade, conforme artigo 44, § 2º, embora nas duas situações, constituam sanções que evitam a carcerização.

Com o novo dispositivo penal, essa modalidade punitiva ganhou maior abrangência, uma vez que, antes da edição da Lei 9.714/98, alcançava os delitos punidos com até seis meses de prisão e, atualmente, pode ser aplicada aos crimes apenados com prisão de até um ano. O § 2º do artigo 44 prevê que até um ano de prisão a multa pode ser aplicada isoladamente como substitutivo penal e, superado este lapso, deve ser cumulada com outra pena restritiva, embora algumas delas, como a perda de bens e valores ou prestação pecuniária, também tenham natureza pecuniária.

Críticas, contudo, exsurtem apontando que a pena de multa é inconveniente por oferecer tratamento desigual aos condenados face o seu poder aquisitivo. Porém, o sistema atual, baseado nos dias-multa, permite que a pena seja adequada às condições financeiras específicas de cada réu. Ressalte-se ainda que embora tenha impulsionado inegável celeuma

jurídica, a Lei 9.268/96 acabou por sanar definitivamente qualquer desigualdade, pois revogou a conversão da pena de multa em prisão, como dispunha o artigo 51 do Código Penal e o artigo 182 da Lei de Execução Penal. Esta nova legislação consignou que a pena de multa, após o trânsito em julgado, deve ser inscrita como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, transformando-se em dívida de valor.

No entanto, a discussão agora incide sobre a competência para executar a sua cobrança. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que apesar da pena de multa manter seu caráter penal, na prática, ao ser inscrita como dívida ativa, transfere a competência da execução à Fazenda Pública, retirando a legitimidade do Ministério Público. Outros entendem que a legitimidade permanece com o Ministério Público, pois a multa não teria caráter civil e sim criminal e se transformada em dívida ativa, não respeitaria a personalidade da pena. Em sendo de caráter criminal, a morte do agente extinguiria a punibilidade e, em sendo civil, transmitir-se-ia aos herdeiros. A meu ver a competência para mover a execução da pena de multa é da Fazenda Pública, pois dívida de valor.

Outro problema também conflitante é a disposição legal que prevê que na conversão em pena de prisão deve respeitar-se o mínimo de trinta dias, configurando flagrante injustiça frente a dívida do condenado por chegar a sobrepor a determinadas condições originárias. Neste sentido, salienta Damásio E. de Jesus: "Imagine que o sujeito venha a ser condenado pela contravenção de exercício ilegal de profissão (art. 47 da LCP), a 15 dias de prisão simples, substituída por 15 dias de interdição de direitos (art. 47, II CP). Cumpre 10 dias e infringe a restrição. Converter-se-ia a pena alternativa em 30 dias de prisão superior ao mínimo da contravenção?".⁵¹

Cumpra ainda salientar que a pena de multa em sua modalidade substitutiva, sobrepõe-se unicamente à pena privativa de liberdade, permanecendo inatingível a pena de multa fixada originariamente. Denote-se o que ocorre com a apenação do porte ilegal de entorpecentes, que estabelece seis meses de detenção e pagamento de vinte dias-multa. A substituição por pena alternativa atingirá somente a pena de detenção fixada, permanecendo a obrigação de pagar a multa.

⁵¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, p.' 108.

A doutrina também se divide nesse aspecto, pois estudiosos como Alberto Silva Franco e Damásio Evangelista de Jesus defendem que a pena original já fica absorvida pela aplicação da pena substitutiva, tendo ambas a finalidade de punir o indivíduo que agiu com cobiça e avidez, constituindo a cumulatividade do pagamento de multas, embora uma originária e outra substitutiva, verdadeiro "*bis in idem*".

A nova Lei dispõe de forma diversa, pois estabelece que a multa substitutiva é apenas uma alternativa à pena privativa de liberdade, nada relatando sobre a substituição da multa originária, devendo imperar o entendimento de que não houve implícita revogação das penas de multa da parte especial do Código Penal.

CAPITULO V

5. OS CONFLITOS APARENTES DE NORMAS E A LEI 9.714/98

Com a edição da Lei 9.714/98 e a inserção do novo elenco de penas alternativas na legislação brasileira, algumas discussões exsurgiram no cenário jurídico face às peculiaridades da nova legislação que esbarram-se nas leis específicas já em vigor. Assim, faz-se necessário a análise de alguns destes confrontos legais para que se possa definir a compatibilidade entre os institutos penais.

5.1- A aplicabilidade das penas alternativas aos crimes hediondos e a eles equiparados

Exame à parte merece a repercussão da nova lei sobre os denominados crimes hediondos e equiparados, a respeito dos quais a lei 8.072, de 25.07.1990, em seu art. 2º, veda a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, além de facultar ao juiz decidir se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, impondo, finalmente, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.⁵²

Essa lei, muito criticada pelo que tem de retrógrada, a título de regulamentar o art. 5º., XLIII, da Constituição Federal, foi além, acrescentando por conta própria, restrições não contidas no texto constitucional.

Assim, se é certo que os crimes definidos em lei como hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, bem como o terrorismo, eram e continuam *inafiançáveis* e insuscetíveis de *graça* ou *anistia*, por força do que dispõe o art. 5º, XLIII, da CF/88(matéria que não poderia ser alterada por lei ordinária), tudo o mais que se contém na draconiana Lei nº 8.072/90, por não coincidir com a determinação constitucional, pode ser modificado ou revogado expressa ou tacitamente, por lei posterior, nos termos do art.2º, § Iº, da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁵² Penas restritivas de direitos : críticas e comentários às penas alternativas : Lei 9.714, de 25.11.1998 / René Ariel Dotti...[et ai.].—São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.p 145..1999.

Como já demonstrado, a legislação penal brasileira reserva institutos incompatíveis e desuniformes, que geram conflitos doutrinários e jurisprudenciais.

Note-se que a Lei 8.072/90 e outras equiparadas como a lei de tortura 9.455/97, em razão de sua repulsa social, como estabelece o artigo 5^o, inciso XLIII, da Constituição Federal, enfatizam a exasperação da pena privativa de liberdade, impondo o regime prisional de pena integralmente fechado. Contudo, esta determinação é uma incongruência jurídica, pois não admite que o condenado progrida gradativamente antes de retornar ao convívio social. Em contrapartida, permite que, após longos anos de cárcere, tendo sofrido degradação de sua personalidade, volte imediatamente às ruas através do livramento condicional.

Já, a nova lei 9.714/98 caminha em direção plenamente antagônica, propugnando pela política criminal de aplicação de penas alternativas à prisão. Assim, embora muitas vezes os requisitos objetivos e subjetivos para aplicação das penas alternativas estejam presentes, elas não podem substituir a prisão face o potencial criminógeno que algumas legislações, como a dos Crimes Hediondos, empregam à prática delitiva. Segundo parte da doutrina e da jurisprudência que defende a incompatibilidade dos referidos estatutos penais, os delitos tipificados como hediondos, muito embora não apresentem violência explícita, implicitamente, configuram elevado risco à incolumidade pública, a exemplo do tráfico de substâncias entorpecentes.

Contudo, existem jurisprudências compreendendo que a aplicação das penas alternativas a estes delitos não é completamente incompatível, pois o regime prisional não está entre os pressupostos da aplicação da Lei 9.714/98. Usa-se ainda por analogia a aplicação do sursis que também é uma medida alternativa à prisão e já vem sendo aceita nos casos de crimes hediondos, como ilustram as seguintes decisões: "RT 660:261 e 266, TJSP, HC 112.809, RT 676:298, TJSP, Acrim 112:837, JTJ, 134:417, RT 719:391, STJREsp 91:851, 5^a Turma, RT 739:572⁵³".

Assim, em tese as penas alternativas poderiam ser aplicadas a estas figuras delitivas, não podendo o juiz ao denegar esse direito ater-se na fundamentação da gravidade do delito.

⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo:Saraiva, p. 95.

Acórdãos já firmaram entendimentos diversos: "A simples alusão à gravidade do delito *in abstracto*, sem suficiente fundamentação, não basta, por si só, para a fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso ao réu" (STF HC 77682 SP, Rei. Ministro Néri da Silveira e STF HC, 77790 Rei Ministro Sepúlveda Pertence). Luiz Flávio Gomes manifestou-se sobre esse julgado: "Essa doutrina é mais do que apropriada para as penas alternativas que somente poderão ser refutadas com base em sentença devidamente fundamentada⁵⁴".

Na mesma esteira, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"(...) O inconformismo referente à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não procede. A simples alegação de ser crime hediondo não obsta a substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do Código Penal, com as alterações da Lei 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso do crime de tráfico, seja substituída por restritivas de direitos. (...) Também não constitui óbice à referida substituição o fato de o regime de cumprimento de pena ser integralmente fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º). Uma coisa é a substituição de pena; outra, diversa, é sua execução, ou seja, a forma como vai ser cumprida. (TJMG, Ap. 148.427-8, Itanhandú, 1ª Câm. Crim., rei. Des. Zulman Galdino, j. 29.06.1999, v.u.)".⁵⁵

Vejamos trechos do acórdão do TJ-SC da lavra do eminente Des. José Roberge, decidindo pela prevalência da Lei 9.714/98 sobre a Lei 8.072/90, admitindo a possibilidade de substituição de pena de reclusão do crime de tráfico de entorpecentes por pena restritiva de direitos.⁵⁶

"[...] No tocante ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade imposta, a ser cumprida em regime integralmente fechado, por restritivas de direito nos moldes fixados pela Lei nº 9.714/98, tem-se que tal providência é possível, em tese, porquanto a lei nova, posterior ao crime imputado ao apelante, tem efeitos e consequências benéficas, especialmente porque evita o encarceramento.

Discorrendo sobre quando a lei penal pode ser considerada mais favorável, o professor RENÉ ARIEL DOTTI, citando MAGGIORE (*Principii di diritto penale*. Bologna; Nicola

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio, op cit. P. 112

⁵⁵ "CHOUR, Fauzi Hassan. Penas alternativas. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 777, p. 467/468, julho 2000.

⁵⁶ Aplicabilidade das penas alternativas a crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, a. s, n. 33, jul, 1999. Disponível em : <http://www.ius.com.br/doutrina/texto.asp?id=382>.

Zanichelli Editore, 1961. Vol. I, Tomo I^o, p. 152), afirma que isto ocorre quando, dentre outras disposições, tratar de "diversa determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais"(A Retroatividade da *Lex Mitior* e o Critério da Combinação de Leis, *apud* JUSTIÇA PENAL, v. 10, p. 344).

É o caso dos autos: lei nova, com diversa determinação da espécie da pena.

Não há dúvida que a lei posterior que, de qualquer modo, beneficiar o réu (*lex mitior*), deve ser aplicada imediatamente, inclusive com efeito retroativo por ser direito e garantia individual consagrado na Constituição (*A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*- CF, art. 5^o, XL) e no Código Penal (art.2^o e parágrafo único), justificando-se a sua aplicação em qualquer circunstância ou estágio do processo, assim como aos fatos já decididos com sentença condenatória transitada em julgado.

Diante da importância do tema suscitado, deve ser bem analisada a possibilidade da substituição pleiteada aos casos de crimes hediondos e aos a eles equiparados, em especial aos de tráfico ilícito de entorpecentes para, após, determinar-se se ela pode, ou não, ser operada no caso dos autos.

O texto constitucional, norma fundamental e sustento de validade de todo o ordenamento pátrio, deve ser analisado sistematicamente, cotejando-se seus artigos e seus significados para, então, extrair-se as consequências jurídicas dele advindas, garantindo-se, sempre, os valores supremos que orientam o Estado Democrático de Direito: exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo da CF).

A violação de "um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendendo, abatem-se as vigas que os sustêm e alui-se toda a estrutura nela esforçada"

(CELSO ANTÓNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 5^a ed., p. 451).

Nesse vértice, o magistrado, como membro de um Poder e, como tal, representante do próprio Estado, deve observar e garantir, primordialmente, os valores e princípios norteadores da Carta Magna, dela destacando-se a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5^o, II), e que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5^o, XXXIX).

A pena, inserida nos dispositivos constitucionais citados, é usada em sentido amplo, significando não só aquela sanção imposta pela prática de conduta tipificada como crime, mas também reprimenda aplicada ao indivíduo que descumpre qualquer outro preceito legal, seja civil, administrativo, etc.

Pois bem, a Lei n^o 8.072/90, que é especial, definiu os crimes hediondos e seus equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, aumentou as sanções penais e proibiu expressamente a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, acrescentando que o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta deverá se dar em regime integralmente fechado (art. 2^o, I, II e § 1^o), nada dispondo quando à impossibilidade ou incompatibilidade tanto de suspensão condicional da execução da *pena(sursis)*, muito menos de substituição por penas restritivas de direito.

Desse modo, diante da omissão da lei especial (que não pode ser entendida como "lacuna no processo de auto-integração da lei" , como lecionou WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *in* Curso de Direito Civil, Parte Geral, 17^a ed. SP: Saraiva, 1978, p.38) as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e dosimetria da pena, inclusive as atinentes à substituição das penas privativas por restritivas de direito, são aplicáveis aos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90 (claro excluídos aqueles cujas penas aplicadas excedam de 4 anos e aos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa), com as ressalvas explícitas contidas no art. 2^o,I,II e § 1^o.

A previsão na lei especial de regime integralmente fechado em nada impede a

possibilidade de substituição da pena de reclusão pelas restritivas de direito, porquanto tratam-se de coisas distintas e independentes entre si, de exame sucessivo no art. 59, do CP, pois a viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito deve ser verificada obrigatória e subseqüentemente, de ofício (inciso IV), somente após quantificada aquela e fixado seu regime (inciso III).

A propósito, recentemente decidiu-se no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que a seqüência legal prevista do art. 59, do CP, deve ser observada quando da aplicação da pena, "ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68, do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III c/c art. 111, da LEP) para, depois examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição 'por outra espécie de pena, se cabível (inciso IV); o exame sobre a possibilidade de concessão do sursis somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior (CP, art. 77, inciso III)".

Neste ponto invoca-se novamente a doutrina de DAMÁSIO E. DE JESUS quando afirma, sobre o tema, diante da lei nova:

"As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. Cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução. Estes são próprios do sistema progressivo. De maneira que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não fala-se em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a "execução da pena privativa de liberdade", não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Encontramos parâmetro no sursis, que também admite, em tese, sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Como já dissemos, a execução da pena imposta em face do crime hediondo, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o sursis. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência imprópria, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o "disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o sursis constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. Nesse sentido: ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, crimes hediondos, RT, 660:266; CLÁUDIA VIANA GARCIA, A Lei n. 8.072/90 e o sursis: possível a concessão?, Boletim do IBCCrim, São Paulo, maio 1997, 54:8; TJSP, HC 112.809, RT, 676:298; TJSP, ACrim 112.837, JTJ, 134:417 (tentativa de estupro); TJSP ACrim 166.011, 3ª Câm. Crim., j. 27-6-1994, JTJ, 161:311; TJSP ACrim 153.487, rei. Des.Canguçu de Almeida, RT, 719:391; STJ, REsp 91.851, 5ª T., RT, 739:572. Contra: STJ, REsp 60.733, 5ª T., DJU, 12 jun. 1995, p.17637; STJ, REsp

91.852, 6^a T., DJU, 5 maio 1997, p. 17197. A argumentação referente ao sursis é aplicável ao tema das penas alternativas. Contra, no sentido de que, cuidando-se de crimes hediondos, é inadmissível a aplicação do sistema vicariante: CÉZAR ROBERTO BITENCOURT e LUIZ RÉGIS PRADO, Código Penal anotado, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais (no prelo)".⁵⁷

LUIZ FLÁVIO GOMES também entende que:

"o regime fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se chega 'a execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplicar a regra do 'regime fechado'. Só se pode falar em 'regime' na fase de execução da pena de prisão".⁵⁸

Ademais, o fato de a pena privativa de liberdade ser cumprida integralmente em regime fechado será um reforço adicional e estímulo para que o condenado cumpra e observe o regramento da pena restritiva, pois esta será convertida naquela se houver o seu descumprimento (art. 44, §4º, do CP).

Embora possa existir disparidade entre a situação do condenado a cumprir uma pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado e a condição daquele que obtém substituição por "pena alternativa", tal distinção é natural e facilmente justificável, posto que, na prática, diversas são as formas das ações criminosas, tendo, cada uma delas, graus de reprovabilidade social diferenciadas.

Assim, o agente que, por uma única vez buscou, em situação que caracteriza crime de tráfico de entorpecentes, uma forma talvez desesperada de sustentar seu vício, merece reprimenda completamente diferente daquele que se revela grande traficante e fornece quilos ou até toneladas de substâncias estupefacientes a pessoas dependentes, pratica violência, alicia crianças para o mundo das drogas e envolve outras pessoas ("mulas", olheiros, e etc.) para a prática de diversos ilícitos, com intuito lucrativo e para manter sua impunidade.

Por outra, como lembra LUIZ FLÁVIO GOMES, "cada caso é um caso. Nunca um magistrado irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem que cede gratuitamente a

⁵⁷ JESUS, Damásio de. Penas Alternativas. SP: Saraiva, 1999, p. 95/96

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit, p. 113.

droga numa reunião de amigos e outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores. A nova lei confia na prudência dos operadores jurídicos, que existem precisamente para construir a jurisprudência".⁵⁹

Torna-se evidente, portanto, que enquanto ao primeiro deve ser aplicada pena que permita sua plena ressocialização e tratamento, inclusive evitando-se sua contaminação com o ambiente deletério da prisão com a promiscuidade maligna com os demais criminosos, ao segundo, narcotraficante repulsivo movido pelo lucro fácil, a sanção deve ser firme e contundente, com cunho repressivo e preventivo, exemplarmente dissuadindo a entrada de outras pessoas no mundo do crime.

Daí revelar-se como oportuna à aplicabilidade das novas sanções aos crimes em>comento, com rígida observância do requisito subjetivo incluído pelo legislador no inciso III, do art. 44, do CP, cabendo ao sentenciante análise da suficiência da substituição da prisão pelo cumprimento de pena "alternativa", com o que poderão ser evitadas injustiças que derivaram da lei na forma anterior, quando o pequeno e infeliz usuário flagrado em situação de tráfico era apenado com a mesma sanção que seria imposta ao grande traficante.

Importante trazer mais uma vez a opinião do mestre DAMÁSIO E. DE JESUS, também em comentários à nova lei geral:

"Tráfico de drogas. Admite, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido, pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (Folha de S. Paulo, O Globo e O Estado de S. Paulo, edição de 25 de novembro de 1998). O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias pessoais e objetivas, estas referentes à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP".⁶⁰

Por outro lado, revela-se insustentável o argumento contrário à aplicabilidade das penas alternativas especificamente para os crimes de tráfico de entorpecentes quando invoca que estes, por serem equiparados a hediondos, não podem ser considerados de menor gravidade e que somente estes delitos mereceriam a aplicação de penas "alternativas", diante da "*mens legis*" motivadora da Lei n. 9.714/98 (em sua exposição de motivos menciona-se direção até crimes de média gravidade).

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit, p. 112.

⁶⁰ JESUS, Damásio de., Penas Alternativas, SP:RT, 1999, p.89-90

É que, a distinção entre crime hediondo ou de especial gravidade com o crime de média gravidade ou mesmo de menor potencial ofensivo não se encontra escrita de forma expressa nem mesmo implícita, no texto ou sequer na ementa da lei (e ementa não faz parte do comando normativo); ao contrário, na Lei n. 9.714/98 foram definidos os critérios legais para aferição da possibilidade de operar-se a substituição de forma geral, sem ressalva à classificação do crime por sua gravidade ou potencialidade lesiva (salvo aqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa).

Assim, se a Lei n. 9.714/98 não vedou expressamente a aplicação de penas alternativas aos crimes de especial gravidade, aos hediondos e equiparados, então o intérprete não poderá fazê-lo por conta própria, pois o princípio da legalidade insculpido no texto constitucional garante ao cidadão que o Estado não lhe aplicará sanção que não esteja amparada em lei anterior que a comine, valendo invocar a máxima "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*", ou seja, se a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, especialmente quando esta distinção resultará fatalmente em prejuízo ao réu.

O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, advindo do enunciado formulado por ANSELMO FEUERBACH - *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem* -, consagrado no art. 1º, do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta "só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito penal, como bem escreveram os doutos Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO e Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR; a seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos: "A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Fragantemente oposta ao mandamento

constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei".⁶¹

A questão tem, assim, resposta certa, clara e cristalina:

A substituição da pena privativa de liberdade, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 e incisos do Código Penal, é direito público subjetivo do réu, ainda mais por se tratar, inegavelmente, de medida sancionatória mais benéfica, sabido que as normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem ser interpretadas restritivamente e consoante reserva legal.

Mas, há outro fundamento constitucional - amparador do princípio da legalidade com previsão de tipo penal fechado e expresso -, que consiste na garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), vale dizer, o direito à liberdade individual só pode suportar ameaça diante da necessidade de tutela de outro bem jurídico concreto, não se devendo permitir haja intervenção estatal na liberdade da pessoa com uma simples "presunção legal" de que a Lei n. 9.714/98, diante da omissão de texto expresso vedando sua incidência aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não permitiria tal abrangência porque sua exposição de motivos exclui crime de maior gravidade, sob pena de inversão da ordem jurídica e transformar em tabula rasa o espírito e o texto da Carta Maior, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares.

Assim temos: é flagrantemente inconstitucional o argumento de que o novo sistema de penas substitutivas advindo com a Lei n. 9.714/98, não se aplica aos crimes de maior gravidade, hediondos e a estes equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, simplesmente porque sua exposição de motivos não os inclui ou porque haveria incompatibilidade com o regime integralmente fechado. Ora, quisesse proibir, a lei o teria feito.

Mas, ainda que fosse dúbia a interpretação do novo texto legal e seu exato sentido, a solução não poderia ser diferente daquela ministrada pelo festejado D AMASIO E. DE JESUS quando, analisando à exaustão o tema da interpretação da norma penal, demonstra:

⁶¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e JÚNIOR, Paulo José da Costa, Direito Penal na Constituição, 2ª ed., SP:RT, 1991, p. 16.

"Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste a dúvida quanto à vontade da norma? Abrem-se três caminhos ao intérprete: 1º) admitir que dúvida deva ser resolvida contra o agente (in dubio pro societate); 2º) admitir que seja resolvida contra o agente ou contra a sociedade, segundo o livre convencimento do intérprete; 3º) resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável o réu (desde que usados todos os meios interpretativos). A terceira solução é adotada por nós".⁶²

Nem se diga que, em se tratando de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o verbete n. 171 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça tenha força de impedir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, pois tal enunciado nega, sim, substituição da prisão por multa quando a lei especial comina estas penas cumulativamente; decisão resultante do lógico argumento de que é impossível ao magistrado suprir uma pena trocando-a por outra quando o legislador expressamente determinou a aplicação de ambas, o que é circunstância completamente diversa daquela em que são aplicadas penas pecuniária e privativa de liberdade, substituindo-se somente esta por uma restritiva de direito.

Bem por isto, anteriormente à Lei n. 9.714/98, diante da ausência de proibição expressa na Lei n. 8.072/90, já se concedia a suspensão condicional da execução da pena (sursis) aos condenados por crime hediondo mesmo que praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, como nos casos de estupro na modalidade tentada (quando a pena ficava no patamar de dois anos de reclusão), valendo lembrar que no colendo Superior Tribunal de Justiça já se o admite pacificamente (vide RSTJ, 109/306, citando RTJSP 134/417; RT 676/298 e RT 719/312.), destacando-se precedente recentíssimo, no HC n. 7919/SP (98/0063715-0), rei. Min. Félix Fischer, publicado no DJU de 22.02.99, p.00114: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO TENTADO. AUMENTO DO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. "SURSIS".

"I - O acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

⁶² DE JESUS, Damásio, Direito Penal, 14ª ed., SP: Saraiva, 1990, v. 1, p. 37

"II - Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o "sursis" pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes".

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já se decidia neste sentido (Apelações Criminais ns. 33.175, de São Carlos, rei. Des. Álvaro Wandelli - j. em 28.8.95, in DJ n. 9.355, de 10.11.95, p. 12 - e 97.003588-8, de Mafra, rei. Des. Amaral e Silva - j. em 10.6.97).

Especificamente em crimes contra a saúde pública, na espécie tráfico ilícito de entorpecentes, para que não se diga da inexistência de precedente, não fossem os argumentos já expendidos, registra-se valioso julgado concessivo de sursis em rara hipótese de reconhecimento de tentativa (com o que a pena ficu em quantum que admitia a suspensão trazendo a obrigação de ser examinada sua concessão ou não), da lavra do eminente Des. José Roberge, com a seguinte ementa:

"CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. ARTIGO 12, PARTE FINAL (ADQUIRIR SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR) DA LEI DE TÓXICOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

"Tentativa. O réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao seu final, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o destinatário que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade do remédio e a qualidade, comunicou à polícia".

"Recurso pretendendo a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para estelionato na sua forma tentada. Impossibilidade. Incabível a desclassificação pretendida, pois a verdadeira intenção do agente, não era obter vantagem em prejuízo de outrem, mas sim, o fornecimento, sem nota fiscal, dos medicamentos controlados pelo Ministério da Saúde, evitando a fiscalização".

"Concessão do sursis. Admissibilidade. A lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do benefício. Não se pode dar interpretação extensiva, a refletir analogia in malam

partem, de forma a afligir a situação do condenado. O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual" (Ap. Criminal n. 33.846, de São José, j. 16.04.96).

Do corpo do acórdão traz-se a fundamentação garantista do benefício por falta de proibição expressa na norma incriminadora, aplicável como luva à hipótese em exame:

"No que pertine à concessão do benefício do "sursis", esclarece-se que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 12, porém na sua forma tentada. Conforme salienta o doutor Maurílio Moreira Leite, em seu parecer " "...embora exista corrente asseverando a impossibilidade da tentativa nos crimes definidos no artigo 12, o contrário já vem sendo afirmado, conforme VICENTE GRECO FILHO: "Consumação e tentativa. Como vimos, consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores da tentativa, são por si mesmos, condutas igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada. O *conatus*, porém, em princípio, não está nem lógica nem juridicamente, excluído, dependendo da análise do caso concreto" (Tóxicos - Prevenção - Repressão; Editora Saraiva 1993, p. 91). E o caso concreto diz bem da possibilidade aventada, porquanto o réu exauriu os atos de execução que lhe diziam respeito, somente não chegando ao seu final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o 'destinatário' que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade de remédio e sua qualidade, comunicou o fato à polícia.

"Por último, data vénia ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o sursis é de ser concedido. Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos do artigo 77 e seus itens, do Código Penal, não é o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, óbice a sua concessão: 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado'. Sem qualquer filiação, a alegada inconstitucionalidade do dispositivo, devidamente improcedente, tantas vezes proclamada pelas Cortes Superiores, a razão está simplesmente na não vedação da concessão do sursis no dispositivo em questão".

"É que não existe qualquer norma penal que defina a possibilidade da concessão ou não do benefício em decorrência da classificação do crime cometido'. Assim, a lei que define

o crime hediondo não inibe a concessão do sursis. Não se pode dar, *in casu*, interpretação extensiva, 'a refletir analogia *in malam partem*, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no artigo 697, do Código de Processo Penal, deve o juiz se pronunciar a respeito da concessão do sursis'. (Renato Nalini - RT 676/298). O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual. O regime, até que ultime a sentença, com seu total cumprimento, é o fechado, o que significa dizer que se as condições que forem impostas não restarem devidamente cumpridas, resultando rescindido o sursis, o réu será recolhido ao regime fechado".

Por fim há que se justificar mais duas situações:

- Anteriormente à Lei n. 9.714/98 não se cogitava da substituição da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e tráfico ilícito de entorpecentes por pena restritiva de direitos e chegava-se apenas ao sursis porque, na melhor hipótese, somente se alcançavam às situações antes enfocadas, quando as penas totalizavam até 2 (dois) anos, isto em face da causa especial de diminuição da tentativa, sabido que o limite para substituição era de até 1 (um) ano nos casos de crimes dolosos (nunca se examinou porque o limite da pena nunca permitiu).

- Nada se alterará em casos de prisão em flagrante com a proibição de liberdade provisória, ao argumento de que seria injusta a manutenção do preso quando, na perspectiva de condenação poderia ser agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas, porquanto os institutos têm pressupostos distintos e, enquanto não há sentença, a pena possível será de até 15 anos de reclusão, fora do limite permissivo. Não fosse isto, sempre há possibilidade de "*mutatio libelli*" antes da sentença.

Por todos estes motivos, a conclusão lógica e irrefutável: em crimes hediondos ou a ele equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, não existindo qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu a substituição da pena quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com

a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, especialmente os subjetivos contidos no inciso III, do dispositivo, devendo-se avaliar e interpretar se, não obstante a substituição, a pena imposta mostra-se suficiente à repressão e à prevenção genérica do crime (estas conclusões foram acolhidas, por unanimidade, pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de SC, na Ap. Criminal n. 99.002222-6, da Capital, j. em 20.04.99).

5.2 - A Lei 9.714/98 e o Atual Código de Trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97, prevê a aplicação de penas restritivas de direitos na modalidade principal ou cumulativa e não substitutiva como a Lei 9.714/98. Contudo, é possível que as punições deste Código sejam aplicadas em conjunto com as penas alternativas previstas pelo Código Penal, uma vez que compatíveis entre si, o que não ocorre com a pena privativa de liberdade, por ser operacionalmente impossível.

O Código de Trânsito prevê como punição alternativa à suspensão da Habilitação pelo período de dois meses a cinco anos, devendo o réu entregar o documento à autoridade judiciária em até quarenta e oito horas da intimação do trânsito em julgado da sentença condenatória. No entanto, difere da pena aplicada pelo Código Penal, pois no Código de Trânsito o juiz, escolhe primeiro a pena que irá aplicar, se será cumulativa ou isolada e, posteriormente, dosa a aplicação dela. Já, no primeiro Estatuto, a dosagem da pena precede a substituição por punições alternativas.

Além da pena restritiva, o Código de Trânsito ainda prevê a prestação pecuniária (art. 297), que importa em pagar às vítimas o prejuízo decorrente da prática delitiva. Tal pena, a exemplo do Juizado Especial, permite a composição civil entre as partes e a execução se dá após o trânsito em julgado da sentença ou acordo homologado. Contudo, alguns estudiosos criticam essa medida afirmando que a esfera criminal não dispõe de condições para apurar o *quantum* é devido à vítima, tendo o juiz que fixá-lo unilateralmente, violando o princípio do contraditório e ampla defesa. Outro aspecto que gera discussão é que o juiz age independente de provocação ou iniciativa da vítima.

Nenhum dos dois argumentos constituem obstáculo intransponível, pois, como já

relatado, o magistrado pode usufruir da interpretação extensiva, aplicando subsidiariamente os princípios gerais do direito para apurar o dano efetivamente sofrido. Na mesma esteira, à parte lesada não perde a legitimidade de exercer seu direito de ação e os valores fixados pela sentença não podem suplantar os patamares dos prejuízos demonstrados nos autos, cabendo ainda compensação em eventual ação civil para impedir o enriquecimento ilícito.

Conclui-se, assim, que o Código de Trânsito não trás qualquer disposição que torne incompatível a aplicação das penas alternativas da Lei 9.714/98, mas as punições previstas pelo primeiro Estatuto Penal já atendem plenamente a demanda.

5.3 - A lei 9.714/98 e a Lei dos Juizados Especiais

Relevante discussão se firma também sobre as contradições entre a Lei 9.099/95, já consagrada na legislação pátria e as disposições firmadas pela nova Lei 9.714/98. Esta última proíbe a substituição da pena de prisão por penas alternativas em casos em que ocorra violência contra pessoa, circunstância que acaba por inibir sua incidência aos delitos como lesão corporal dolosa, mesmo que de natureza leve, bem como aos delitos de constrangimento ilegal e ameaça.

Contudo, a Lei 9.099/95 permite a transação penal e a suspensão condicional do processo para tais condutas por tipificá-las como de pequeno potencial ofensivo e por serem apenadas com menos de um ano de prisão. Neste ponto, estabelece-se o confronto legal de duas legislações que postulam pelo direito penal moderno trazendo dispositivos extremamente antagônicos.

Esta desarmonia deve ser sanada pela interpretação do magistrado quando da condenação, pois seria um contra-senso permitir-se que na fase preliminar o condenado dispusesse até mesmo do benefício da transação penal e, em uma segunda ocasião, no momento sentença condenatória, ficasse adstrito à punição privativa de liberdade. Assim, se o potencial ofensivo da conduta delitiva permitiu que, antes da instrução do processo fosse possível evitar o cárcere com medidas não privativas de liberdade por ocasião da sentença, sob a alegação de que a gravidade do crime impede a alternativa penal, o benefício fosse

afastado.

No entanto, a discussão permanece e o doutrinador Damásio E. de Jesus entende não ser possível à substituição, em face da expressa disposição do § 2º, do artigo 44, da Lei 9.714/98, que impede a substituição se o delito for praticado mediante violência ou grave ameaça contra pessoa. Já, no entendimento de Jorge Henrique Martins, a sistemática deve ser resolvida de forma a aplicar a pena mais favorável ao réu. Outra solução propõe Luiz Flávio Gomes, asseverando que, se prevalecer a literalidade da lei, buscar-se-á alternativas ao cárcere, durante a execução da pena, através do *sursis* ou do regime aberto.

Inúmeras são as soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência para atenuar os conflitos das referidas legislações. Contudo, deve prevalecer, em princípio, a interpretação do magistrado, para que se imponha a solução mais justa ao caso concreto, pois como intérprete da lei, o Juiz pode proferir decisões subsidiadas em bom senso, saber, experiência e prudência para estabelecer a compatibilidade entre os Estatutos Penais. Este entendimento estende-se também a todas controvérsias trazidas por cada uma das modalidades de penas alternativas. Nesse sentido, consigna Paulo Lúcio Nogueira:

"Na verdade os homens dependem mais da Justiça do que da Lei, muito mais do juiz do que do legislador, e é utilíssimo para um povo ter boas leis, mas é melhor ter bons juizes. O bom juiz resiste as leis manifestamente iníquas, corrige as imperfeitas, dá polimento às excelentes e põe em prática medida que se aproxima do ideal. E, sem arranhar as garantias do jurisdicionado, encontra os meios de fazer justiça".⁶³

Como se pode demonstrar, nenhuma das modalidades punitivas tem por objetivo castigar o delinquente, embora mantenha o cunho de reprovação da prática delitiva. De outro lado, almejam tão somente atribuir-lhe obrigações que além de agirem de forma correcional, estimulem sua reabilitação, beneficiem o estado, a sociedade e a vítima e, notadamente, impeçam o agravamento do perfil criminógeno do próprio condenado, que seria plenamente corrompido no estabelecimento prisional.

Não se negue que inúmeras são as falhas, dúvidas e inviabilidades práticas das penas alternativas, mas há que admitir que seus reflexos podem ser significativamente melhores para todo o contexto social do que os males provocados pela prisão. No entanto, não há que se

⁶³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva, p. 7.

atribuir a elisão da criminalidade às penas alternativas, pois isto depende de outros fatores, notadamente, de ordem social, que serão oportunamente observados.

5.4 - A Lei 9.714/98 e a Lei dos Crimes Ambientais

No que tange à legislação ambiental, algumas controvérsias estabeleceram-se face a Lei 9.714/98. A Lei 9.605/98, que disciplina os crimes ambientais, também traz em seu contexto as penas de natureza substitutiva à prisão, além de outras restritivas autônomas, conforme disposição dos artigos 8º, incisos I a V, e 7º, inciso I. De outro lado, diferentemente da Lei 9.714/98, não impõe duas penas para os delitos apenados com mais de um ano de privação de liberdade e não prevê a perda de bens e valores e nem a prestação de "outra natureza".

Essa legislação também permite a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos pela Lei 9.099/95, mas subordinadas à "prévia composição do dano ambiental". Não fala, em renúncia ao direito de queixa ou representação por tratar-se de ação pública incondicionada. O fato do condenado não reparar o dano por caso fortuito ou força maior, não inibe a aplicação do benefício, considerando a disposição de que não se pode exigir de alguém esforço que transcenda os limites de sua capacidade.

Entre as modalidades punitivas, a Lei 9.714/98 prevê a privação de liberdade, pena pecuniária e restritivas de direito para o agente infrator, além de multa e prestação de serviços à comunidade para pessoa jurídica, conforme disposição do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Assim, o instituto teve o escopo de alcançar opções que exijam do condenado o dispêndio de atividade, como manutenção ou conservação de determinadas áreas sujeitas à proteção ambiental ou mesmo proibi-lo de ser beneficiado por contratação com órgãos públicos ou receber subvenções públicas, chegando ao extremo de suspender ou encerrar definitivamente suas atividades.

As penas alternativas, para pessoas físicas, constituem-se no cumprimento de tarefas gratuitas junto a parques, bosques, jardins públicos e, se houver dano à coisa particular ou pública, restaurar, se viável. Também fica proibida de contratar com Poder Público, receber

incentivo fiscal e benefícios análogos de participar de licitações e suspensão parcial ou total de atividades. Se exercidos em desacordo com determinação legal, recompor economicamente o prejuízo, podendo deduzir na reparação civil. Também se encontra no rol das punições o recolhimento domiciliar, visando disciplina e responsabilidade sem vigilância, devendo o condenado exercer trabalho e frequentar cursos.

Quanto à pessoa jurídica, as punições alternativas visam suspender parcial ou totalmente suas atividades se desobedecidas as normas legais e regulamentares de proteção ao meio ambiente. Da mesma forma, pode sofrer interdição temporária de obra, atividade ou estabelecimento, se não tiver autorização ou se utilizar-se desta, de forma diversa da autorizada. A pena pode ainda consistir na proibição de contratar com Poder Público e dele obter subsídios, doações, não podendo a reprimenda exceder o lapso de dez anos. Quanto a pena de prestação de serviços à comunidade, pode ser o custeio de programas ou projetos ambientais, execução ou recuperação de obras degradadas, manutenção de espaço público e contribuição com entidades ambientais ou culturais públicas.

Portanto, apesar de inexistir incompatibilidade entre este Instituto Penal e a Lei 9.714/98, faz-se desnecessária a aplicação subsidiária da última, uma vez que a legislação ambiental já prevê suas punições alternativas, resguardando os princípios de que a pena deve propiciar a restauração do mal praticado e reabilitar o agente infrator, além de recuperar o meio ambiente.

CAPITULO VI

6. POLÍTICA CRIMINAL

Como se depreende, o corpo legislativo brasileiro edita normas específicas, muitas vezes contraditórias entre si, gerando inúmeras críticas e questionamentos jurídicos. Exemplo notável destes confrontos pode ser observado entre a Lei 9.605/98, que dispõe sobre a matéria ambiental e a Lei 9.714/98, das penas alternativas à prisão, que foram editadas no mesmo ano. É incompreensível que o mesmo Poder Executivo tenha vetado a pena de "recolhimento domiciliar", previsto no projeto da Lei das penas alternativas e sancionado a mesma pena de "recolhimento domiciliar" (art. 13) da Lei 9.605/98, no mesmo ano. Esse é o exemplo de incongruência jurídica, entre tantos outros que se firmam no ordenamento jurídico pátrio.

Deste modo, é de asseverar a inadiável necessidade de se traçar uma política criminal para o novo milênio que previna tais disparates e que promova uma legislação penal com objetivos sólidos e unificados, pois enquanto cada norma legal editada propuser um objetivo diverso e isolado, contrapondo aos ideais propugnados por outros estatutos já em vigor, a legislação brasileira permanecerá sem sucesso e credibilidade. Portanto, cumpre-se fazer algumas considerações sobre a política criminal atual e a que aspira como ideal.

6.1 - A Ciência

A política criminal é a ciência que estuda as melhores alternativas para tipificar as condutas como delitivas e inibir sua ocorrência através das modalidades punitivas, sendo uma aliada indispensável para a eficácia do resultado de qualquer instrumento punitivo e a subsistência do Direito Penal. Trata-se, portanto de um instrumento que torna possível a compreensão do quadro de criminalidade e promove os instrumentos de prevenção contra o crime, buscando o tratamento do delinquente. Assim, tem-se que a política criminal adapta a sociologia criminal às exigências de cada povo, prolatando críticas às questões criminais e levando ao aprimoramento do direito penal futuro.

À política criminal cumpre interpretar a potencialidade das condutas típicas humanas e pesquisar a melhor alternativa para responder ao delinquente, acabando por definir quais os fatos que devem ser tipificados como crime e as medidas de que o Estado deve se valer diante deles, para defesa social, o aperfeiçoamento do combate à criminalidade e à reabilitação do delinquente, preocupado-se com a essência do homem e o tratamento de seu comportamento infrator. No que concerne a eficácia desta ciência, já dissertava o escritor alemão Von Liszt:

"O reconhecimento de que a pena é um dos meios à disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem e natureza do crime. A solução científica de tais questões é o objeto da política criminal. A esta ciência incumbe dar-nos o critério que vigora, e revela-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito à luz de considerações tiradas dos fins a que lhe dirige e aplicá-los em casos singulares de conformidade com esses fins".⁶⁴

Nos dias atuais, o grande objeto da política criminal tem sido a falência da pena de prisão e conseqüentemente do sistema penitenciário, impulsionando estudos de novas alternativas viáveis e adequadas para a aplicação da tutela punitiva do Estado, através das penas alternativas. Isto se deve à constatação histórica de que o problema da criminalidade deve ser tratado em seu conteúdo real, pois a mera tipificação e punição da conduta, esquecendo-se do aspecto humano que envolve o problema, torna o Direito Penal um instrumento ineficaz e impulsionador da criminalidade.

A grosso modo, a política criminal absorve a preocupação com objetivos humanitários, versando sobre os problemas sociais que geram o fenómeno delitivo, tentando tratá-lo através dos mecanismos penais, de maneira preventiva geral, enquanto problemas sociais e de forma preventiva especial enquanto tratamento do infrator. No entanto, não se pode negar que a política criminal só alcança os objetivos almejados se estiver associada à boa vontade política, ao efetivo trabalho legislativo, para dar vida prática aos propósitos desta ciência.

6.2 - Conflitos entre o Direito Penal Clássico e Moderno

⁶⁴ LISZT, Von. *Tratado de direito penal alemão*, p. 2. *Apud*. DOTTE, RenéAriel, op cit. p. 179.

A Política Criminal Brasileira nunca foi muito bem delineada, pois a legislação sempre mostrou-se sem rumo certo, navegando entre os princípios do direito penal clássico e o moderno. Isso pode ser constatado com clareza e precisão nas reformas pontuais que agregam à legislação pátria, trazendo inovações jurídicas, que ora tendem à aplicação do direito penal mínimo e às ideias liberais e, em outro momento, ensejam o endurecimento excessivo dos institutos penais.

Embora o país demonstre boa vontade e interesse no sentido de atualizar e modernizar a legislação penal adequando-a as aspirações de segurança social e humanização do sistema criminal, de forma antagônica, os legisladores, imbuídos no dever de providenciar uma resposta à sociedade, criam leis penais para atender uma situação imediata, estabelecendo novas tipificações delitivas, com penas e regimes prisionais cada vez mais rígidos, congestionando as vias judiciais com questões que nem mesmo apresentam relevância no campo do direito penal.

Assim, enquanto o país caminhar sobre o "meio fio", sem definir o tratamento que pretende dar ao delinquente e à criminalidade, qualquer esforço em prol da implantação de um direito penal de feição fragmentária e de intervenção mínima do Estado, como com a aplicação de penas alternativas, dará lugar a um direito penal excessivamente intervencionista, que se utiliza de medidas de extrema severidade.

A própria mídia estimula e impõe as reformas pontuais, pois enfatizam a violência para ganhar ibope, atrair público, vender revistas, jornais e gerar a síndrome da vitimização, que acaba por formar na massa telespectadora a opinião rotulada de que todo indivíduo infrator é um "mal" e merece ser excluído do contexto social. Essa conduta acaba por exigir do Estado uma "resposta imediata", incentivando os legisladores à criação de leis mais severas, que são comprovadamente ineficazes para conter a criminalidade.

Exemplos notórios são as Leis de Crimes Hediondos, Crimes Organizados, Falsificação de Remédios Terapêuticos e Medicinais, Lei de Tortura, Lei de Segurança Nacional, que levam ao fracasso os lampejos de liberalidade do sistema penal e refletem o caos penitenciário, sem que a criminalidade reste contida, o que por si só, gera o descrédito generalizado da sociedade e até mesmo da população criminoso. Em verdade, esses institutos penais somente estimulam a violência e a desigualdade entre os homens, circunstâncias

próprias do sistema capitalista, que separa a sociedade em dois segmentos, a dos homens bons, mercedores de proteção legal e a dos homens maus, aos quais se endereça a rudeza e a severidade da lei penal. Assim, as leis que aderem à tendência do direito penal moderno restam suprimidas por chocar-se frontalmente com as reformas pontuais que endurecem o sistema, embora já comprovado que penas privativas de liberdade não oferecem qualquer predisposição em recuperar o condenado.

A exemplo disso pode-se destacar o novíssimo Anteprojeto do Código Penal Brasileiro que tramita pelo Congresso, apontando inúmeras modificações legislativas que se antagonizam com os princípios modernos do direito penal. O Anteprojeto prevê a eliminação das "casas de albergado", o aumento do requisito objetivo para concessão da progressão penal de 1/6 para um terço da pena cumprida, bem como para o livramento condicional de 1/3 para metade. Essas exigências obrigam o condenado a permanecer maior tempo no cárcere, como se isso pudesse promover resultados eficazes. De outro lado, diminui o tempo máximo do cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 para 20 anos, deixando que a sociedade receba imediatamente em seu meio, diversos condenados que, por sua vida reiterada no crime ou pela periculosidade de suas condutas, deveriam cumprir penas mais longas.

Não se pode negar que está ocorrendo uma inversão de valores, pois os réus que nem mesmo progrediram gradativamente seriam libertados, voltando à vida social sem sofrer qualquer readaptação, importando no aumento da reincidência. Já, os réus que têm no crime um episódio único de suas vidas estariam obrigados a permanecer por tempo maior no cárcere, corrompendo suas personalidades. Assim, imperaria a desproporção e a "injustiça", amparados pelo subterfúgio do Estado de que se pretende fazer "justiça".

Face aos argumentos articulados, denota-se que a legislação brasileira carece de uma eficaz política criminal para nortear definitivamente os ideais de tratamento do crime e dos delinquentes, evitando a criação de leis antagônicas, pois o conflito entre a liberdade individual e a ingerência Estatal torna ineficaz qualquer tentativa de transformação do sistema caótico, no qual a legislação pátria se encontra. Daí depreende-se que há um jogo que parece interminável entre o *ius libertatis* e o *ius puniendi*. Assim, assevera Luiz Flávio Gomes: "Nem a sensação de impunidade, nem a ilusão de que só o "duro" e integral castigo é que previne a

delinquência, resolverão o problema, pois a virtude não reside nos extremos".⁶⁵

A política criminal deve ainda apontar para as reformas de base que propiciem a igualdade de condições humanas ao homem, como acesso à saúde, emprego, educação, moradia, uma vez que as ausências dessas condições mínimas também propulsionam a delinquência. Para isso, outros meios de controle precisariam atuar mais intensamente, retirando da égide do direito penal a responsabilidade quase que absoluta pelo resultado eficaz da contenção da criminalidade e reabilitação do delinquente, fazendo-se indispensável o papel da igreja, família, escola, entre outros.

É de se auferir que a própria sociedade que marginaliza os indivíduos e emprega a desigualdade não tem o direito de segregá-los indiscriminadamente, pois estaria cultivando pseudo-reabilitados, que saem do cárcere com um perfil criminógeno muito maior do que quando lá entrou e, certamente, voltar-se-ão contra a sociedade através do crime. Outrossim, a aplicação da pena alternativa não basta para solucionar o problema da criminalidade, pois de nada adiantaria reabilitar o delinquente para o convívio social e retorná-lo à sociedade que o discrimina, o impede de viver dignamente, estimulando em seu âmago o desejo de voltar a delinquir. Nessa esteira é que os problemas que promovem o crime devem ser tratados na mesma proporção que as penas alternativas tratam os delinquentes, pois somente a associação destes fatores poderá gerar resultados positivos.

É importante que a legislação deixe de vagar entre a política criminal intervencionista e não intervencionista, porque somente quando o país identificar através da política criminal o perfil de seus delinquentes e encontrar a forma de intervenção mais adequada para tratar as causas da criminalidade, é que se poderá travar uma batalha árdua e eficaz para o sucesso do direito penal.

A moderna tendência da política criminal deve fazer uso da perspicácia, da prevenção, da cautela e da prudência, encontrando meios punitivos que se adequem de maneira eficaz e solucionadora para sanar a atual crise penitenciária e punitiva. No entanto, essa política deve contar com a cooperação paralela e indispensável dos operadores do direito, da sociedade, da

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio, op cit. p. 93.

iniciativa particular e dos Poderes Executivo e Legislativo para subsidiar um novo sistema punitivo que vise cuidar do homem para impedir que os criminosos de hoje possam ser ainda mais perigosos amanhã.

CAPITULO VII

7. A EXPERIÊNCIA CONCRETA DAS PENAS ALTERNATIVAS

7.1 - As primeiras experiências das alternativas penais

Inicialmente devemos ressaltar que cabe ao juiz da execução tomar a iniciativa para o efetivo cumprimento de todas as medidas alternativas. Deve ele "requisitar a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares" (art. 147 da LEP). Portanto, o magistrado tem o poder de utilizar-se dos meios possíveis para que se cumpra o programa individualizador e para que se tenha o acompanhamento da pena prevista na sentença. Caso seja uma entidade particular, há simples solicitação, que poderá ser ou não atendida. Mas, em se tratando de entidade pública, não há possibilidade de recusa, já que o legislador utilizou o verbo "requisitar", cuja noção é de "exigir" legalmente⁶⁶.

Não obstante a previsão legal, a apatia e a inércia dos poderes públicos fizeram com que muitas sentenças não pudessem ser cumpridas, em função da inexistência de órgãos conveniados, tornando assim muitos decisórios, letra morta.

Segundo o doutrinador Sérgio Salomão Shecaira, a primeira firme iniciativa para aplicação reiterada de medidas alternativas ocorreu em São Paulo, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, em outubro de 1987.⁶⁷ Foram analisadas as experiências de prestação de serviços à comunidade em duas fases distintas. A primeira delas foi verificada no final da década de 80 e início dos anos 90, e foi objeto de pesquisa que serviu de base para a dissertação de mestrado desenvolvida pelo citado doutrinador junto ao Programa de Pós-graduação da Universidade de São Paulo. A segunda abordagem decorreu de uma pesquisa empírica promovida pelo IBCCrim em parceria com o Ilanud, e desenvolvida no ano de 1997.

⁶⁶ Penas Restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.1998/ René Ariel Dotti...[et ai.].—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁶⁷

É interessante fazer menção a ambas para que se possa fazer um cotejo das experiências ao longo do tempo.

O juiz de São Miguel Paulista, Diomar Ackel Filho, titular da Vara Criminal daquele Foro Regional, convocou várias entidades daquela região da periferia que poderiam ser indicadas para início de um programa de atividades. De pronto, por iniciativa de seu diretor, Marco Aurélio Dias da Silva, o Hospital Municipal Tide Setúbal aceitou a incumbência. Ato contínuo, o MM Juiz Titular da Vara de Execuções Criminais, comunicado sobre o fato, credenciou o hospital como única entidade beneficiada na Capital, através da Portaria 09/87. Em meados de 1988, cerca de 60 condenados já haviam prestado efetivos serviços no hospital, apresentando ótimo desempenho. Pouco tempo depois da inauguração dos trabalhos, a inicial desconfiança dos outros funcionários já se dissipara e os sentenciados eram encarados como empregados comuns. Estavam sujeitos a horário, tendo um cartão de entrada e saída. Trabalhavam uniformizados, convivendo diariamente com todos os outros empregados no frefeatório e nas dependências do hospital, sem qualquer discriminação. Eram aproveitados de acordo com sua formação intelectual em serviços gerais, como escriturários, na recepção e manutenção, na lavanderia e como ascensoristas. A comunicação com a Vara das Execuções era feita periodicamente, fosse para encaminhar relatório circunstanciado das atividades do condenado, fosse para relacionar o nome dos sentenciados que não cumpriam a contento a determinação constante da sentença condenatória (cerca de 10%)⁶⁸.

7.2- Relatórios acerca de alguns casos concretos

Transcreveremos abaixo relatos de casos concretos que o ilustre doutrinador Sérgio Salomão Shecaira traz em seu trabalho já mencionado, com a acuidade que lhe é peculiar. Este entende que o estudo de casos concretos se faz necessário para melhor permitir uma visualização do procedimento penal em exame. Portanto, descreveremos cinco casos concretos por representarem amplo leque de abordagem relatando diferentes experiências, de pessoas diversas, que cometeram delitos diferentes, experiências cujos resultados não só na

⁶⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão Penas restritivas de direito: a prestação de serviços à comunidade. In: Cadernos de Advocacia Criminal. N. 5/117, nov. 1988.

fixação da pena, mas também na sua execução, são bastante distintos. A escolha partiu da tentativa de explicitar o maior número de incidentes processuais possíveis, para melhor caracterizar a aplicação da pena alternativa. Iremos verificar também hipóteses de descumprimento da pena para que se tenha uma visão realista e crítica da implantação deste serviço no órgão da prefeitura paulistana, onde fez-se o levantamento empírico, de forma organizada.

7.2.1- Caso J.S.C.

J.S.C, foi denunciado como incurso nas penas do art. 16 da Lei .6.368/76, pois, em 18 de fevereiro de 1987, trazia consigo substância considerada entorpecente. O acusado foi processado perante a 2ª Vara Criminal do Foro Regional da Lapa (Proc. 213/87). Em 17 de fevereiro de 1988, baseado nos depoimentos de três testemunhas, e a despeito da negativa do acusado, o juiz proferiu sentença condenatória, aplicando a pena de seis meses de detenção. Esta foi substituída pela "restritiva de direitos sob forma de prestação de serviços à comunidade, cabendo ao juízo da execução designar o estabelecimento e tarefas apropriadas". Desta decisão recorreu somente o acusado, sendo negado provimento ao recurso em 24 de abril de 1989. Interessante destacar um trecho do acórdão (Acrim 67.856-3), relatado pelo Desembargador Cangaçu de Almeida: "Não merece retificações a conclusão condenatória, que, para o apelante, já foi extremamente condescendente ao favorecê-lo com *inadequada* substituição da pena carcerária pela restritiva de direito" (grifo nosso).

Em 20 de dezembro de 1989, o réu apresentou-se à Fabes. O assessor jurídico desse órgão municipal comunicou à Vara das Execuções Criminais o comparecimento inicial do réu para cumprimento de sua pena de prestação de serviços à comunidade, por seis meses. O condenado foi designado para o Centro Esportivo Educacional "Geraldo José de Almeida", onde começou a trabalhar em 6 de janeiro de 1990. De janeiro a agosto de 1990, J.S.C, teve doze faltas, sendo advertido pela unidade em face de suas ausências. A partir de agosto não mais retornou, embora tenha sido advertido das eventuais consequências de seu não comparecimento. Em 10 de outubro de 1990, o caso foi devolvido ao juiz da execução para apreciação. Compulsando a execução do sentenciado em 21 de fevereiro de 1991 (n. 296-986), não se verificou ajuntada do ofício de 10 de outubro, razão pela qual ainda não tinha

sido tomada qualquer providência para revogação da pena substitutiva. Somente após essa data é que o condenado teve sua pena restritiva convertida em prisão.

Deste caso conclui-se que:

- O Poder Judiciário não exerce efetivo controle sobre a execução da pena e sua fiscalização;
- Há uma orientação jurisprudencial que vê como "inadequada" a substituição da pena carcerária pela restrição de direitos em casos de uso de entorpecentes, sem, no entanto, esclarecer o fundamento legal da inadequação e no que este tipo de crime difere de todos os demais.

7.2.2- Caso P.J.O.

P.J.O. foi denunciado como incurso nas penas do art. 2º, IX, da Lei 1.521/51, pois desde janeiro de 1998 vinha mantendo máquinas de "vídeo-pôquer" em seu estabelecimento comercial no Parque São Lucas. O acusado foi processado perante a 1ª Vara Criminal de Vila Prudente (Proc. 134/88). Em 17 de maio de 1988, sobreveio sentença condenatória, escudada no laudo pericial e na própria confissão do acusado. A pena fixada foi de dois meses de detenção, "substituída, por igual prazo, pela pena restritiva de direitos, que será cumprida na forma a ser oportunamente estabelecida pelo MM. Juízo das Execuções Criminais". Desta decisão não houve apelação, transitando em julgado a sentença tanto para o Ministério Público como para o réu.

O condenado, comerciante de profissão, não tendo sido processado anteriormente, compareceu a Fabes em 17 de janeiro de 1990 para cumprimento da pena. Observe-se, aqui, que a fixação da prestação de serviços à comunidade foi determinada pelo juízo da execução (Proc. 295.282), pois a sentença de mérito apenas mencionava "restrição de direitos", não especificando a espécie. Em 13 de fevereiro de 1990, o condenado iniciou o cumprimento de sua pena no Centro Esportivo Educacional "Arthur Friedenreich" da Secretaria Municipal de Esportes. A pena foi cumprida às quartas-feiras, com aproveitamento e frequência normais.

Em 13 de setembro de 1990, pelo cumprimento, foi julgada extinta.

Conclui-se deste estudo que:

- Muitos juizes, ainda não familiarizados com a aplicação das penas restritivas de direitos, têm dificuldade em estabelecer qual das espécies de penas alternativas será aplicada, correndo-se o risco de uma anulação do próprio decisório.
- Esta pena substitutiva é particularmente adequada a delitos de pouca gravidade, sendo que, neste caso, o próprio condenado afirmou pessoalmente, a importância da medida.

7.2.3-Caso E.F.R.

E.F.R. foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do Código Penal, por ter atropelado o menor M.A.P.S., que veio a falecer no local dos fatos (Rua dos Guachos). Foi processado perante a Iª Vara do Foro Regional de São Miguel Paulista (Proc. 1.633/86). Cotejados os elementos probatórios - perícia e depoimentos de três testemunhas -, o MM. Juízo sentenciante concluiu que o réu desenvolvia velocidade incompatível com o local, circunstância que levou ao atropelamento da vítima. Proferido o decreto condenatório, impôs-se a pena de detenção de um ano, substituída por "prestação de serviços comunitários a par da interdição de dirigir veículos automotores pelo mesmo período". Da sentença condenatória, proferida em 14 de abril de 1988, houve recurso para o Tribunal, que entendeu por bem manter a decisão de Iª instância.

Em 27 de novembro de 1989, o juiz da Vara das Execuções Criminais determinou a apresentação do réu à entidade conveniada (Fabes). Em 8 de janeiro de 1990, apresentou-se o condenado para cumprir pena. Foi designado para cumprir serviços na Administração Regional de São Miguel Paulista. Cumpriu o decreto sentenciado de forma satisfatória, conforme o Ofício 37 da Fabes, datado de 13 de fevereiro de 1991. A pena extinguiu-se pelo seu cumprimento. O condenado, embora insatisfeito com sua situação, achou que a pena foi a "mais justa".

Infere-se:

- Ser esta pena a reprovação mais adequada e eficiente em casos de crimes culposos contra a vida, com grande adesão daqueles condenados pelo cometimento deste tipo de crime.

7.2.4- Caso D.F.

D.F. foi denunciado por infração ao art. 155, § 4º, III, c/c o art. 14, II, do Código Penal, pois, em 15 de janeiro de 1985, foi preso em flagrante delito, quando, mediante emprego de chave de fenda, acabara de forçar o vidro quebra-vento do veículo Volkswagen, placa AE-3449, com intuito de subtraí-lo. O acusado foi processado pela 15ª Vara criminal da Capital (Proc. 491/85). Em 18 de março de 1986, sobreveio sentença condenatória escudada no depoimento de duas testemunhas e da vítima, que viram o acusado no interior do automóvel. Foi D.F. condenado a quatro meses de reclusão, com direito a suspensão condicional da pena, mas com prestação de serviços à comunidade durante o primeiro ano do período de prova. O *sursis* foi concedido, mesmo estando o réu respondendo a outros processos por furto. Desta decisão não houve recurso.

Posteriormente já em sede de execução (Proc. 258.422), foi determinado que o réu prestasse serviços junto ao templo do Cristianismo Espírita. Tal decisão não foi cumprida, pois o condenado não foi encontrado. O *sursis* foi revogado, depois de efetivada a intimação editalícia. Em 5 de setembro de 1989 foi restabelecido o benefício, por se verificar que o réu tinha residência fixa, mas que, por um lapso, o endereço fornecido estava errado. Em 22 de setembro de 1989, D.F. apresentou-se a Fabes para prestar serviços à comunidade, tendo sido encaminhado para trabalhar no Hospital "Dr. Arthur Ribeiro de Sabóia". Prestou serviços por um mês, não mais retornando ao hospital. Em 13 de julho de 1990, acatando pedido do Ministério Público, foi revogada a suspensão condicional da pena pelo juiz da execução, por não se cumprir a condição imposta no art. 78, § 1º do Código Penal. Foi expedido mandado de prisão.

Deduz-se do caso relatado que:

- Para casos de furtos, onde haja outros processos em andamento, podem-se aplicar medidas alternativas á prisão, mas com certa parcimônia. No entanto, não está o condenado excluído *a priori* do direito de ter fixada a pena restritiva de direitos, e não o sursis com condições, que pode lhe ser mais gravoso. Não deve, pois, como já se decidiu no acórdão constante da RT 620/352, essa decisão fere a liberdade de culto, garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos.

7.2.5- Caso V.M.A.

V.M.A. foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 3º, do Código penal, porque no dia 10 de abril de 1987, conduzido o caminhão de placa QI-4848, colidiu com outro veículo, em seguida atropelando C, que em consequência veio a falecer. O acusado foi processado perante a Iª Vara Criminal do Foro Regional da Lapa (Proc. 657/87). Com o depoimento desfavorável de quatro testemunhas presenciais e com base em perícia que demonstrava estar o acusado em excesso de velocidade, foi V.M.A. condenado a um ano e quatro meses de detenção. Tal pena corporal foi substituída por prestação de serviços á comunidade, "pelo prazo de *um ano*, em entidade, dias e horários a serem estabelecidos pelo Juízo da execução". Desta decisão não houve recurso.

Em 17 de outubro de 1989, o juízo execucional (Proc. 293.025) apresentou à Fabes o condenado, que foi designado para trabalhar na Creche Municipal " Vereador Rubens ranja". No início, compareceu ele regularmente ao local que lhe foi indicado. No entanto, no período de um ano, teve dezesseis faltas intercaladas. Procurado pela Fabes, comprometeu-se a compensar, ao final do período, suas faltas. Compensadas cinco das dezesseis jornadas não cumpridas, o réu desapareceu. Tal fato, através do ofício Fabes-Sedep 56, de 22 de fevereiro de 1991, foi comunicado ao juízo. Tão logo juntada a informação aos autos, foi revogada a pena alternativa, convertendo-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada (art. 45 do CP).

Vê-se por este caso que:

- Ainda são numerosos os erros em face do desconhecimento do art. 55 do Código

Penal. Aqui, particularmente, as consequências são graves, pois, tendo ocorrido descumprimento da restrição imposta, não se sabe se o réu deverá cumprir um ano (pena restritiva) ou um ano e quatro meses (pena privativa de liberdade posteriormente substituída).

- Pelo descumprimento de parte dos serviços comunitários fixados, e à luz do que dispunha o art. 45 (redação já modificada pela Lei 9.714/98), *caput*, pode-se observar a iniquidade que era ter o réu que cumprir toda a pena fixada na sentença condenatória e não somente o que lhe faltava para perfazer um ano.

7.3- Cidadania no Cárcere

Associando-se a Lei 9.714/98 à política criminal moderna deve atentar-se para que a aplicação da pena de prisão ocorra somente em última *ratio*, de forma meramente subsidiária. No entanto, para que os objetivos reabilitadores[^] propugnados pela nova legislação não atuem de forma isolada, a política criminal deve voltar-se a encontrar soluções para todo o contingente do direito penal. Assim, quando a pena de prisão se fizer indispensável ao caso concreto, deverá o cárcere ser um ambiente que permita o exercício da cidadania e a vida com dignidade.

A experiência pioneira do juiz das execuções criminais da cidade de Bragança Paulista, Dr. Nagashi Furukawa, que atualmente preside a Secretária de Assuntos Penitenciários, serve de exemplo de que o cárcere pode ser um ambiente que se aproxima da vida em sociedade. Os projetos indicados por esse jurista incentivam a construção de estabelecimentos prisionais que atendam os delinquentes de acordo com sua periculosidade ou pelos delitos cometidos. Propõe ainda que os presídios de segurança máxima, que representam uma grande despesa ao erário público, destinem-se tão somente aos condenados por crimes demasiadamente perigosos e que representem risco à sociedade. Já os crimes intermediários que não forem alcançados pelas punições alternativas por qualquer circunstância devem levar os condenados a cadeiões regionalizados, com segurança média, com custo significativamente menor e maior participação do corpo social, reintegrando-os gradativamente ao mundo externo ao cárcere.

Respaldao na máxima de que o trabalho dignifica o homem sugere também que esta preocupação seja o objeto principal da nova estrutura carcerária, pois além do condenado poder prover o sustento da família, sentir-se útil, aprender um ofício, ainda estaria com o tempo ocioso limitado, diminuindo a possibilidade de desenvolver-se na escola da criminalidade.

Daí, é de se concluir que mesmo no cárcere é possível a reabilitação, desde que se modifique o ambiente degradante e antinatural dos estabelecimentos prisionais. Neste sentido também arremata César Roberto Bitencourt: "Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se os dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros anti-sociais".⁶⁹

Portanto, a política criminal deve ensejar transformações no espírito viciado do ser humano de importar-se consigo mesmo sem se atentar para o futuro do outro cidadão, determinando-o ao cárcere onde a miséria e a promiscuidade funcionam como ingredientes avassaladores contra a dignidade humana. Essa realidade estimula um direito penal cego que ao preocupar-se em proteger a sociedade, acaba por trocar muitas vezes o mal menor do crime, pelo mal maior da reincidência. Ao remeter um delinquente à prisão a possibilidade de que ele se torne pior é incomparavelmente maior do que se ele permanecesse em liberdade. Nestes termos, comenta o Ministro Evandro Lins e Silva:

"O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo, que não recupera nem ressocializa ninguém. Jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando lá entrou. E ainda resta o estigma da prisão, que leva e obriga a uma quase fatal marginalização. Segregação só para os perigosos, para aqueles que põem em risco a incolumidade alheia. Quanto aos demais, as penas alternativas, outras formas de procurar reinserir na sociedade ou de nela conservar os que se conduzem de modo desviado e são recuperáveis." Acrescenta ainda: "...novos rumos não serão sempre fáceis e simplificados, mas, de qualquer forma, libertos da servidão de passagem e hermetismo a que conduz o raciocínio ancorado na prisão, como corpo e arma de um sistema agonizante". Por fim, ainda comenta o relato do juiz Magarinos Torres no prefácio de um livro de Jorge Severiano Ribeiro — *Crítica Penal em 1934*: "Prisão é somente uma necessidade, que nenhuma ciência poderá justificar. Deve, pois, ser módica e só aplicável pelos efeitos, sempre transitórios que possa ter sobre a sociedade... em falta de remédio mais inteligentes".⁷⁰

Face os argumentos retrocitados tem-se que abolir a pena de prisão constituiria uma

⁶⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo:RT, 1993,

⁷⁰ DOTTI, René Ariel, op cit. p. 20.

falsa cautela, pois ela faz-se indispensável para alguns casos isolados. Todavia, os objetivos propostos pela Lei 9.714/98, de fazer da pena um instrumento de reabilitação do condenado, somente lograrão êxito se houver uma transformação generalizada na política criminal vigente permitindo-se que até mesmo o cárcere seja um ambiente digno e motivador para a ressocialização do condenado.

Afinal, Pierre Sane resume claramente este entendimento: "Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana".⁷¹

⁷¹ SANE, Pierre. Prisões e violação de direitos humanos.. *Folha de São Paulo*, caderno 1, p. 31, 25 junho 1999. *Apud.* MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n° 83 , p. 10.

CONCLUSÃO

A aplicação das denominadas "penas alternativas" configura-se hoje como uma das maiores preocupações do nosso País, que possui uma visão, até certo ponto, bastante conservadora, no que se refere a estas sanções. No entanto, esse conservadorismo que defende a pena privativa de liberdade aos delinquentes como a melhor saída para recuperá-los, ainda não conseguiu explicar porquê a marginalidade continua a crescer, mesmo após o advento da Lei dos Crimes Hediondos. Não criticamos a criação da lei dos crimes hediondos, porque entendemos ser ela indispensável, em casos extraordinários, em face da gravidade do delito ou outras circunstâncias peculiares do fato; ademais, quem defende a aplicação de penas alternativas não defende necessariamente a extinção das penas de prisão.

O estudo em tela não almejou proteger o delinquente, até mesmo porque a pena alternativa não o perdoa, mas tão somente lhe permite uma punição que, além de constituir uma resposta à conduta atípica, ressocializa-o e jara o convívio social. Portanto, ensejou-se angariar fundamentos que pudessem dar supedâneo a afirmação de que a pena de prisão deve ser restringida à última *ratio*, pois se aplicada indistintamente não promoverá a lúdima justiça. De outro lado, pretendeu-se registrar que as penas alternativas embora não constituam uma solução plena e definitiva para o problema da criminalidade, são ao menos, mais eficazes, económicas e humanas que a primeira. E se associadas ao tratamento dos problemas de base, bem como a uma política criminal que evite as reformas pontuais e conflitantes poderá trazer resultados surpreendentes.

Para subsidiar essa constatação não se pôde furtar a análise da conjuntura dos estatutos repressivos, desde as penas de morte e sevícias corporais, até a recente Lei 9.714/98, que milita pela aplicação de punições não-privativas de liberdade. O propósito não foi abordar com esmero cada uma das modalidades punitivas alternativas, mas destacar de forma genérica os principais aspectos que nortearam a transformação dos ideais punitivos neste período de transição da aplicação das penas de prisão para as sanções não-privativas de liberdade, que se preocupam em reabilitar o ser humano e, não, castigá-lo.

No decorrer deste trabalho, pudemos verificar que no Brasil, apesar das constantes provas de que essas penas dão certo, e realmente alcançam seu objetivo, o de ressocializar o indivíduo, há uma forte impressão na sociedade de que as penas alternativas representam nada

mais que uma forma de absolvição graciosa, uma maneira camuflada de tornar o criminoso impune, o que não corresponde à realidade.

Com o encerramento desta pesquisa pode-se concluir que não obstante as penas alternativas à prisão representem um progresso no âmbito jurídico, também poderão mostrar-se falhas e superadas a médio ou longo prazo se outros problemas ensejadores da criminalidade não forem sanados. Portanto, estas penas não podem ser compreendidas como o ponto final na batalha contra a criminalidade, uma vez que em uma sociedade movida pelo sistema capitalista, que gera desigualdade social, desemprego, fome e analfabetismo, a violência e o crime só podem imperar como uma constante, competindo ao Estado preocupar-se com o trabalho preventivo precípuamente e não apenas com o punitivo.

Assim, independente da forma que a pena possa incidir sobre o homem não deve nunca ser tomada como o único meio de contenção da criminalidade, pois o delito é uma raiz instalada no âmbito social e sua ocorrência também é impulsionada pelas deficiências da própria sociedade. Mesmo que a convivência com o crime seja uma necessidade constante, atenuar seus efeitos e reduzir os seus índices é um desafio que merece ser enfrentado. Isso permite concluir que, embora punir não seja a solução recomendável para conter o problema criminal, não se pode negar que a punição que reeduca e reabilita o ser humano é um caminho mais aceitável e promissor. Daí constata-se que as penas alternativas, por sua conotação reabilitadora e pedagógica, podem motivar no condenado o desejo de mudar seus valores subjetivos, que foram implantados pela própria marginalização social, produzindo resultados benéficos como a contenção da reincidência delitiva.

Aliás, as vantagens que exsurtem da aplicação das penas alternativas à prisão são inúmeras. Entre elas podemos destacar o benefício que sua aplicabilidade exerce sobre os sujeitos relacionados ao fato que deu ensejo à punição, sendo adequada à reprimenda à gravidade do delito e às condições pessoais do condenado, afastam-no do convívio com outros delinquentes de maior periculosidade, reduzem a reincidência, reforçam os laços familiares, de emprego, o senso de responsabilidade e impulsionam a renovação de valores pessoais do infrator, predispondo-se eficazmente para que o ex-condenado seja um bom cidadão no futuro. Ademais, são significativamente mais económicas aos cofres públicos. No entanto, as penas alternativas, que se apresentam aparentemente inofensivas, patrocinaram inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais como se pôde destacar no corpo deste

trabalho e, certamente, enfrentarão inúmeros obstáculos até alcançarem a plena credibilidade no âmbito jurídico e social. Denote-se neste sentido que algumas das modalidades punitivas como a limitação de fim de semana, a "prestação pecuniária de outra natureza" e a "proibição de frequentar determinados lugares", por suas peculiaridades, ainda estão submetidas à relutância dos operadores do direito.

Não se pode negar que o advento da Lei 9.714/98 promoveu a ruptura do consagrado conceito de que a pena de prisão é o único meio eficaz de punição, e a mesma despertou a atenção de legisladores, juristas e da própria sociedade para a aplicabilidade das penas não-privativas de liberdade. Está claro que se pode constatar na redação dos mais recentes éditos condenatórios a ampliação da aplicação de penas como a prestação de serviços à comunidade, a pecuniária em favor da vítima e a multa substitutiva. Desta forma, as penas alternativas começam a registrar no livro da história do direito penal punitivo um novo episódio que promoverá a reabilitação dos princípios e valores dos condenados, possibilitando aos mesmos viver em harmonia com a sociedade.

Entende-se que as penas alternativas podem alcançar êxito pleno desde que o ideal de reverter o problema da criminalidade transcenda a barreira da sentença condenatoria, pois a pena é apenas uma das etapas para que se possa repensar o problema delitivo. Não privar a liberdade do homem constitui um primeiro passo para recuperá-lo, exigindo-se que exista um esforço contínuo de todos os segmentos da sociedade para tornar real este ideal. Após a prolação da sentença condenatoria, mesmo que se condene o réu à pena alternativa à prisão, não se pode admitir que o Estado, a sociedade, o magistrado, "lavem as mãos" e acreditem que "já cumpriram com seus deveres, voltando as costas ao problema da criminalidade.

Com as penas alternativas, enseja-se que não aconteça o mesmo que ocorreu com a pena de prisão que, ao substituir a pena de morte e os suplícios físicos, passou a ser reconhecida como solução exclusiva e definitiva para o mal do crime. Com o advento da pena de prisão, os segmentos da sociedade acomodaram suas preocupações acreditando que com a apenação menos severa estaria solucionada a crescente incidência criminal, comprometendo o sucesso da punição por não haver tratado as causas da prática delitiva.

O perfil do condenado no sistema penal brasileiro elucida de forma transparente que os problemas de ordem social refletem significativamente na criminalidade. Na maioria das

vezes, os delinquentes são pessoas que provieram de família pobres, tiveram uma infância miserável e perturbada, sem qualquer noção de valores morais e até enfrentaram problemas de perversão sexual, dependências tóxicas e violência dentro do próprio ambiente familiar. Assim, por não possuírem escolaridade e vínculos familiares ou profissionais, acaba por demonstrar pouca capacidade de estabelecer relações emocionais. Essas circunstâncias ensejam o descrédito na vida idónea e promovem o desejo de ingressar ao mundo do crime.

Portanto, a própria estrutura familiar, o sistema de divisão de renda e a participação dos segmentos sociais na formação moral e social do ser humano devem ser reavaliados para que se possa formar cidadãos que preservem a ordem comum e não delinquentes que vivam ao arrepio da lei. Diante disso, o êxito somente será alcançado se houver uma preocupação simultânea da política criminal e da social em reverter o problema da delinquência, aplicando-se penas alternativas para reabilitar o delinquente e reformando suas condições sociais para que possa viver com dignidade.

É de se concluir que, se adequadamente aplicadas, as penas alternativas, podem constituir um instrumento muito mais eficiente que a prisão, por ser mais humano e económico e, embora existam algumas questões controvertidas para serem avaliadas na aplicação destas punições, não se pode negar que elas já se firmam como uma grande possibilidade de modificar o sistema punitivo atual. Elas revertem racionalmente o ambiente de cumprimento da pena, que antes ocorria em deixar um cárcere violento, promíscuo e superlotado, tornando-se um estimulador da reincidência. Não bastasse, as penas alternativas permitem a efetiva punição, sem torná-la sinónimo da desenfreada privação da liberdade.

Em suma, os propósitos das penas alternativas, por si só, justificam sua viabilidade. Notadamente se associados a uma política criminal que reverta os próprios valores da vida social, garantindo-se igualdade e dignidade a todos os homens, indistintamente. Neste sentido, assevere-se que mais do que propugnar pela aplicação de penas mais brandas, os condenados clamam pelo direito de serem considerados iguais na sociedade em que vivem, de forma que assim possam viver dignamente como cidadãos. Daí, é de se concluir que, apesar de ser infinitamente válido falar-se em humanizar a pena, indispensável é propagar a humanização da vida.

BIBLIOGRAFIA

BARBIEIRO, Louri Geraldo. Penas restritivas de direitos: necessidade de criação de infraestrutura adequada que possibilite a sua execução. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n.º 77, abril 1999.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. *Revista dos Tribunais*, vol. 727, ano 85, maio 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Ana Márcia de Souza e KAHN, Túlio. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista ILANUD*. Ano 7, Gestão 96/98.

CHOURK, Fauzi Hassan. Penas alternativas. *Revista dos Tribunais*, vol. 777, ano 89, julho 2000.

DELMANTO, Roberto. Perdas de bens e valores e multa substitutiva. *Boletim IBCCrim*, n.º 85, ano 7, dezembro 1999.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT-Vertice.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1985.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. Reflexões relativas à suspensão condicional da pena: alterações introduzidas pela lei 9.714/98. *Boletim IBCCrim*, n.º 75, ano 6, fevereiro 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 1999.

GOULART, Henry. *Penilogia I*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, p. 31.

HENRIQUES, António e MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. São Paulo: Atlas, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva.

_____. *Regras de Tóquio*. São Paulo: Série Vanguarda, Ed. Paloma, 1998.

_____. *Penas Alternativas*. *Revista Consulex*, ano III, n° 26, fevereiro 1999.

KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. Curitiba: Juruá, 1999.

LINS e SILVA, Evandro. *Gramática in sistema penal para o terceiro milénio*. Rio de Janeiro: Revan.

MARTINS, Jorge Henrique S. *Penas alternativas: comentários a nova lei 9714/98*. Juruá Editora.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal: comentários à Lei 7210/84*. São Paulo: Atlas, 8ª edição, 1997.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. *Execução penal e falência do sistema carcerário*. *Boletim IBCCrim*, ano 7, n.º 83.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

NUNES, Adriana de Mello e outros. *Comissão de Direitos Humanos do Brasil e Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: Editora Crisan Ltda, gestão 96/97.

OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da república federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 1996.

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

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 20.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense 1983.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Penas alternativas: execução penal, visão do TACCrim -SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1ª edição, 1998.

VARELLA, Drauzio. *Estação carandirú*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.