**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BACHARELADO EM DIREITO

RAFAEL GIL SILVA

PENAS ALTERNATIVAS E REINCIDÊNCIA

JUÍNA/2012

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

RAFAEL GIL SILVA

PENAS ALTERNATIVAS E REINCIDÊNCIA

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luís Fernando Moraes de Mello.

JUÍNA/2012

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BANCA EXAMINADORA

Professor Me. Luís Fernando Moraes de Mello

Professora Me. Alcione Adame

Professor Me. Vilmar Guarany

Agradeço a Deus, primeiramente, por ter iluminado meu caminho para que pudesse realizar meus grandes e ousados sonhos;

Aos meus pais, Divina e Juarez. Ela, com seu amor, paciência e sua maestria sou me criticar, apoiar, e dar sugestões necessárias para a minha vitória. Ele, também com seu amor, carinho e, apesar da distância conseguiu me apoiar a seguir em frente com sua energia positiva;

Ao meu padrasto, Ademar, que muito embora não seja meu consangüíneo, o respeito como uma pessoa indispensável para nossa família;

Ao meu filho, Pedro, que com paciência me entendeu nos momentos de ausência, me fortalecendo com seu olhar e sorriso indispensável para minha alegria, bem como à sua mãe, Ana Paula, pelo amor, dedicação e cuidado dado ao nosso filho;

Aos meus irmãos, Douglas e Eloana, e minha sobrinha, Yasmin, por fazerem parte da minha vida;

Aos meus avôs, alguns deles “in memorian”, por terem e serem essas pessoas maravilhosas que o foram e são;

Aos meus tios(as), primos(as) que estiveram comigo nessa caminhada, me apoiando e incentivando nessa luta;

À minha namorada, Gabriela, por ser esta pessoa linda, maravilhosa e compreensiva que eu amo tanto;

Ao meu professor orientador, Luis Fernando, que mesmo sem saber, me incentivou, estimulou e me projetou para uma caminhada interessante, a magnífica arte da pesquisa;

Aos meus colegas de sala, professores. Enfim, às pessoas que direta ou indiretamente fizeram parte dessa jornada.

Dedico a presente monografia à minha querida mãe, Divina, pois, sem ela não sei o que seria de mim, sem o seu amor, seu carinho, sua paciência; e ao meu filho, Pedro, por ser esse menino lindo, compreensivo, inteligente, amoroso etc.

A prisão não são as grades, e a liberdade não é a rua; existem homens presos na rua e livres na prisão. É uma questão de consciência. Mahatma Gandhi

RESUMO

A presente monografia pretende apresentar a evolução histórica das penas. Demonstrando de forma categórica as passagens mais marcantes para a sua humanização. Ressaltará como o alternativo se apresentou frente as arbitrariedades e atrocidades ao longo dos tempos. A pena de prisão, desde seus primórdios já não era suficiente para combater os crimes e os altos índices de reincidência, bem como demonstra o fracasso frente ao seu objetivo ressocializador. O alternativo frente a pena de prisão será explanado no segundo capítulo, que apresentará as diferentes formas de penas alternativas existentes no Brasil, apontando suas hipóteses e seus efeitos. Essas penas alternativas intentam a manutenção da dignidade da pessoa humana, pois ao serem aplicadas, além de não retirarem o delinqüente do convívio familiar, do trabalho etc., não o estigmatiza com o sofrimento da pena privativa. No último capítulo apresentará os aspectos que colocam o instituto da reincidência como obstáculo para a concretização de valores como a dignidade humana, ao impedir que o infrator de uma norma penal seja beneficiado com as penas alternativas.

Palavras-chave: Alternativo. Penas Alternativas. Reincidência

ABSTRACT

This monograph aims to present the historical evolution of feathers. Demonstrating categorically the most striking passages for its humanization. Will highlight how the alternative presented itself before the arbitrariness and atrocities throughout the ages. The term of imprisonment, from its inception was not enough to combat crimes and high recidivism rates, and demonstrates the failure resocializing forward to your goal. The alternative facing jail time will be explained in the second chapter, which present different forms of alternative punishments exist in Brazil, pointing out their assumptions and their effects. These alternative penalties intend to maintain human dignity, because it applies them, and do not withdraw the offender's family life, work, etc., It stigmatizes the suffering of deprivation. In the last chapter will present the issues that put the institution of recidivism as an obstacle to the realization of values such as human dignity, to prevent a criminal provision violator be benefited with alternative sanctions.

Keywords: Alternative. Alternative Sentencing. Recidivism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A ALTERNATIVIDADE E O DIREITO	11
1.1 O Alternativo e o Direito	11
1.2 O alternativo entre as penas corporais e a pena de prisão	12
1.3 O alternativo à pena de prisão	23
CAPÍTULO II – PENAS ALTERNATIVAS	29
2.1 As penas alternativas no Brasil	30
2.2 Espécies de Penas Alternativas	34
2.2.1 Prestação Pecuniária	34
2.2.2 Prestação de outra natureza (inominada)	36
2.2.3 Perda de bens e valores	38
2.2.4 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas	40
2.2.5 Interdição temporária de direitos	42
2.2.5.1 Proibição do exercício ou cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo	43
2.2.5.2 Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, licença ou autorização do poder público	44
2.2.5.3 Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo ..	45
2.2.5.4 Proibição de frequentar determinados lugares	47
2.2.6 Limitação de fim de semana	48
2.2.7 Multa Substitutiva	50
2.3 Fatores limitadores da substituição	53
2.4 Conversão	57
2.5 Teorias sobre a Função da Pena	60
2.5.1 Teoria retributiva (absoluta)	60
2.5.2 Teoria preventiva (relativa)	63
2.5.3 Teoria mista ou unificadora	65
2.5.4 As funções da pena privativa de liberdade	67

2.5.5 As funções das penas alternativas	69
CAPÍTULO III - A REINCIDÊNCIA E PENAS ALTERNATIVAS	71
3.1 Conceito de Reincidência	71
3.2 Pressupostos	72
3.3 Efeitos da Reincidência.....	76
3.4 Reincidência Genérica (relativa)	78
3.5 Reincidência Específica (absoluta)	79
3.6 Argumentos favoráveis ao instituto da reincidência	81
3.7 Argumentos desfavoráveis ao instituto da reincidência	84
3.8 Reincidência como obstáculo para a promoção da dignidade humana por meio da aplicação das penas alternativas	87
CONCLUSÕES	91
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de uma explanação acerca da evolução histórica do processo de humanização das penas até chegar nas chamadas penas alternativas. Atualmente esse tema é bastante discutido entre juristas e doutrinadores, por ser medida de extrema relevância para a sociedade.

Tem como objetivo geral a análise do alternativo às várias formas de se condenar e aplicar as sanções penais ao longo da história do direito penal. O objetivo específico é apresentar as espécies de penas alternativas existentes, fruto de uma incessante luta por medidas menos severas e mais condizentes com a dignidade da pessoa humana, bem como demonstrar que o instituto da reincidência como obstáculo para a promoção da dignidade da pessoa humana, não tem razão de perpetuar-se.

A justificativa para elaboração da presente pesquisa, se deu em razão dos altos índices de reincidência, em face da ineficiência da pena privativa de liberdade e a crescente necessidade de medidas alternativas a essas espécies de penas.

A presente monografia foi baseada, em quase sua totalidade em doutrinas e artigos científicos. De acordo com o material encontrado, no primeiro capítulo será discutido como a alternatividade no direito se posicionou ao longo de sua constante evolução. No segundo capítulo será apresentado as várias espécies de penas alternativas existentes no sistema repressivo brasileiro, descrevendo-as uma a uma.

Por fim, no terceiro capítulo abordar-se-á a questão da reincidência frente às penas alternativas, apresentando a reincidência como um instituto que ao impedir a aplicação das sanções alternativas, aparece como óbice para a concretização de valores como o da dignidade humana, pois, nesse caso, remeteria o agente criminoso aos malefícios da pena privativa.

CAPÍTULO I – A ALTERNATIVIDADE E O DIREITO

1.1 O Alternativo e o Direito

O alternativo se manifesta no Direito como um fenômeno que busca superar um paradigma dominante de produção de sentido. O alternativo se caracteriza pelo delineamento de uma ordem que transgride o direito meramente enunciativo, consubstanciado por um regramento deslocado da experiência e do horizonte valorativo. Dessa forma, o alternativo se dirige à promoção de valores inscritos em uma ordem moral.

Isso não significa que o alternativo admita arbitrariedades ao irromper a ordem enunciativa do direito. Não se pode dizer qualquer coisa sobre o direito. O sentido do alternativo deve apontar para a direção que indica a moral como seu fundamento. Portanto, o alternativo não pode ser concebido como mera transgressão do dado. Ele deve servir à promoção de valores morais. Esta é a base de legitimação do alternativo. Sem esta base de legitimação, o alternativo se transforma em um sentido não razoável, contrário à moral e ao direito.

Neste sentido, o alternativo não se consubstancia por um mero fazer que encontrará sua legitimação no procedimento adotado para a decisão. O alternativo não se impõe pelo mero fato de ter sido decidido por um juiz que seguiu rigorosamente o rito processual. Não é suficiente para consubstanciar o alternativo o fato de a decisão resultar de um devido processo legal. O sentido do alternativo na decisão está alicerçado no fato de haver a instauração de um novo sentido para o direito que emerge da ordem moral.

Podemos tomar a Escola de Direito Alternativo como exemplo de construção do alternativo no Direito. No Brasil, esta escola surgiu na década de 1980, em uma atmosfera de repressão provocada pela ditadura militar e sob a égide de uma Constituição que havia suprimido as liberdades públicas e direitos políticos, como o voto direto. A ordem jurídica posta era violadora de preceitos morais, como a liberdade e a justiça, havendo a reivindicação, por parte da sociedade, de um direito que promovesse o ser humano e fosse uma alternativa à repressão daqueles que detinham o poder estatal. Neste sentido, o Direito Alternativo foi conceituado por Carvalho como “atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade

para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”.¹ Assim, o Direito Alternativo tinha em vista irromper a ordem do direito posto pelo regime repressivo concretizando liberdades individuais e direitos sociais, tendo como fim garantir condições de vida digna a todos.

A Escola de Direito Alternativo nos mostra como o alternativo emerge sem, necessariamente, arbitrar uma ordem construída na subjetividade do juiz ou do intérprete da lei. Podemos observar que o alternativo é delineado ancorado na objetividade moral, que tem sua expressão na dignidade.

Portanto, a Escola de Direito Alternativo não trabalha a alternatividade de um modo estritamente subjetivista, atribuindo ao direito o sentido que bem entender. O alternativo é trabalhado como um modo de transgredir a repressão tendo como direção a dignidade humana.

A forma como a Escola de Direito Alternativo opera a alternatividade no Direito nos mostra que o alternativo é um movimento que procura superar um estágio de repressão tendo em vista a promoção da dignidade humana. Esse movimento pode ser observado em vários outros momentos em que a forma dominante de compreensão do Direito é posta em xeque por já não promover a dignidade humana², como, por exemplo, a superação das penas corporais pela pena de prisão.

1.2 O alternativo entre as penas corporais e a pena de prisão

As penas corporais no fim da Antiguidade visavam, sobretudo, atingir o corpo do condenado, e, por muitas vezes, os corpos de seus familiares. Ou seja, havia casos em que a pena passava da pessoa do agressor/infrator, não havendo a mentalidade de que somente o delinqüente deveria pagar pelo ato praticado. A pena

¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 89

² Nesse sentido, podemos compreender a dignidade humana como um vetor que orienta o movimento de superação de uma ordem repressiva. Entretanto, este vetor só pode ser compreendido na modernidade, pois é apenas ali que o conceito de dignidade humana alcança o estatuto de vértice da moral, para onde todos os valores convergem. Da mesma forma, é apenas na modernidade que se conquista o conceito de liberdade.

restringia-se à retribuição proporcional ao mal causado, conforme a Lei Mosaica.³ Daí tem-se um perfunctório indício de que o princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito teria espaço no campo do direito.⁴

As penas corporais foram criticadas pelos filósofos iluministas, orientados pelo Humanismo que já vinha se consolidando desde a Renascença.⁵ Nesse sentido, Beccaria no século XVIII procurava definir uma relação de proporcionalidade entre a lesão provocada pelo autor do delito e pena que a ele seria aplicada. Esta proporcionalidade tinha como escopo estabelecer uma idéia de justiça da pena, fazendo com que a segurança e a liberdade do condenado não fossem suprimidas com a aplicação da pena.

Na Antiguidade, essa modalidade de penas, qual sejam, as penas corporais, que, além das penas de morte, que em quase toda a sua totalidade eram aplicadas, tínhamos ainda os açoites, mutilações e aquelas denominadas infamantes. Neste dado momento da história, vê-se que era este corpo quem deveria sofrer as mutilações ou ser penalizado com a perda do seu bem maior, a vida.⁶

Bitencourt diz que

assim como na Antiguidade, durante todo o período da Idade Média a idéia de pena restritiva de liberdade se restringe ao caráter custodial. Delinquentes de toda sorte ficavam espremidos entre si em calabouços úmidos e subterrâneos, à espera da morte ou do suplício, por via de regra, nos espetáculos públicos em que eram submetidos aos mais diversos sofrimentos, tais como amputação de braços, pernas, olhos, queima de carne e fogo, e a morte, e em que a multidão, ávida de distrações bárbaras, se divertia. Também nesse período as medidas repressivas estavam a cargo e arbítrio dos governantes, impostas em função do *status* social do réu.⁷

³ vide: Lei de talião. A expressão “lei de talião” advém do latim *lex talionis*, onde *lex* significa lei e *talis* significa tal, ou igual. É o estabelecimento da proporcionalidade da pena no mesmo grau percebido da ofensa. Suas primeiras referências históricas constam das leis 196, 197 e 200 do Código de Hamurabi (por volta de 1780 a.C.). Na Torá ou Lei de Moisés (estima-se ter sido escrita pelo profeta no século 13 a.C.), esta lei é expressa em trechos como Êxodo 21:23-25; Levítico 24:20 e Deuteronômio 19:21.

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26

⁵ Compreende o período da História da Europa, aproximadamente entre fins do século XIII e meados do século XVII, apesar de não haver consenso entre os estudiosos quanto a sua cronologia. O Humanismo pode ser apontado como o principal valor cultivado no Renascimento. Afirma a dignidade do homem e o torna o investigador por excelência da natureza.

⁶ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 33

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 18

Os suplícios foram uma forma de castigar os infratores aos poucos até a morte, sendo marcados por verdadeiros espetáculos públicos. O suplício era, em sua própria essência, público. Portanto, necessariamente, a presença do povo é importantíssima para sua realização. O principal personagem deste espetáculo é o próprio povo. O culpado era submetido às mais horrendas exposições, causando, na plateia, a exata convicção de que lhes seriam imputados se viessem a cometer um delito.

Conforme dispõe Foucault,

nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição...⁸

O suplício e as penas físicas fizeram parte da história da Europa por toda a Idade Média, assim como na Antiguidade, e era aplicada em escala significativamente grande, resultando quase que na totalidade das penas imputadas aos delinqüentes. O suplício era uma forma de o Estado punir, de forma gradativa, fazendo com que o infrator fosse atingido não só fisicamente, mas também moralmente. O suplício é a arte de graduar os sofrimentos, segundo Foucault

o suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos...⁹

Com o desenvolvimento do humanismo nos séculos XVII e XVIII, as penas corporais foram cedendo espaço para a pena de prisão, que atendia a reivindicação humanitária desta época, assumindo expressão em autores como Cesare Beccaria. Apesar do seu estado latente e de nem sempre se encontrar explicitamente no discurso da época, a dignidade humana cumpria o papel de ancoradouro da forma como o Estado deveria tratar o indivíduo.

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. 20ª edição. (Tradução de Raquel Ramallete), Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 75.

⁹ Idem, p. 36

A dignidade da pessoa humana deve ser tratada então, como princípio fundamental do indivíduo, devendo o homem ser protegido e resguardado em todos os aspectos no que diz respeito à sua dignidade. Neste viés, Sarlet aduz que “assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a sua própria dignidade”.¹⁰

Tratando-se de dignidade, Giovanni Pico Della Mirandola, que se destacou na Renascença, com sua obra *Discurso sobre a dignidade do homem*, já no século XV apontando a racionalidade e o liberalismo como intrínseco ao ser humano, e pregava o respeito à dignidade da pessoa humana. O humanista italiano entendia que a racionalidade do homem vinha a ser uma característica ínsita do homem, peculiaridade esta que lhe proporcionava o direito de arquitetar livremente seu futuro.

Nesse sentido, Sarlet diz que

(...) partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a própria existência e seu próprio destino. (...) sem renunciar à inspiração dos principais teóricos da Igreja Católica, Giovanni Pico della Mirandola, no seu opúsculo sobre a dignidade do homem, ao justificar a idéia da grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio arbítrio, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.¹¹

A dignidade deste indivíduo, digo, o delinqüente, definitivamente não era observado como fundamento do próprio direito de punir. Na visão de Lacerda, “o que torna Pico Della Mirandola um dos pioneiros renascentistas é essa visão da dignidade humana, o que o torna original, frente às idéias de respeito da era medieval e moderna, é sua originalidade quanto à visão do homem”.¹²

As penas corporais, suplícios e cruéis se estenderam desde a Antiguidade até a Idade Moderna. Segundo afirma Foucault,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97

¹¹ Idem, p. 34

¹² Cf. LACERDA, Bruno Amaro. *A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola*. Revista *Legis Augustus* (Revista Jurídica), vol. 3, n. 1, p. 22. Disponível em <www.unisuam.edu.br>. Acesso em 20/04/2012.

a redução do suplício é uma tendência com raízes na grande transformação de 1760-1840, mas não chegou ao termo. E podemos dizer que a prática de tortura se fixou por muito tempo – e ainda continua – no sistema penal francês. (...) O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX.¹³

Na Idade Média existia a prisão, sendo, porém, usada como sala de espera dos mais terríveis tipos de tormentos e castigos, servindo tampouco de custódia. Para Shecaira e Côrrea Júnior “é nesse período, porém, que a prisão-custódia dá lugar à prisão-pena”.¹⁴

Nesse ponto, Tourinho Filho diz que “a prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.¹⁵

Na visão de Foucault,

o que agora é imposto à justiça penal como seu ponto de aplicação, seu objeto “útil”, não será mais o corpo do culpado levantado contra o corpo do rei; não será mais tampouco o sujeito de direito de um contrato ideal; mas o indivíduo disciplinar. O ponto extremo da justiça penal no Antigo Regime era o retalhamento infinito do corpo do regicida: manifestação do poder mais forte sobre o corpo do maior criminoso, cuja destruição total faz brilhar o crime em sua verdade.¹⁶

Diferentemente do que ocorria na Idade Média, que se caracterizava por um sistema de punição desumano e ineficiente, onde a prisão servia somente como lugar para aguardar vários tipos de episódios tormentosos e várias espécies de castigos, o surgimento do direito canônico que a princípio almejava regular as ações dentro da Igreja, gradativamente influencia no aumento substancial do cristianismo na sociedade e no Estado. Essa influência pode ser percebida na justificativa da pena, que passa a se preocupar com a recuperação do condenado/pecador (aumentar o rebanho, converter os fiéis).¹⁷

Com a mudança na justificativa da sanção são perceptíveis também as mudanças nas principais espécies de pena e até na estrutura do crime. Doravante a privação da liberdade passa a ser a principal espécie de pena, vista ao

¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 19

¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 33

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11ª edição revisada e atualizada, SÃO PAULO: Saraiva, 2009, p. 605

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 249-250

¹⁷ Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 7ª edição. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 23

arrependimento e “purificação” do criminoso/pecador, daí a origem de nosso atual sistema de penas e da nomenclatura “penitenciária”.

O alternativo àquelas modalidades de aplicação de pena se fazia necessária. Com o desaparecimento do feudalismo e a queda de Constantinopla, surge a Idade Moderna.¹⁸

Durante a Idade Moderna, como resultado de inúmeras guerras religiosas, a pobreza se generaliza, principalmente pelo continente Europeu. Em razão disso, cresce exponencialmente o índice de desigualdade social, crescendo o número de desafortunados e mendigos. Em conseqüência disso, também cresce a quantidade de delinquentes, pois esses excluídos subsistiam de esmolas, roubos e de assassinatos.¹⁹

A alternatividade no Direito Penal se faz necessária diante do quadro social daquele tempo, marcado principalmente pelas penas desproporcionais e ineficiência daquela estrutura prisional. Inicia-se, portanto, “na segunda metade do século XVI um grande movimento de criação e construção de prisão para a correção dos condenados por delitos menores”.²⁰ Nascem as chamadas *houses of correction*.

Com a construção destas casas ou prisões organizadas, teve início um importante movimento de desenvolvimento das penas restritivas de liberdade, como acontecia, por exemplo, no Castelo de Bridwell, em Londres, que, com a anuência do Rei, passaram a utilizar o mesmo para recolhimento de vagabundos, ladrões e autores de pequenos delitos.²¹

A intenção das chamadas casas de correção era reformar os delinquentes e desestimular os recorrentes casos de vadiagem e de delitos. Para isso, os delinquentes eram submetidos à rígida disciplina e ao trabalho – no ramo têxtil, por exemplo – podendo os infratores auferir alguma vantagem econômica com os seus serviços nas chamadas *workhouses*.²² Os holandeses desenvolveram as casas de trabalho de forma mais aprimoradas, pois diante do cenário capitalista que vigia na época, aproveitavam a mão-de-obra gratuita destes detentos.²³

¹⁸ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 31

¹⁹ LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de Penas Alternativas*. Goiânia: AB, 2000, p. 5

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 32

²¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. op. cit., p. 23-24

²² LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de Penas Alternativas*. op. cit., p. 5

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 34

Na verdade, o avanço do capitalismo contribuiu sobremaneira para a que o detento se submetesse às classes dominantes, fazendo florescer o sentimento de que deveriam se acostumar ao modo de produção, devendo obedecer aos padrões estabelecidos por aquele regime capitalista, tornando assim, mais fácil o controle social. Desse modo, acostumando-se ao regime de trabalho imposto pelo regime capitalista, a finalidade de prevenção geral da pena era atingida a partir do momento que o trabalhador se sentisse intimidado e com medo de ser encarcerado numa casa de trabalho.

Podemos destacar ainda, o entendimento de que a prisão-pena não emergiu em face da necessidade de uma de reabilitar o delinqüente, mais sim, em virtude da necessidade de um regime econômico. Segundo Shecaira e Corrêa Junior

(...) o surgimento da prisão-pena explica-se menos pela existência de um propósito humanitário e idealista de reabilitação do delinqüente, e mais pela necessidade emergente de possuir um instrumento que permitisse a submissão da classe menos favorecida...²⁴

Oportunamente, em sentido genérico, Foucault afirma que a prisão é menos recente do que se diz,

(...) a forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.²⁵

Assim, essa nova visão aprisionamento, surge como uma necessidade, segundo o ponto de vista dos críticos já na segunda metade do século XII, com seus ideais iluministas, visando, sobretudo, a preservação da dignidade humana, diante do cenário de práticas de penas de morte, tortura, escravidão e demais formas de punição absurdamente desumanas.

Nos séculos XVII e XVIII, predominou o jusnaturalismo, neste período o princípio da dignidade da pessoa humana passou por um processo de laicização, ou

²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 34

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 260

seja, subtraiu a influência religiosa ou eclesiástica considerando, por exemplo, que o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana.

Na lição de Sarlet,

foi precisamente no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.²⁶

Com efeito, para Shecaira e Corrêa Júnior “o sistema de penas continuava baseado em penas pecuniárias, penas corporais e na pena capital”.²⁷ O desaparecimento das penas corporais ocorreu devido a um processo gradativo de evolução das penas, decorrente principalmente dos pensamentos iluministas e humanitários do século XVIII.

Para Foucault, o desaparecimento dos suplícios foi uma das mais importantes conquistas do século XVIII, extinguindo-se quase que em sua totalidade as penas que objetivavam acima de tudo atingir o corpo do condenado, o qual até então era a principal forma de repressão penal.²⁸

Ao contrário do que preconizava Hobbes dizendo que o “*valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder*”, Immanuel Kant diz que o homem é um valor absoluto, fim em si mesmo, porque dotado de razão. A sua autonomia, porque ser racional, é fonte da dignidade, pois é ela que torna o homem um fim em si mesmo.²⁹

Kant, parte do princípio da autonomia da vontade. Conforme Sarlet, essa autonomia é “entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana”.³⁰

A dignidade da pessoa humana veio com o fito de consagrar os ideais de que a proteção do ser humano contra as discórdias da sociedade e dos governantes

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. op. cit., p. 35

²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 32

²⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 12

²⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. op. cit., p. 38

³⁰ Idem, p. 37

deve ser levada em consideração acima de tudo e ainda ser considerado um princípio que, ao longo dos tempos, foi ganhando notoriedade.

Kant contribuiu sobremaneira para a noção de dignidade humana, dizendo que

no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade(...) Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem qualquer modo ferir a sua santidade.³¹

Na medida em que coloca o ser humano como centro de referência, com seu pensamento liberal, Kant acaba por impedir que o homem seja usado como instrumento de políticas e interesses.

Acerca do problema penal já no final do século XVIII, Mirabete e Fabbrini, diz que

é no decorrer do Iluminismo que se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.³²

Tempos mais tarde, com o movimento do Iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, surgem as idéias liberais e humanizantes como as do Marquês de Beccaria,³³ que foi um dos propulsores da caminhada para a humanização das penas, primando para que a filosofia de aplicação das penas fosse mais justa.

Na obra “Dos Delitos e das Penas”, Beccaria tentou trazer à discussão a iminente necessidade de reforma das leis penais e, inspirado na concepção do

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 77

³² Cf. NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, v. 1, p.1 *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18

³³ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 32

Contrato Social de Rosseau, ofereceu um novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político, indubitavelmente limitado pela lei moral.³⁴

A obra de Beccaria foi um repúdio à afirmação de que as penas consistiam em uma espécie de vingança coletiva, que desproporcionalmente era aplicada aos infratores, com punições que vão muito além do delito praticado, com práticas de torturas, penas de morte, prisões desumanas, e outras. A partir de então, a humanidade vislumbrava novos caminhos para garantir a igualdade e a justiça no direito penal.

Beccaria afirmava que

as penas que vão além da necessidade de manter o depósito de salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.³⁵

Beccaria primava por penas mais moderadas, que não ultrapassassem os limites naturais de punição, causando à sociedade, ao mesmo tempo, uma sensação de dever cumprido pelo Estado para com o infrator e de certa forma não extrapolando os limites proporcionalmente aceitáveis na maneira de punir, deixando a crueldade na punição como exceção e não como regra. Nesse sentido, Beccaria diz que

entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.³⁶

Em sua obra, indignado com a aplicação da pena de morte, Beccaria dissertou que

a história dos homens é um imenso oceano de erros, no qual se vê sobrenadar uma ou outra verdade mal conhecida. Não me oponham, pois, o exemplo da maior parte das nações, que, em quase todos os tempos, aplicaram a pena de morte contra certos crimes; esses exemplos nenhuma força têm contra a verdade que é sempre tempo de reconhecer. Nesse caso, aprovar-se-iam os sacrifícios humanos, porque estiveram geralmente em uso entre todos os povos primitivos.³⁷

³⁴ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. op. cit., p. 17.

³⁵ Idem, *ibidem*

³⁶ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. (tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães). São Paulo: Rideel, 2003, p. 58

³⁷ Idem, p. 70

A moderação das penas era um dos ideais de Beccaria, pois segundo ele o interesse geral não se fundamentava somente no cometimento de poucos crimes, mas que

(...) os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.³⁸

Buscava, portanto, quebrar esse paradigma de crueldades nas penas, bem como uma série de arbitrariedades tomadas pelo poder, alertando para a necessidade de leis para estipular as penas, visando impedir que as sanções fossem aplicadas de forma arbitrária. Para Beccaria, as penas não podiam ser utilizadas somente como intimidação, mas também para a restauração do infrator.

Beccaria defendia que a pena deveria ser mais benéfica ao acusado, causando-lhe algum resultado prático e eficaz. Os princípios preconizados por Beccaria se firmaram como base do direito penal moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução Francesa adotou vários desses princípios.

Uma insatisfação atingia os pensadores da época, os responsáveis pela previsão e aplicação das penas, além dos vários segmentos importantes da sociedade, que viam, na realidade daquele período histórico, que a pena não servia para reparar o erro praticado.

A necessidade de substituição do modo de punir era motivo de grandes discussões entre filósofos e teóricos de direito, juristas, magistrados e outros, que alegavam que as penas cruéis, dentre outras já mencionadas, não serviam para nada, senão para fomentar mais ainda a revolta da sociedade contra estas modalidades de penas.

Portanto, no entendimento de Martins,

o séc. XVIII foi um marco, em razão da prisão ter se consubstanciado em pena definitiva, em substituição às demais modalidades de reprimenda. Mesmo assim, as condições de encarceramento, o tratamento dispensado

³⁸ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. op. cit., p. 84-85

aos presos, tudo ainda era primigênio, surgindo aos poucos, a preocupação com suas recuperações, com a perspectiva de reinserção à sociedade.³⁹

A prisão, portanto, foi uma conquista para a humanização da pena no século XVIII, tendo em vista que o cenário apresentado até então era de terror, desproporcionalidade, arbitrariedades etc. Com isso, foi de fundamental importância o surgimento da prisão para substituir àquelas espécies de penas a que eram submetidos os condenados.

1.3. O alternativo à pena de prisão

A necessidade de alternativas à pena privativa de liberdade cresce com a crise da prisão, que “advém de um pessimismo e até um certo descrédito na possibilidade de efetivação do objetivo ressocializador da prisão”.⁴⁰

Nesse diapasão, Shecaira e Corrêa Júnior dizem que “considera-se o ambiente carcerário, em virtude da sua antítese com a comunidade livre, um obstáculo natural à persecução de resultados positivos em relação ao condenado”.⁴¹

Fragoso afirma que “a experiência de dois séculos veio demonstrar a falência completa da filosofia correcional”.⁴² Com o enclausuramento e o conseqüente paradoxo entre as funções de custódia e de reabilitação, ficou evidente que a prisão somente tem o papel de arrasar a com a dignidade da pessoa, deformando sua personalidade, acostumando-se e aprendendo a viver de acordo com aquela cultura indubitavelmente desfavorável ao convívio humano.

A crise da prisão deve-se muito, também, a fatores como as más condições materiais das penitenciárias e seus efeitos maléficos causados sobre os condenados; os efeitos infrutíferos no que diz respeito aos aspectos psicológicos, posto que decorrente de seu cárcere o delinqüente estaria sendo privado da companhia de seus familiares, amigos e outros. Portanto, não seria a privação de sua liberdade que resultaria ressocialização e reinserção deste à comunidade.⁴³

³⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. 1^o. ed., 2. tir. Curitiba: JURUÁ, 1999.p. 25

⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 157

⁴¹ Idem, ibidem

⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*. Disponível em: <www.fragoso.com.br.> Acessado em 17.04.2012, p. 2

⁴³ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 157

Não obstante as características supramencionadas ainda tem a questão do provável retorno do condenado ao crime, ou seja, a reincidência. Neste sentido, Shecaira e Corrêa Júnior diz que “são altos e desconfortáveis os índices de reincidência nos presídios, o que colabora para aumentar ainda mais o pessimismo daqueles que acreditavam no objetivo ressocializador da prisão”.⁴⁴

Fragoso, acerca do assunto, aduz que

a prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona com realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinqüentes, maior é a probabilidade de reincidência...⁴⁵

Contemporaneamente, a crise no sistema penitenciário desencadeou alguns novos postulados de Direito Penal direcionado à instituição de alternativas para substituir a pena privativa de liberdade, ou, ao menos, reduzir seu impacto no delinqüente. Essas tendências de Direito Penal contemporâneo podem ser resumidas em

a) a descriminalização, que é a renúncia formal de considerar uma conduta como criminosa; b) despenalização, é o ato de retirar ou suavizar a pena de um delito sem descriminalizá-lo; c) intervenção mínima, postula redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais; d) *probation*, em que se reconhece a culpabilidade, porém não se aplica a pena; e) pena privativa de liberdade como *ultima ratio* em face da impossibilidade de não aplicá-la em casos de criminalidade grave.⁴⁶

⁴⁴ Idem, p. 158

⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 3. Nesse mesmo viés, Michel Foucault denuncia a prisão como sendo o “grande fracasso da justiça penal”, e destaca alguns pontos relevantes para tal denominação, produzidas entre os anos de 1820-1845 e que continuam até os tempos atuais, quais sejam: a) “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; b) provoca a reincidência; c) não pode deixar de fabricar delinqüentes, mesmo porque lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração (dentro dela nascem e se desenvolvem as carreiras criminais); d) favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; e) as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência; f) a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento”. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 292 e ss.

⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 158

No entendimento de Fragoso, “a consequência natural da falência da prisão é o entendimento de que ela deve ser usada o menos possível, como último recurso, no caso de delinquentes perigosos, para os quais não haja outra solução”.⁴⁷

Sob o ponto de vista de Shecaira e Corrêa Júnior, a pena privativa de liberdade deve se restringir àqueles casos mais graves, que o efeito da alternativa penal não seria suficiente ou restaria infrutífera para tal caso. Entende ainda que nos casos menos graves, deveria ser a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas ou iniciasse o cumprimento de sua reprimenda em regime aberto ou semiaberto.⁴⁸

A respeito da prisão, Foucault já dizia que “ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão”.⁴⁹ Todavia, “se não é possível dispensar totalmente o uso da prisão, não parece menos correto que sua aplicação em delitos de pequena gravidade deva ser substituída por medidas penais mais adequadas e positivas”.⁵⁰

Diante da crise da prisão, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a preponderar sobre a necessidade retributiva da pena. O alternativo se posicionou no sentido de buscar medidas que se prestassem a ocupar, de forma benéfica e mais vantajosa, o espaço da pena privativa de liberdade e seus notórios inconvenientes.⁵¹

As alternativas penais visavam, antes de qualquer coisa, uma possibilidade do juiz aplicar uma sanção penal que não fosse a privação de liberdade, “como, por exemplo, o *sursis*, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo, a

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 3

⁴⁸ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 158-159.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. op. cit., p. 261

⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 159

⁵¹ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 159. Na lição de CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Penas Alternativas a La prisión*, Barcelona: BOSCH, 1997, p. 16 e ss, a falência ou o fracasso da pena de prisão é, por isso mesmo, o fator preponderante para a difusão das penas e medidas alternativas que, no princípio, começaram pretendendo exclusivamente o encurtamento da sua duração (livramento condicional, remição etc.), ou evitar a sua execução (*sursis*, penas substitutivas etc.), impedindo, desse modo, seus efeitos deletérios (contato pernicioso, estigmatização, “prisionização” etc.), para depois apresentarem-se como verdadeiras alternativas, isto é, como penas autônomas e distintas, que contam com a pretensão de ocupar o lugar da prisão (em razão da sua desproporcionalidade, desumanidade, crueldade etc.) *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1ª edição, 2ª tiragem. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 31

transação penal e a substituição da prisão por penas restritivas ou pecuniárias”, conforme preleciona Shecaira e Corrêa Júnior.⁵²

Conforme Shecaira e Corrêa Júnior, “uma das primeiras alternativas à pena privativa de liberdade foi a prestação de serviços à comunidade estabelecida no Código Penal soviético de 1926”.⁵³

Apesar de a prestação de serviços à comunidade já existir na Antiguidade com a realização de trabalhos forçados, sendo considerada pioneira no tocante a uma solução alternativa à pena capital, resumia-se à restrição de liberdade e não a sua privação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU), reconheceu a dignidade inerente a todos os membros da família humana. Na visão de Gomes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, teve um significado ímpar no desenvolvimento da humanidade, pois

(...) constitui uma verdadeira “Constituição Ética Universal”, na medida em que consagra um conjunto de valores comuns da Humanidade, e considerando, de outra parte, que a pena de prisão na atualidade, para além do seu fracasso, constitui a síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis, não se pode deixar de reconhecer que é dessa regra fundamental que devemos partir para a compreensão e estudo das penas e medidas alternativas à prisão...⁵⁴

Após, notadamente a Declaração de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 só corroborou o que já proclamava a ONU, no que diz respeito à pessoa. No continente europeu nesse período passou-se a acreditar que o crime teria suas origens mais em razão de fatos/aspectos individuais do que sociais.

No que se refere a função ressocializadora da prisão, Gomes diz que

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 159. Na lição de Jesus, Damásio E. de, “alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir a que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade”. *Penas Alternativas*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29

⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 160. Em relação aos antecedentes históricos das penas alternativas, vide ainda BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 549-553

⁵⁴ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. op. cit., p. 19-20

(...) Logo, era uma questão apenas de ‘tratamento’ do recluso (“ideologia do tratamento ressocializador”) e não haveria mais reincidência. Não demorou muito para se considerar a inviabilidade quase absoluta de se ressocializar o condenado dentro da prisão.⁵⁵

Passou-se a considerar que a ressocialização do infrator se efetuará com maior eficácia por meio de penas alternativas, que por sua vez seriam realizadas fora das penitenciárias, chegando-se a conclusão de que estas modalidades de penas devem substituir/ocupar o lugar da pena de prisão, pelo menos no que concerne aos pequenos e médios crimes.⁵⁶

Na mesma direção, Fragoso diz que “o sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo”.⁵⁷

A previsibilidade de respeito à dignidade da pessoa humana, bem como a garantia de que ninguém deveria ser submetido a penas que fossem contrárias a essa dignidade, estavam proclamadas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido no mundo por Pacto de San José.⁵⁸

Posteriormente, em 1990, durante o 6º Congresso das Nações Unidas, a ONU recomendou que ao Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente caberia discorrer e elaborar estudos pioneiros sobre o tema – *soluções alternativas à prisão*. Consolidada pela Resolução 45/110, foi oficialmente denominada Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, também denominadas *Regras de Tóquio*.⁵⁹

⁵⁵ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 20

⁵⁶ Cf. GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 20-21

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 3

⁵⁸ v. PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, art. 7.º, onde se lê: “Ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes”. Vide ainda: CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, art. 5.º, n. 2: “Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

⁵⁹ Cf. GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 20-21. O histórico completo da origem das Regras Mínimas pode ser visto em JESUS, Damásio E. de, *Regras de Tóquio*, São Paulo: Paloma, 1998, p. 25 e ss.

Segundo as Regras de Tóquio, alternativas penais constituem “sanções e medidas que não envolvem a perda da liberdade”.⁶⁰ Os cinco objetivos fundamentais das Regras de Tóquio⁶¹ são: 1º) promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade; 2º) incentiva-se a aplicação de alternativas penais e respeito às garantias mínimas – falar em garantias mínimas é dizer que ao suspeito, acusado ou condenado deverá ser respeitado o princípio do devido processo legal; 3º e 4º) promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal, bem como no tratamento do delinquente; e 5º) consiste em estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.⁶²

Conforme previsto nas Regras de Tóquio, uma de suas principais finalidades é “a garantia aos direitos humanos e à dignidade humana requer que se estabeleçam normas para a imposição e execução de quaisquer restrições e condições”.⁶³ Percebe-se, que as Regras de Tóquio foi uma grande conquista para o modelo de justiça contemporâneo.

A tendência da sociedade moderna é adotar um novo modelo de justiça penal, que na lição de Gomes “é reivindicado pela Moderna Criminologia e que enfoca o delito como fato interpessoal e histórico, com repercussão direta para todos os envolvidos no conflito (delinquente, vítima, sociedade e Estado)”.⁶⁴ As penas alternativas, dentro de suas limitações, correspondem a esta nova realidade.

⁶⁰ Regras de Tóquio – Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, Introdução. Podemos observar que em todo o texto das Regras de Tóquio quando se trata de medida não-privativa de liberdade, fala-se de qualquer providência determinada por decisão proferida por autoridade competente, em qualquer fase da administração da Justiça Penal, pela qual uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão.

⁶¹ Sobre esses objetivos v. JESUS, Damásio Evangelista de, *Regras de Tóquio*, São Paulo: Edições Paloma, 1998.

⁶² GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 26

⁶³ Regras de Tóquio – Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, Introdução.

⁶⁴ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 26

CAPÍTULO II – PENAS ALTERNATIVAS

As penas alternativas constituem sanções penais, devidamente previstas em lei, com o objetivo primordial de substituir a pena de prisão.

As penas alternativas (restritiva de direitos e liberdade) são autônomas e substitutivas. A natureza autônoma das penas alternativas, em consonância com a legislação penal, diz respeito ao fato dela coexistir com a pena privativa de liberdade, em outras palavras, não há a possibilidade de se aplicar as duas ao mesmo tempo. Aplica-se uma ou outra. Daí a autonomia das penas alternativas.

Quanto a sua natureza substitutiva, deve-se ao fato de ela somente poder ser aplicada após a condenação e especificação do *quantum* de pena privativa de liberdade, para daí, atendendo os requisitos autorizadores, o magistrado substituir a pena privativa por penas alternativas.

Dessa forma, devem ser aplicadas após a fixação, num primeiro momento, da pena privativa de liberdade. Portanto, por terem natureza de penas substitutivas, o magistrado poderá aplicá-las em caráter alternativo à privativa de liberdade.

As penas alternativas podem ser classificadas em: (a) restritivas de liberdade, como a limitação de fim de semana, ou (b) restritivas de direitos, como acontece nas interdições temporárias de direitos e pecuniárias, como, por exemplo, a multa e prestação pecuniária.⁶⁵

Nos ensinamentos de Shecaira e Corrêa Júnior, “as Penas Alternativas são aquelas sanções penais previstas em lei, diversas da pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade ou a multa”.⁶⁶ Na lição de Capez, as penas alternativas “constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade”.⁶⁷ As “penas alternativas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais”.⁶⁸

⁶⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 30

⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 159

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. 1, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 400

⁶⁸ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 30.

As penas restritivas de direitos classificam-se ainda em *genéricas* e *específicas*. *Específicas* são as aplicadas a um crime determinado, particular, como é o caso da interdição temporária de direitos, e as *genéricas* são aquelas que substituem as penas de quaisquer crimes, como acontece nas prestações de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.⁶⁹ As específicas só poderão, evidentemente, diante da sua peculiaridade, serem praticadas por determinadas pessoas.

2.1. As penas alternativas no Brasil

A reforma do Código Penal em 1984, com a Lei 7.209, foi um marco para o Direito Penal brasileiro, ampliando a quantidade de penas aplicáveis no país.⁷⁰ Desta maneira, marcava um grande avanço em matéria de Direito Penal no Brasil.

Com a reforma de 1984, o art. 32 do referido código passou a prever três categorias de pena: privativa de liberdade, restritiva de direito e a pena pecuniária. A grande inovação da Lei 7.209/84 (Reforma Penal de 1984 – Nova Parte Geral do Código Penal) foi a instituição das penas restritivas de direito.⁷¹

Discorrendo sobre a validade, Fragoso afirmou que

a tendência atual é no sentido de ampliar o catálogo das penas principais. Não só permitindo substituir a pena privativa de liberdade, para a exclusiva aplicação da multa, como também para imposição de outras sanções não privativas ou meramente restritivas da liberdade.⁷²

⁶⁹ Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. op. cit., p. 145

⁷⁰ Nesse período, durante a ditadura militar (1964-1985) o Código Penal de 1969 foi outorgado, junto com uma nova Lei de Segurança Nacional pela Junta Militar, e com ele reapareceu a figura da pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos. O futuro Código Penal previa, de forma expressa, a finalidade de prevenção especial (art. 37), estabelecendo que a execução da pena deveria promover a recuperação do condenado. Entretanto a tentativa de implantar o novo código não teve êxito, tendo ocorrido o período de *vacatio legis* mais extenso da história do Brasil, o referido Código foi revogado em 1978, não vigorando em momento algum. A Emenda Constitucional 11, de 13.10.1978, proibiu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento. Nesse período, as leis eram submetidas a um Congresso totalmente obediente ao Poder Executivo. Com o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal, novos horizontes se abriram às ciências penais. v. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 44-45

⁷¹ Com a reforma do Código Penal, em 1984, o art. 43 passou a prever a existência das seguintes penas restritivas de direito: “prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 306

A relevância dessa inovação do Código Penal foi na sua grande maioria incontestável, tendo em vista que com as penas restritivas de direitos e as penas pecuniárias, destinadas precipuamente para substituição das penas privativas de curta duração. O fato de o condenado não necessitar ausentar-se do convívio familiar, amigos, do trabalho, enfim, da comunidade, torna evidente a sua pertinência. Para Fragoso, “essas penas tem a vantagem de manter o condenado basicamente na comunidade, realizando as atividades laborativas normais. Aparecem como substitutivos das penas curtas privativas de liberdade”.⁷³

Houve a intenção de diminuir os efeitos negativos da prisão, que ainda predominava no nosso sistema penal. Tanto no que diz respeito à desumana condição dos condenados, bem como no que se refere à superlotação dos presídios e o desrespeito à dignidade da pessoa humana, no caso, os detentos. Com efeito, “criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do sentenciado no cumprimento da pena”, conforme Shecaira e Corrêa Júnior.⁷⁴ Isto é, respeitando o princípio da individualização da pena.

As penas alternativas ou restritivas de direitos contavam com três espécies: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Não obstante estas espécies de alternativas, Martins diz que “a multa ou pena pecuniária, não foi instituída pela Reforma de 1984, existindo anteriormente como forma de punição autônoma, sendo isolada, cumulativa ou, em algumas hipóteses, opcional”.⁷⁵ Porém, com a implantação da lei 7.209/84, a pena de multa passou a ser prevista como substitutiva, e não somente como autônoma e cumulativa.

O movimento em prol de penas alternativas foi ganhando força no Brasil, pois timidamente essas sanções foram sendo inseridas no nosso ordenamento jurídico. Esse movimento foi impulsionado após a criação da Constituição Federal de 1988, visto que inseriu novas modalidades de sanções em seu bojo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, inseriu em seu artigo 98, I, a previsão de que à União, Estados e Distrito Federal competiria a criação de Juizados Especiais, aos quais caberia o julgamento e

⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, op. cit., p. 306

⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 46

⁷⁵ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 49

execução de causas cíveis de menor complexidade, além das infrações penais de menor potencial ofensivo, prevendo, para estas últimas, a possibilidade de transação.⁷⁶

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais, trouxe consigo uma visão moderna de aplicação de penas. Em relação à Lei dos Juizados, Mirabete afirma que foi criada

com o intuito de propiciar a modernização e rapidez no tratamento de causas criminais onde existam infrações penais de menor gravidade, consubstanciou-se na concretização de uma antiga aspiração de todos quantos militam na área criminal. (...) As vantagens que dela advém implicam igualmente na possibilidade de resolução de casos sem a necessidade de apenação ao infrator, permitindo-se-lhe a reparação do dano e, não só isso, como também oportunizando a ele e à vítima a discussão e resolução do problema, ou mesmo que aceite uma apenação, sem que tal represente o registro em seus antecedentes, maculando sua trajetória de vida.⁷⁷

A possibilidade do infrator de delitos de menor potencialidade ofensiva ser submetido à Lei dos Juizados Especiais não só o beneficia por ter a chance de aceitar uma transação penal e não ter a sua qualidade de réu primário abalada, mas também por lhe ser proporcionada a oportunidade de receber penas mais brandas que não sejam a pena privativa, além do fato de não o privar do convívio na comunidade.

A Lei dos Juizados Especiais, sob a ótica de Martins, “além de desviar-se da tendência meramente punitiva, hoje ultrapassada, teve como principal virtude demonstrar o sucesso da preferência por medidas menos drásticas”,⁷⁸ que se concretizaram com a solução rápida dos casos e imposição de sanções eficazes, diverso do que ocorre na justiça comum. Segundo o autor citado, “isso é fruto do seu

⁷⁶ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 59

⁷⁷ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Juizados Especiais Criminais. Conciliação e Transação*, volume 338, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1997, p. 99. Ainda de acordo com MARTINS, nesta última obra citada, “a lei dos juizados especiais, destarte, além de desviar-se da tendência meramente punitiva, hoje ultrapassada, teve como principal virtude demonstrar o sucesso da preferência por medidas menos drásticas, máxime que em sua aplicação, observa-se o resgate da credibilidade da Justiça, seja pela solução rápida dos casos, como também, ante a imposição de sanções eficazes”.

⁷⁸ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 74-75

aproveitamento pela sociedade e, da absorção pelo infrator, do sentido da reprimenda e, da real possibilidade de não voltar a delinquir”.⁷⁹

Como ensina Tonello, o Estado

procura evitar a aplicação de penas privativas de liberdade porque suas consequências são malélicas para a sociedade, o preso perde o direito a liberdade de locomoção, é afastado do convívio familiar e social, deixa de trabalhar e produzir, não paga impostos e ainda consome boa parte do dinheiro público.⁸⁰

O surgimento das penas alternativas no Brasil se deu com a Reforma do Sistema de Penas da Lei 9.714/98, que não criou novas modalidades de penas, apenas estabeleceu novos modelos para as penas restritivas de direito, inserindo algumas inéditas, e ainda alterando algumas que já havia no código anterior.

O artigo 43 do atual Código Penal traz cinco espécies de penas restritivas de direitos, sendo elas:

Art. 43 – As penas restritivas de direito são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – VETADO;
- IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

O novo ordenamento penal assumiu um propósito mais humanitário, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros precedentes internacionais, bem como consolidando o que preconizava a nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI:

Art. 5º (...)

XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;

⁷⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 75

⁸⁰ TONELLO, Luis Carlos Avanci. *Manual de Execução Penal*. 2ª edição. CUIABÁ: Janina, 2010, p. 249

- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Percebe-se, desta forma, que o legislador ao sancionar a lei 9.714/98 elencou no rol das penas restritivas, determinações contidas no texto constitucional.

Os princípios constitucionais estabeleceram uma nova realidade em matéria de ordem social. O Direito Penal democrático, influenciado por princípios inerentes ao Estado Social, deve priorizar, pois, aspectos referentes à criminalização das condutas de maneira mais igualitária e voltadas à concretização dos objetivos sociais almejados por este Estado democrático.

Nesse diapasão, em decorrência de uma política criminal de um Estado Democrático de Direito, que é o caso do Brasil, conforme Shecaira e Corrêa Júnior, deve prevalecer “um sistema penal de garantias que posiciona a pessoa humana e a liberdade como centro de sua perspectiva”.⁸¹

Em relação às penas alternativas, a submissão ao princípio da dignidade humana deve pautar-se pela premissa de que “qualquer privação sofrida por um indivíduo que atinja sua sobrevivência digna, seja material (habitação, saúde, trabalho etc.), seja espiritual (cultura, lazer, informação etc.), é antijurídica”.⁸²

2.2. Espécies de Penas Alternativas

São várias as modalidades de penas alternativas previstas no nosso ordenamento jurídico penal. Necessário se faz discorrer sobre cada uma dessas modalidades substitutivas da privativa de liberdade.

2.2.1. Prestação Pecuniária

O objetivo da prestação pecuniária é impor ao agente a título de penalidade, para ressarcimento à vítima ou seus dependentes, ou ainda a entidades públicas ou

⁸¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 53.

⁸² FELIPPE, Marcio Sotelo, *Razão Jurídica e dignidade humana*, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 106

privadas, neste último caso desde que com fins sociais. Esta modalidade de pena é recente no direito penal pátrio, pois só apareceu no bojo da parte Geral do Código Penal, após a reforma de 1998, no artigo 43, I do *codex* citado.

Em relação ao assunto, Damásio leciona que

a prestação pecuniária, nos termos dos arts. 43, I e 45, § 1º, do CP, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social de importância fixada pelo juiz. Não pode ser inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.⁸³

No mesmo sentido, Gomes diz que

“prestação” significa precisamente ação de satisfazer ou pagamento. Prestação pecuniária sempre envolve algum valor, alguma importância, alguma quantia, em suma, um *quantum* monetário. O objeto dessa prestação pecuniária pode ser diversificado: dinheiro, títulos, pedras preciosas, ouro etc.⁸⁴

O destinatário dessa sanção *a priori* é a vítima e seus dependentes, pois a finalidade dessa sanção, de acordo com o texto legal, é de reparar o dano causado pela infração penal.⁸⁵ Portanto, há de dar preferência à pessoa lesada ou seus dependentes, e só excepcionalmente destinar a prestação pecuniária às entidades.

Esse é o entendimento de Bitencourt, pois assinala que

preferencialmente, o montante da condenação, nesta sanção, *destina-se à vítima ou a seus dependentes*. Só, excepcionalmente, em duas hipóteses, o resultado dessa *condenação* em prestação pecuniária poderá ter outro *destinatário*: a) se não houver dano a reparar ou b) não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nesses casos, e somente nesses casos, o montante da condenação *destinar-se-á* a “entidade pública ou privada com destinação social”.⁸⁶

Por fim, insta salientar que cabe ao magistrado, no momento da aferição do *quantum*, levar em consideração o previsto no *caput* do artigo 60 do Código Penal,

⁸³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. vol. 1, parte geral, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 535

⁸⁴ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 130

⁸⁵ Nada obsta que a vítima ou seus dependentes, além da reparação na esfera penal, seja eventualmente indenizado na seara civil, nos termos do artigo 186 e 927 do Código Civil. Vale ressaltar que o montante da eventual condenação criminal, será deduzido do valor da condenação civil, desde que coincidentes os beneficiários, o que não acontece caso seja o valor da primeira destinado à alguma entidade.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op.cit., p. 563

que se refere à necessidade de aferição da situação econômico-financeira do acusado. Portanto, quem fixará o valor da sentença condenatória é o juiz, que no momento deverá se nortear por alguns critérios, que na lição de Damásio

haverá três posições: 1ª) o juiz, para fixar o *quantum* da prestação pecuniária, entre um e trezentos e sessenta salários mínimos, emprega o mesmo critério da aplicação da multa comum: circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP e a situação econômica do réu (art. 60, *caput*); 2ª) considera-se o mesmo sistema de fixação da multa vicariante (arts. 44, III, e 60, *caput*, do CP). Diferença entre as duas orientações: reside na primeira operação, em que, na primeira, leva-se em conta todas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP; na segunda, somente as circunstâncias judiciais do art. 44, III; 3ª) considera-se o valor do prejuízo da vítima. Nossa posição: a terceira. O critério não pode ser o da multa, uma vez que esta possui caráter retributivo. A prestação pecuniária é reparatória. Busca-se, diante disso, analogicamente ao art. 45, § 3º, do CP (perda de bens), o critério do prejuízo da vítima.⁸⁷

O infrator, vendo-se na obrigação de contribuir pecuniariamente, ou ainda com a entrega de algum tipo de produto a alguma entidade, perceberá a vantagem que será auferida com tal atitude. Para Martins, o delinqüente “sentir-se-á, de outra parte, não mais estigmatizado, mas tendo consciência de seu erro, vendo que as portas da sociedade a ele não se fecharam”.⁸⁸

2.2.2. Prestação de outra natureza (inominada)

Caso haja anuência do beneficiário, a prestação pecuniária poderá ser prestada de forma diversa da pecuniária, podendo ser, por exemplo, entrega de cestas básicas a carentes, em entidades públicas ou privadas etc.

O juiz, não necessariamente tem que aplicar a prestação pecuniária para então aplicar a de outra natureza. Pois, como se denota do § 2º do artigo 45 do CP, a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação pecuniária, pode se dar em forma de outra prestação que não a pecuniária, desde que seja adequado ao caso em tela.

Certa celeuma envolve tal dispositivo – prestação de outra natureza –, pois permite ao magistrado a imposição de alguma cominação que não esteja previamente prevista em lei. Estaria, portanto, na contramão do almejado pelo

⁸⁷ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 141

⁸⁸ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 134

princípio da legalidade ou da reserva legal, consoante se vê no art. 5º, inciso XXXIX que diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁸⁹

Em relação a esta polêmica, Damásio leciona que

o princípio da legalidade exige que o preceito secundário da norma incriminadora, que impõe abstratamente a pena, seja claro, certo e preciso. O CP, ao impor como pena a “prestação de outra natureza”, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto. Assim agindo, o legislador trouxe incerteza ao aplicador da lei, ensejando dúvida a respeito do verdadeiro conteúdo da resposta penal.⁹⁰

Concernente ao princípio da reserva legal, na lição de Damásio, tal princípio “exige que os preceitos primários e secundários da norma incriminadora sejam claros, certos e precisos”,⁹¹ o que não ocorre na presente modalidade.

No entanto, tal dispositivo está em consonância com as denominadas “Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz, depois de arrolar dezesseis medidas penais alternativas (*non-custodial measures*), a aplicação, se necessário e conveniente, de qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal”.⁹²

Gomes assinala a importância no momento da aplicação destas prestações de outra natureza, dizendo que

(...) o juiz, no momento de fixar essa pena, deve respeitar a dignidade humana, assim como todos os direitos fundamentais da pessoa. Principalmente quando a prestação vem a consistir em concretizar algum trabalho em favor da vítima (que, aliás, transforma a obrigação de dar em obrigação de fazer).⁹³

Capez faz uma conveniente contribuição em relação a esta modalidade de prestação, ao dizer que “essa pena não pode consistir no pagamento em dinheiro, para que não se confunda com prestação pecuniária, nem na prestação de trabalho, pois, para essa finalidade, já existe a prestação de serviços à comunidade”.⁹⁴

⁸⁹ No mesmo sentido, o Código Penal prevê no artigo 1º que “não há pena sem lei que a comine”.

⁹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. op. cit., p. 535-536

⁹¹ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 148

⁹² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. op. cit., p. 536

⁹³ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 134

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 417

2.2.3. Perda de bens e valores

Esta espécie de pena restritiva de direito consiste na perda bens móveis, imóveis ou de valores. A perda atinge os bens e valores pertencentes ao condenado. A previsão para tal desiderato, consta do artigo 5º, inciso XLVI, alínea *b* da CRFB/88. Devendo, para tanto, os bens e valores serem de natureza e origem lícitas, uma vez que sua natureza jurídica contém perda de direitos patrimoniais.⁹⁵

Com o fito de caracterizar o que é a pena alternativa de perda de bens e valores, Gomes diz que os

bens são móveis ou imóveis. Valores são os títulos ou créditos, ações ou outros papéis representativos de dinheiro e negociáveis na Bolsa de Valores. São bens mobiliários (de renda fixa ou renda variável). Tão-somente bens e valores do condenado é que podem ser perdidos. Jamais de terceira pessoa (até porque a pena não pode passar da pessoa do delinquente).⁹⁶

Em relação à destinação dos bens e valores, Capez assinala que

a perda de bens e valores pertencentes aos condenados, ressalvada a legislação especial, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e o seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou terceiro, em consequência da prática do crime, decidindo-se, na dúvida, pelo valor mais elevado.⁹⁷

A perda de bens e valores deve, sobretudo, ser aplicada pelo juiz de forma coerente, levando em consideração a culpabilidade do infrator e o fato delituoso. No momento da aferição do montante da condenação, o magistrado observará o limite máximo estabelecido pela lei (teto), previsto no art. 45, § 3º, do CP⁹⁸, não existindo o limite mínimo. Deve-se, ainda, levar em consideração a condição do condenado, para que não cause uma sensação de impunidade, tentando encontrar um valor adequado, sem necessariamente decretar a perda total dos bens do condenado.⁹⁹

⁹⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 152

⁹⁶ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 135-136

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 418

⁹⁸ “Art. 45, § 3º, a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”.

⁹⁹ Cf. GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 136

Com efeito, foi estabelecido um limite para a perda de valores, que deve se pautar na soma total dos prejuízos causados à vítima ou o lucro auferido pelo condenado com o ato criminoso. Destarte, não há que se falar em perdas de bens e valores, senão antes seja oportunizada ao condenado a oportunidade de produzir provas em contrário, respeitando assim, o princípio do contraditório e à ampla defesa.

Em regra, conforme exposto por Damásio, o produto da perda de bens e valores se destinam ao Fundo Penitenciário Nacional e, excepcionalmente,

de acordo com a legislação especial, a outras entidades e fins. Ex.: o art. 243 da CF prevê a expropriação de glebas destinadas ao cultivo de drogas, que devem ser revertidas no assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios ou a entidades assistenciais.¹⁰⁰

Ainda sobre o tema, Martins ensina que

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 dos ilícitos.¹⁰¹

Por se tratar de espécie de pena restritiva de direito e com natureza substitutiva, no momento da aplicação, por óbvio, o magistrado deverá analisar as hipóteses de substituição previstas no art. 44 do Código Penal.¹⁰²

Sobre a pena de perda de bens e valores, insta esclarecer, que não poderá recair sobre o patrimônio ilícito do condenado, visto não objetivar o produto do crime, por exemplo, o bem móvel furtado, tampouco a vantagem conquistada com a eventual venda da *res* furtada, mas tão somente os bens que fizerem parte do patrimônio legal e regular do agente.¹⁰³

¹⁰⁰ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 153. Ainda segundo o autor, *Vide* a Medida Provisória n. 1.780-6, de 11 de fevereiro de 1999, que alterou o art. 34 da Lei Antitóxicos, permitindo a apreensão e o leilão de bens relacionados com o tráfico de drogas.

¹⁰¹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 136

¹⁰² Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit, p. 219

¹⁰³ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 418

2.2.4. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLVI, alínea d, a “prestação social alternativa”.

Trata-se de uma alternativa à pena privativa de liberdade que, apesar de não constar expressamente qual a destinação desta prestação, tendo em vista ser uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita de lei específica que a regulamente.

A presente modalidade de pena restritiva de direitos encontra-se prevista no art. 43, IV, do Código Penal, e é regulamentada no art. 46 do mesmo *codex*.

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de 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 e 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 (artigo 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

A entidade beneficiada com a prestação, que será nomeada pelo juiz, deverá encaminhar ao juízo relatórios mensais de freqüência do reeducando, devendo discorrer sobre as atividades e aproveitamento do condenado, conforme previsto no art. 50 da Lei de Execuções Penais.

Quando se trata de entidades públicas, estas podem ser da Administração direta ou indireta, bem como, segundo o previsto no *caput* do art. 46, podem ser beneficiadas com os serviços dos condenados, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autarquias, dentre outras.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 423

O magistrado no momento da aplicação desta prestação de serviços levará em consideração as aptidões do condenado. Vale dizer, para que a penalidade que lhe foi auferida surta um melhor efeito, será determinado que a sua prestação não seja em lugar estranho ou incompatível com as habilidades do infrator. Sobre o assunto, Martins diz que

nessa conformidade, sendo contador, poderá prestar serviços onde eles sejam necessários. Sendo fisioterapeuta, poderá ser encaminhado à APAE, ou outras entidades que necessitem de um profissional da área. Médico ou dentista, atender a comunidades carentes. Advogado, prestar assistência jurídica gratuita a certas instituições. Motorista, funcionar como tal em ambulâncias, veículos que atendem a conselhos tutelares etc. E assim poderiam ser apresentados inúmeros outros exemplos, demonstrativos da serventia do instituto.¹⁰⁵

Não é incomum que o magistrado, atendendo as peculiaridades de cada caso, e observando que o condenado não desempenhará as atividades de forma eficaz e satisfatória, decida pelo pagamento de cestas básicas ao invés do serviço comunitário.

Este é o entendimento de Junqueira, ao dizer que o magistrado poderá proceder

com a imposição do pagamento de “cestas básicas” periódicas a entidades carentes, como se se tratasse de real serviço à comunidade, confundindo tal espécie com a prestação pecuniária. No caso da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), não pode ser aplicada a pena de prestação de serviços que consista em fornecimento de cestas básicas (art. 17).¹⁰⁶

A prestação de serviços, de acordo com o § 3º do art. 46 do CP, deverá ser prestada em horário que não interfira na jornada normal de trabalho do condenado, caso contrário não encontraria razão de ser, em virtude da não compatibilidade com a intenção de reintegrar e ressocializar o condenado.

Acerca do assunto, Bitencourt contribui afirmando que

no Brasil, em respeito aos interesses do condenado, a execução será em horário que não coincida com o trabalho diário daquele. Determinar que a prestação de serviços à comunidade seja executada durante a jornada normal de trabalho não contribuirá com o processo de reintegração social,

¹⁰⁵ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 144-145

¹⁰⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. op. cit., p. 148

pois interferirá negativamente na estrutura profissional, familiar e social do condenado, dificultando, na maioria das vezes, sua sobrevivência e o sustento da sua família. A coincidência de horários gera um desconforto absolutamente desnecessário que terá certamente reflexos negativos na pretendida ressocialização do sentenciado.¹⁰⁷

Insta esclarecer, que a prestação de serviços à comunidade não é um emprego e tampouco um privilégio. É, na verdade, uma imposição ao agente que pratica um delito como consequência jurídico-penal da violação da norma jurídica. As características principais que o trabalho em favor da comunidade deve reunir são gratuidade, aceitação pelo sentenciado e a utilidade social da pena.¹⁰⁸

Discorrendo sobre a constitucionalidade desta pena, Gomes afirma que é

indiscutível (art. 5º, inc. XLVI, *d*) e não se confunde com o trabalho forçado (que é um conceito utilizado em relação a toda tarefa atribuída a quem se encontra em cumprimento da pena da prisão, mesmo contra a vontade do condenado). Precisamente porque a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas apresenta-se como forma humanitária e alternativa à prisão, não há como conceber que seja inconstitucional.¹⁰⁹

Portanto, esta medida não-privativa de liberdade, aplicada a delitos cuja soma seja superior a 06 (seis) meses, visa reabilitar e reinserir o condenado no convívio na sociedade, evitando as mazelas da prisão, a qual em nada contribuiria para o intento desejado.

2.2.5. Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos tem natureza de pena restritiva de direitos específica, que estão relacionadas com o cargo, profissão e vida social. A Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, e, prevê a interdição temporária de direitos, bem como o art. 47 do Código Penal.

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

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

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

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 572

¹⁰⁸ Idem, p. 573-574

¹⁰⁹ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 140

- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

As interdições temporárias - diferentemente das outras espécies, que são genéricas - dizem respeito a uma pena específica, tendo em vista que só pode ser aplicada a crimes praticados no exercício do cargo ou função, profissão, atividade ou ofício. Quando a lei trata de cargo, refere-se a efetivos, e não o contrário.

É importante o papel desta modalidade de penas alternativas, no que diz respeito à prevenção especial, que de acordo com Bitencourt,

ao afastar do tráfego motoristas negligentes e ao impedir que o sentenciado continue a exercer determinada atividade – no desempenho da qual se mostrou irresponsável ou perigoso -, está impedindo que se oportunizem as condições que poderiam, naturalmente, levar à reincidência. Por outro lado, é a única sanção que restringe efetivamente a capacidade jurídica do condenado, justificando, inclusive, a sua denominação.¹¹⁰

As interdições temporárias de direitos resumem-se em uma obrigação de não fazer, haja visto que no art. 47 e incisos trata-se sempre de proibição ou suspensão, por exemplo, não dirigir, não freqüentar lugares etc.

A interdição temporária de direitos se subdivide em quatro espécies, quais sejam: proibição do exercício ou cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e; proibição de frequentar determinados lugares.

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

No caso do inc. I do art. 47, do CP, por ser espécie de interdição temporária, trata-se de uma mera suspensão, e não de uma incapacidade definitiva. A sua duração será pautada pelo prazo da pena de prisão substituída. Com efeito, é indispensável que o crime tenha sido cometido com violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade, e não necessariamente, terá como sujeito passivo a

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 575

Administração Pública. Bastando, para tanto, que o sujeito ativo (infrator) tenha violado deveres aproveitando da sua qualidade de funcionário público.¹¹¹

O mesmo entendimento se denota da doutrina de Shecaira e Corrêa Junior, ao dizer que “não é preciso que caracterize crime contra a Administração Pública, bastando que seja crime comum com violação dos deveres funcionais”.¹¹²

Na lição de Shecaira e Corrêa Junior, o art. 56 do Código Penal

estabelece um requisito indispensável para a aplicação das interdições de direitos previstas nos incs. I e II do art. 47, ou seja, o réu deve ter cometido o delito no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhe forem inerentes. O dispositivo deve ser interpretado como requisito necessário para a aplicação desta pena restritiva, desde que também estejam presentes os requisitos genéricos previstos no art. 44 do CP.¹¹³

Decorrido o lapso temporal, cumprida a pena imposta, termina a proibição do para a prática do direito que lhe é inerente. Assim, poderá concorrer novamente para o cargo, função ou outro que desejar.

2.2.5.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, licença ou autorização do poder público

Há uma série de profissões e atividades que dependem de habilitação especial (ex. curso superior, registro em entidade fiscalizada pelo Estado etc.) e, ainda, exigem a autorização pública para que possa ser desempenhada, como ocorre no caso dos advogados, engenheiros, médicos e outros.¹¹⁴

Ocorrendo, portanto, a condenação por delito cometido no exercício da atividade por aqueles mencionados, pode receber a interdição penal aludida, como forma alternativa à pena de prisão, tendo, necessariamente, que estar preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Na lição de Gomes,

¹¹¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 577

¹¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 223

¹¹³ Idem, p. 222

¹¹⁴ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 223

várias profissões exigem habilitação especial (médico, advogado, arquiteto, engenheiro, dentista etc.) ou dependem de licença ou autorização do poder público (despachante, por exemplo). Essa pena restritiva é específica porque somente pode 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).¹¹⁵

Para Bitencourt, “a interdição não pode abranger todas as profissões ou atividades que o condenado eventualmente possa exercer. Ela deverá restringir-se apenas à profissão, atividade ou ofício no exercício do qual ocorreu o abuso”.¹¹⁶ No mesmo sentido, Gomes diz que “desde que cumpra as exigências legais, pode, mesmo durante o cumprimento da pena, exercer outra profissão, atividade ou ofício, distinto do que ensejou a condenação”.¹¹⁷

2.2.5.3. Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo

Está previsto no art. 47, inc. III, do Código Penal. É uma forma de pena restritiva de direito específica, pois só pode ser aplicada nos crimes culposos de trânsito (CP, art. 57).

Ao contrário do que ocorre na suspensão para dirigir do Código de Trânsito, a pena de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo só se efetiva em relação a quem já a possui, ou seja, não alcança a proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo, restringindo-se apenas à suspensão da licença já concebida pelo infrator.¹¹⁸

A pena prevista no art. 47, III, do Código Penal, aparece como pena restritiva de direito substitutiva, tendo em vista a necessidade de primeiro aplicar a pena de prisão, para depois substituí-la. Já no art. 292 do Código de Trânsito¹¹⁹ a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, “pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.¹²⁰

¹¹⁵ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 147

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 578

¹¹⁷ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 147

¹¹⁸ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 425

¹¹⁹ “Art. 292. A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.

¹²⁰ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 147-148

Nesse sentido, Shecaira e Corrêa Junior dizem que

em crimes de trânsito, dolosos ou culposos, é possível substituir a prisão por prestação de serviços à comunidade, por exemplo, aplicando-se cumulativamente a suspensão do direito de dirigir veículos se esta também encontrar-se cominada abstratamente no tipo penal.¹²¹

O art. 57 do CP prevê que a aplicação do art. 47, III, do CP se dará em face de crimes de trânsito na modalidade culposa. Contudo, o Código de Trânsito restou omissivo quanto à aplicação das penas restritivas de direito aos crimes de trânsito dolosos ou culposos. Entretanto, alguns doutrinadores entendem que a substituição só seria aplicável caso o agente habilitado, cometa um crime culposos de trânsito na condução de veículo de tração humana ou animal.

Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, Mirabete afirma que

a suspensão de autorização e habilitação para dirigir veículo prevista no Código Penal só poderá ser aplicada, nos crimes culposos de trânsito, em substituição à pena privativa de liberdade, quando não se tratar de infração praticada com veículo automotor. Ela continua aplicável, assim, em substituição à pena privativa de liberdade, para o agente que, habilitado para dirigir veículo, pratica crime culposos de trânsito na condução de veículo de tração humana ou animal (bicicletas, carroças etc.).¹²²

Não se deve confundir a pena alternativa do art. 47, III, do CP com o efeito específico da condenação prevista no art. 92, III, do mesmo estatuto repressivo (inabilitação para dirigir), tendo em vista que neste último o veículo é usado como meio de locomoção ou de outra forma para a prática de crime doloso, seja de trânsito ou não.¹²³

A suspensão prevista no art. 47, III, do CP não impede que seja o condenado submetido ainda ao previsto no art. 160 do CTB¹²⁴, determinando a sua dependência a novos exames de habilitação.

¹²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 226

¹²² MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 263

¹²³ Cf. JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 188

¹²⁴ “Art. 160. O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença”.

2.2.5.4. Proibição de frequentar determinados lugares

A proibição de frequentar determinados lugares está prevista no art. 47, IV, do Código Penal. Não obstante esteja prevista como pena restritiva de direitos, na verdade se trata de uma restrição da liberdade, consoante o art. 5º, inc. XLVI, *alínea a*, da Constituição Federal.

O magistrado deve considerar o local do cometimento do crime, para especificar os lugares que o sentenciado deverá se privar de frequentar, podendo ser bares, estádios esportivos, casas de prostituição etc. A sentença deve especificar com clareza os espaços físicos que o condenado não poderá se fazer presente, podendo ainda restringir mais de um lugar para tal desiderato.¹²⁵

No que concerne a justificativa da proibição, Bitencourt diz que é necessário

ter presente que, para se justificar a proibição de frequentar determinados lugares, é indispensável que exista, pelo menos em tese, uma relação de influência criminógena com o lugar em que a infração pena foi cometida e a personalidade e/ou conduta do apenado que, por essa razão, se pretende proibir a frequência do infrator-beneficiário da alternativa à pena privativa de liberdade.¹²⁶

Pressupõe-se que, o lugar determinado objeto da presente proibição, teve alguma relação ou influência sobre o delinqüente. Com efeito, não será qualquer que o infrator venha a ter cometido o delito, que será objeto de proibição para o mesmo frequentar. Tudo dependerá se o lugar determinado teve ou não influência na atuação delitativa, se de alguma forma contribuiu para que o crime fosse praticado.

De conformidade com Bitencourt, da mesma forma, “não será qualquer infração penal que poderá sofrer essa espécie de sanção, mas somente aquela que, por alguma razão, possa ter alguma relação com o lugar em que acabou sendo praticada”.¹²⁷

Acerca do assunto, Mirabete diz que

não teria sentido, beirando a inconstitucionalidade, a decisão do magistrado em proibir a frequência a lugares aleatórios, por ele escolhidos, uma vez que a proibição não se adequaria à prevenção penal, nem possibilitaria a

¹²⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 197

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 580

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 581

integração social do condenado, finalidade da execução de qualquer sanção penal (art. 1º da LEP).¹²⁸

Essa é a percepção de Bitencourt, ao lecionar que

é indispensável que haja uma relação de integração-influência entre lugar-infração-delinquente, para justificar a imposição dessa ridícula “restrição de direito” (entenda-se de liberdade). Enfim, pelo menos isso – que poderíamos chamar de finalidade preventivo-especial – para justificar e limitar a aplicação dessa “monstruosa restrição de liberdade” travestida de restritiva de direitos”, na retórica do legislador brasileiro.¹²⁹

Por conseguinte, é facultado ao juiz, em análise à peculiaridade do caso concreto, escolher a providência que melhor se adequar àquela situação fática.

Com exceção da proibição de freqüentar determinados lugares, incumbe ao magistrado da execução comunicar à autoridade competente para que proceda com as providências necessárias para efetivação do cumprimento da condenação, diversamente do ocorre no primeiro caso, pois nesse caso o condenado deverá ser intimado da sua respectiva sentença.

2.2.6. Limitação de fim de semana

O art. 43, inc. VI, do Código Penal prevê como pena substitutiva a limitação de fim de semana. Consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo regulamentada pelo art. 48, senão vejamos:

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

No entendimento de Gomes, “o que a lei chama de limitação de fim de semana, na verdade, é uma verdadeira ‘prisão de fim de semana’, porque o

¹²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 263

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 581

condenado fica privado da liberdade durante o período da sua execução”.¹³⁰ Portanto, a limitação de fim de semana é uma modalidade de pena privativa de liberdade, etiquetada de restritiva de direitos.

A iniciativa do legislador ao estabelecer esta modalidade de pena restritiva de direitos foi de grande importância. Pois, ao determinar que o condenado se recolha a uma casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, além de estar proporcionando a oportunidade de não ser privado da liberdade em prisões desumanas, sem respeito da sua dignidade, bem como outros malefícios trazidos no bojo dessa determinada prisão, não o afasta das relações familiares, sociais, do ambiente de trabalho etc.

Nesse sentido, Bitencourt aduz que

a finalidade dessa sanção vai além do delinquente: pretende impedir que os efeitos diretos e indiretos recaiam sobre a família do condenado, particularmente as conseqüências econômicas e sociais, que têm produzido grandes reflexos em pessoas que não devem sofrer os efeitos da condenação. Em outras palavras, busca-se garantir o sagrado princípio da personalidade da pena.¹³¹

Como exposto no *caput* do art. 58, do CP, impreterivelmente essa pena deve ser cumprida em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Todavia, são poucas as comarcas em que existem casas de albergado. Sob a ótica de Gomes,

na prática essa pena substitutiva, até hoje, tem sido um fracasso porque não existe casa do albergado na grande maioria das comarcas. Se de um lado é inegável a inexistência desses estabelecimentos penais (por falta de iniciativa do executivo, sobretudo), de outro, grande parte da inoperosidade dessa pena deve-se ao próprio judiciário, porque a lei faculta seu cumprimento em outro estabelecimento adequado. Com um pouco de boa vontade pode-se facilmente descobrir local adequado na comarca para seu cumprimento.¹³²

A possibilidade de aplicação dessa modalidade de pena restritiva é praticamente impossível na maioria das comarcas brasileiras, seja em razão da inexistência de casas de albergado, seja em razão da impossibilidade de cumprimento desta reprimenda na própria residência do condenado. Nesse caso, o

¹³⁰ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 149

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 568

¹³² GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 150

magistrado deverá substituir a pena privativa de liberdade por outra espécie de pena alternativa.

Sobre o assunto, Bitencourt diz que

a consequência natural da inexistência de tais estabelecimentos é a inviabilidade de aplicação dessa sanção, que a maioria dos juízes, prudentemente, a substitui por outra alternativa. Na verdade, a aplicação efetiva dessa sanção só contribuiria para desmoralizar a Justiça Pública, gerando mais impunidade, ante a impossibilidade de sua execução.¹³³

De acordo com Damásio, “quando não for possível, pelas condições materiais da comarca, a execução da pena de limitação de fim de semana, o juiz poderá proceder a concessão do *sursis*”.¹³⁴

Em suma, trata-se da espécie de pena alternativa cuja aplicabilidade não é viável na maior parte das comarcas brasileiras, em razão da ausência de infraestrutura para a sua efetivação.

2.2.7. Multa Substitutiva

A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela de multa surgiu com a inovação trazida pela Lei 9.714/98. A multa substitutiva encontra respaldo no art. 44, § 2º, do CP:

Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena privativa, quando:

(...)

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

Percebe-se que a novel lei permitiu que o juiz no momento da aplicação da pena privativa de liberdade, caso sentencie o infrator a pena igual ou inferior a um ano, substitua pela pena de multa, ou ainda, no caso de ser a condenação superior

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 569

¹³⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. op. cit., p. 538

a um ano, possa a pena de prisão ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa.

No entanto, para que seja possível a substituição pela pena de multa, deverá restar preenchidos os requisitos do art. 44, II e III, que prevê a necessidade de o sentenciado não ser reincidente em crime doloso e as condições judiciais serem, na visão do juiz, suficientes para o caso concreto.

O art. 60, § 2º, do CP¹³⁵, diz que a pena de multa substitutiva só seria possível no caso de condenação não superior a seis meses. Porém, de acordo com o ensinamento de Gomes,

está revogado o § 2º do art. 60 do CP, que previa a possibilidade de substituição da prisão por multa em relação à pena privativa de liberdade não superior a seis meses. Agora, pena até um ano pode ser substituída por multa. Ampliou-se o limite da multa substitutiva. Caberá ao juiz, depois de analisar cada caso concreto (culpabilidade, antecedentes, personalidade etc.), optar pela multa ou por uma pena restritiva de direitos.¹³⁶

Da mesma forma, Damásio ensina que

o art. 60, § 2º, do CP foi revogado pelo § 2º do art. 44, com redação da lei nova. Agora, a multa substitutiva pode ser aplicada quando a pena privativa de liberdade fixada na sentença é igual ou inferior a um ano. No dispositivo revogado só era admissível a substituição em relação a pena detentiva de até seis meses. A lei nova, mais benéfica, é retroativa.¹³⁷

De acordo com o previsto no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal onde está previsto que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Nesse sentido, inquestionável é a argumentação dos doutrinadores acima citados de que o art. 60, § 2º, do CP foi revogado.

A pena de multa não pode ser tida como mero arbítrio discricionário do magistrado. Questionamentos existem acerca de como o juiz elabora a quantidade e o valor do dia-multa previsto em cada tipo legal de crime, regula-se pelos limites previstos no art. 49 e seus respectivos parágrafos do Código Penal:

¹³⁵ “Art. 60, § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do artigo 44 deste Código”.

¹³⁶ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 120

¹³⁷ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 128

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.

§ 1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

§ 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Desse modo, concernente ao momento da fixação do *quantum* da multa substitutiva, Damásio informa a existência de duas fases, sendo a

1ª operação: no tocante à quantidade dos dias-multa (CP, art. 49, *caput*), que varia entre dez e trezentos e sessenta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais que servem ao juiz de critério de dosagem da pena: culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, gravidade objetiva do crime e circunstâncias inominadas, conforme seja necessário e suficiente para os fins de reprovação e prevenção (art. 44, III, do CP); 2ª operação: o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 60, *caput*). (...) Observação: na primeira operação, na fixação do *quantum* da multa cominada (comum), levam-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; na multa substitutiva não se aplica essa disposição e sim o art. 44, III.¹³⁸

A multa substitutiva é a mesma pena de multa, se divergindo apenas em razão de seu caráter substitutivo da pena corporal. A multa substitutiva é aplicada na hipótese de ter sido o agente condenado a uma pena privativa de liberdade não superior a um ano, nos termos do art. 44, §º, do CP e a multa cominada, prevista em cada tipo legal do crime, poderá ser aplicada nas condenações acima de um ano.

A diferença reside no fato de que uma é pena cominada no tipo penal e a outra substitutiva da pena privativa de liberdade. Como exemplo, poderíamos mencionar o art. 171 do CP (estelionato), que comina como penalidade a quem transgride essa norma, a pena de reclusão de um a cinco anos, e multa. Nesse caso, a pena de multa vem prevista no próprio tipo incriminador.

No entanto, em relação a multa substitutiva, essa mesmo não estando prevista ou cominada em cada tipo penal, poderia substituir a pena privativa de liberdade caso esteja preenchidos os requisitos necessários para tanto.

¹³⁸ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 132-133

2.3. Fatores limitadores da substituição

As hipóteses de cabimento da substituição da pena privativa por restritivas de direitos são as seguintes:

Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena privativa, quando:

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (grifo nosso)

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

§ 1º - VETADO;

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

§ 3º - Se o condenado for reincidente, o Juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em razão da prática do mesmo crime. (grifo nosso)

Para que a pena restritiva de direitos possa ser aplicada, é necessário, portanto, que estejam preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal.

Os requisitos objetivos dizem respeito à quantidade de pena aplicada (inc. I, do art. 44, CP), à modalidade de execução, ou seja, se foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e quanto à natureza do crime cometido.

Em conformidade com Mirabete, como pressuposto objetivo,

o juiz só poderá proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente, por crime doloso, não for superior a quatro anos, com exceção da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em que ela só é admitida quando a condenação igual ou inferior a um ano, por crime doloso ou culposo, permiti-se a substituição por pena de multa.¹³⁹

¹³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 267

A pena não poderá ser superior a quatro anos, caso o crime tenha sido cometido na modalidade dolosa, e culposamente qualquer que seja a quantidade de pena cominada ao agente, poderá ser aplicada a substituição. Na lição de Gomes, “o que importa é a pena aplicada (final), não a pena cominada (em abstrato). De outro lado, que não seja superior a quatro anos. Pena até quatro anos, inclusive, admite a substituição”.¹⁴⁰ A exigência que a lei faz é tão somente no sentido que seja a pena privativa de liberdade, para que possa ser substituída.

Sobre o assunto, Bitencourt diz que

limitam-se àqueles crimes dolosos que receberem *in concreto* pena privativa de liberdade não superior a quatro anos ou nos crimes culposos, independentemente da pena aplicada. Para penas concretizadas na sentença de até quatro anos, inclusive, não se faz distinção entre crime doloso e crime culposo: a pena privativa de liberdade de qualquer dos dois poderá ser objeto de substituição, desde que satisfeitos os demais requisitos.¹⁴¹

Não interessa se o crime foi praticado com dolo direto ou eventual, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é possível, desde que a pena não seja superior a quatro anos e que o delito não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

A Lei, nesse caso, trata apenas da violência dolosa para impedimento da substituição, pois em caso de violência culposa, sempre haverá possibilidade de aplicação de restritiva de direitos. No que se refere ao critério adotado pelo legislador, Gomes diz que, “em princípio, é muito válido, porque privilegia a vida, a integridade física e psicológica e tantos outros bens jurídicos de fundamental relevância para o ser humano”.¹⁴²

Os requisitos subjetivos tratam do previsto no inc. II, do art. 44, determinando seja o réu não reincidente em crime doloso, bem como é considerado como requisito subjetivo ainda a culpabilidade e circunstâncias judiciais (inc. III).

No caso de ser o agente reincidente em crime doloso, consoante dispõe o inc. II, do art. 4, do CP, *a priori* este não poderia ser beneficiado com a substituição

¹⁴⁰ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 109

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 569

¹⁴² GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 111

da pena de prisão por alguma espécie de pena alternativa. *A priori*, pois, todavia, na lição de Gomes

se de um lado o inc. II do art. 44 exclui o instituto da substituição para o “réu reincidente em crime doloso”, de outro, o § 3º do mesmo dispositivo abriu a possibilidade de exceção, nesses termos: “Se o condenado for reincidente [em crime doloso, evidentemente, porque o § 3º, está em conexão lógica, topográfica e sistemática com o inc. II citado], o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.¹⁴³

Vale dizer, então, no caso de ser o agente reincidente em crime doloso, mesmo nesse caso, observando se a medida é socialmente recomendável e a reincidência não tenha sido pelo cometimento do mesmo crime, o magistrado poderá aplicar a substituição por penas alternativas à prisão.

O Juiz, antes de aplicar a sanção alternativa prevista no § 3º do art. 44, deve examinar atentamente o caso concreto sob apreciação, fazendo uma valoração em relação à natureza do fato, culpabilidade do agente, grau de reprovação da conduta delitiva, antecedentes etc., bem como a condenação anterior.¹⁴⁴

Todavia, há uma hipótese em que a exclusão da possibilidade de substituição da pena se concretiza de forma absoluta, qual seja: a reincidência em crime doloso em razão da prática do mesmo crime, visto que nesse caso não poderá, sob quaisquer hipóteses, a pena aplicada substituída por restritivas de direitos (penas alternativas).

Nesse viés, Bitencourt aduz que

a própria reincidência em crime doloso, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, “em face de condenação anterior”, a medida (substituição) poderá ser “socialmente recomendável”. Muito se terá de dizer sobre esse tópico. Somente a reincidência específica (art. 44, § 3º, *in fine*) constitui impedimento absoluto para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada.¹⁴⁵

O impedimento absoluto gerado pelo descrito na última parte do § 3º do art. 44, do CP, não condiz com a realidade de um Estado Democrático de Direito, que

¹⁴³ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 114

¹⁴⁴ Cf. GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 115

¹⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 559

coloca a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal.

Percebe-se, portanto, que o legislador apresentou alguns requisitos que impedem a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, dentre elas a reincidência em crimes dolosos. Porém, o objeto do terceiro capítulo deste trabalho, tratará especificamente do instituto da reincidência, demonstrando que num Estado Democrático de Direito não há que prosperar tal instituto, pois se posiciona na contramão ao princípio da dignidade humana.

Concernente ao previsto no inciso III do art. 44, que prevê ser possível a substituição quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. Desse modo, o magistrado deverá analisar as peculiaridades de cada situação.

Essas circunstâncias sociais devem ser observadas pelo juiz, pois, vislumbrando que esse conjunto de fatores não são favoráveis ao delinquente, poderá não proceder com a substituição da pena privativa de liberdade. Não agiria com racionalidade, o magistrado que substituísse a pena privativa por pena alternativa, se restasse demonstrado durante a instrução criminal, que o réu, em razão da sua situação pessoal, não apresentasse que iria cumprir com as suas obrigações.

Nestes termos, Mirabete diz que

os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentarem conduta marcada por fatos antissociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal.¹⁴⁶

De acordo com essa valoração que o juiz deverá fazer, a substituição será deferida ou não, não importando se o réu é reincidente em crime doloso ou culposos.

¹⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 268-269

Deverá, não obstante, observar se a medida é socialmente recomendável ao caso concreto.

As condições impostas para que possa substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devem existir simultaneamente, e não isoladamente, ou seja, é necessário que estejam preenchidos todos os requisitos previstos no art. 44 do CP.

As penas alternativas no nosso Código Penal Brasileiro, conforme alhures mencionadas, demonstra a aceitação deste ordenamento em relação às Regras de Tóquio, e a confirmação de valores intrínsecos do ser humano. Apesar de que as Regras não possuem força de lei - por se tratar de um acordo internacional e não de tratado internacional - declara princípios básicos norteadores relativos ao sistema de penas em geral, visando promover a dignidade humana.¹⁴⁷

2.4. Conversão

A conversão se dá a partir do momento que o condenado, cumprindo alguma das penas restritivas de direitos, seja condenado por outro crime, à pena privativa de liberdade ou se descumprir injustificadamente a restrição imposta.

O tema vem disciplinado no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, estabelecendo três hipóteses de conversão das penas restritivas de direitos:

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

(...)

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

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

¹⁴⁷ A Emenda Constitucional nº 45 prevê que os tratados e convenções internacionais em que o Brasil for signatário, desde que aprovada por mais de um terço da câmara dos deputados, terá *status* de norma constitucional.

A conversão pode ser obrigatória ou facultativa. A conversão é obrigatória nos casos de descumprimento da restrição prevista no § 4º do art. 44, CP e devido a impossibilidade da conversão em razão de nova condenação (art. 44, § 5º). É facultativa na hipótese da possibilidade de conversão, conforme descrito no § 5º do art. 44, CP, de acordo com Gomes, “pode o juiz deixar de fazer a conversão quando, apesar da condenação posterior, for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”.¹⁴⁸

Não é possível a conversão em caso de descumprimento da pena pecuniária substitutiva, tendo em vista que o art. 51, *caput*, do Código Penal, prevê a impossibilidade de sua conversão em privativa de liberdade, ou seja, quanto a esta modalidade não tem aplicabilidade tal dispositivo.

Somente no caso de descumprimento injustificado da restrição imposta, é que é autorizada a conversão. Portanto, na hipótese de ter havido justo motivo para o descumprimento da obrigação, o magistrado não poderá converter a restritiva em prisão.

Para que seja determinada a conversão, é necessário, todavia, o respeito ao devido processo legal, principalmente no que concerne ao contraditório, dando a oportunidade de o condenado ser ouvido em juízo antes da decisão que declarar a conversão, podendo, dessa forma, o condenado justificar os motivos do descumprimento da sanção.¹⁴⁹

Em conformidade com as Regras de Tóquio, as penas alternativas somente se legitimam quando respeitados os direitos inerentes à pessoa, resguardando as garantias mínimas do cidadão, como por exemplo, os direitos humanos, sua dignidade etc. As Regras de Tóquio, na lição de Gomes, “orientam-se no sentido de que também em relação às penas e medidas alternativas devem ser respeitados as garantias e os direitos daquele que infringiu a norma penal”.¹⁵⁰

A conversão no caso de descumprimento da prestação de serviços à comunidade será obrigatória quando o condenado estiver em lugar incerto e não

¹⁴⁸ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 124

¹⁴⁹ Nesse sentido, Martins, Jorge Henrique Schaefer, diz que “verificada a ocorrência, deverá o Juiz adotar a providência prevista na Lei de Execução Penal (7.210/84), em seu art. 118, § 2º, a fim de propiciar ao condenado a oportunidade de informar as razões do não atendimento e com isso, eventualmente possibilitar a continuidade da execução”. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 126

¹⁵⁰ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 73

sabido, desatendendo à intimação editalícia; deixar de comparecer sem motivo à entidade ou programa em que deveria prestar serviço; recusar-se, sem justificativa, a realizar o serviço determinado; praticar falta grave e, por derradeiro, sofrer condenação à pena privativa de liberdade, com execução não suspensa (art. 181, § 1º, alíneas a e e, da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

Ao contrário do previsto para a conversão em caso de descumprimento da prestação de serviços, a conversão da pena de limitação de fim de semana será obrigatória na hipótese do não comparecimento ao lugar estabelecido para cumprimento da pena; recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a, d e e do art. 181, § 1º, da LEP.¹⁵¹

Na ocorrência do desrespeito a pena de interdição temporária de direitos, a conversão se fará caso o condenado venha a praticar ou exercer o direito interdito (art. 181, § 3º, da LEP). Portanto, o condenado a pena de suspensão ou proibição de dirigir veículo automotor e assim o fizer, injustificadamente, ser-lhe-á decretada a conversão da pena.

Concernente ao descumprimento da pena de proibição de freqüentar determinados lugares, o art. 44, § 4º, do CP, prevê que sendo infringida a proibição, o juiz deverá converter a pena em privativa de liberdade. Da mesma forma ocorre em relação ao não-cumprimento das penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores quando o condenado, de maneira injustificada, obstrui, de qualquer forma, a execução da penalidade.

Em todo caso, no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade, se vier o condenado a subtrair doença mental ou perturbação da saúde mental, o magistrado, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá decretar a substituição da pena de prisão por medida cautelar (art. 183 da LEP).¹⁵²

¹⁵¹Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 272

¹⁵²Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 273

2.5. Teorias sobre a Função da Pena

No decorrer da história da humanidade, várias justificativas foram dadas para fundamentar e legitimar a repressão da criminalidade por meio da soberania do Estado. As teorias sustentadas são divididas em três grupos: a teoria retributiva (absoluta), teoria preventiva (relativa) e a teoria mista ou eclética.

2.5.1 Teoria retributiva (absoluta)

Essa concepção teve origem na idéia do talião, onde os adeptos dessa teoria partem da compreensão da justiça enquanto igualdade, tendo em vista crerem que o mal do crime deve ser retribuído com o mal da pena. Nessa teoria não se pune visando a recuperação do condenado, mas pune-se por tê-lo cometido o crime, ou seja, em razão da prática do crime. De acordo com a noção retribucionista ou absolutista, a pena deve única e exclusivamente realizar a Justiça. “A pena tem como fim, fazer justiça, nada mais”.¹⁵³

Com o surgimento do Estado burguês, devido a decomposição de debilitação do Estado absolutista em face do crescimento do mercantilismo, esta teoria passa a ter um caráter baseado na teoria do contrato social. Ou seja, conforme informa Bitencourt, o Estado

é uma expressão soberana do povo e com isso aparece a divisão dos poderes. Com esta concepção liberal de Estado, a pena já não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como “a retribuição à perturbação de ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida.”¹⁵⁴

Portanto, passando o Estado a assumir uma justificação política fundada no contrato social, seria considerado traidor aquele que transgredisse o contrato social. Essa visão de descumprimento do contrato social admitia que o delinquente ao violar o ordenamento jurídico, estaria violando também o compromisso de se posicionar perante a sociedade de maneira adequada e compatível com as leis.

¹⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 100

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*

Deste modo, ao agir de tal forma, passava a ser considerado como um rebelde que somente poderia ser punido, senão com uma pena, de maneira retributiva.¹⁵⁵

Os principais representantes da teoria retributiva ou absoluta da pena são os filósofos Kant e Hegel. No entanto, para Kant o fundamento da pena é de ordem ética, e para Hegel é de ordem jurídica.

Em conformidade com as reflexões kantianas, Bitencourt diz que “quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Nestes termos, é obrigação do soberano castigar ‘impiedosamente’ aquele que transgrediu a lei”.¹⁵⁶ Para Shecaira e Corrêa Júnior, “a teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito”.¹⁵⁷

De acordo com o pensamento filosófico de Kant, somente deve ser aplicada a pena em razão da transgressão à lei. Portanto, pouco importa se a pena alcança outros objetivos, visto que para os seguidores dessa teoria, a pena existe para realizar a justiça, retribuindo o mal praticado com o mal. É a chamada teoria da retribuição moral, na visão de Kant.

Baseando-se no império da Justiça, com o fito de resumir a posição retribucionista de Kant, Bitencourt aduz que

se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça.¹⁵⁸

Desta forma, a pena é a maneira que o Estado tem de assegurar que a ordem transgredida seja compelida, pois, para essa teoria, o causador da

¹⁵⁵ Sobre o assunto, Cezar Roberto Bitencourt aduz que “o indivíduo que contrariava esse contrato era qualificada como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 100

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 101

¹⁵⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 130

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 103

delinquência deverá sofrer as sanções para o mal causado, como forma de restabelecer o ordenamento violado.¹⁵⁹

Na lição de Bitencourt, Kant

considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.¹⁶⁰

Para Hegel, a fundamentação da pena é de ordem jurídica. Destarte, a pena existe para a certificação do direito, é a chamada teoria jurídica. Desse modo, a pena serve para restabelecer a vigência da vontade geral, a qual se concretiza no ordenamento jurídico negado pelo delinqüente. Nos ensinamentos de Bitencourt, “a pena vem, assim, retribuir ao delinqüente pelo fato praticado, e de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena”.¹⁶¹

Conforme o pensamento Hegeliano, as bases do Direito Penal baseia-se na racionalidade e liberdade. Destarte, o delinqüente ao violar a ordem jurídica, estará agindo de forma irracional, de acordo com seus interesses particulares, configurando-se, portanto, a transgressão da vontade geral, que é determinada pelo próprio Direito Penal.

Nesse diapasão, Bitencourt ensina que

segundo o pensamento de Hegel, o Direito vem a ser a expressão da vontade racional – vontade geral -, uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito.¹⁶²

Bitencourt entende que para Hegel, “a pena é a lesão, ou melhor, maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido”.¹⁶³ Essa concepção de

¹⁵⁹ Nesse sentido, Shecaira e Corrêa Júnior asseveram que “a pena, então, se torna uma necessidade para assegurar a restauração da ordem jurídica violada. É uma retribuição à perturbação desta ordem tutelada e se fundamenta no livre-arbítrio, ou seja, na capacidade de cada cidadão de distinguir o lícito do ilícito, o justo do injusto”. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 130

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 103

¹⁶¹ Idem, p. 104

¹⁶² Idem, ibidem

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 105

justiça enquanto equilíbrio encontra aceitação, principalmente, no contexto cultural ocidental.

Contudo, Shecaira e Corrêa Júnior criticam essa teoria, dizendo que “a retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito – que respeita a dignidade humana”.¹⁶⁴ Portanto, não teria sentido que algum indivíduo tenha que pagar um mal cometido com outro mal.

A grande contribuição dessa teoria para o Direito Penal foi no sentido de estabelecer que a sanção penal, somente se justificaria se fosse aplicada dentro dos limites da justa retribuição.

2.5.2 Teoria preventiva (relativa)

Diferentemente da teoria absoluta, que visava tão somente retribuir o fato cometido, as teorias preventivas visam prevenir a sua prática. Efetivamente estabelecem uma finalidade para a pena. A punição passa a ter fins preventivos. Destarte, essa teoria vislumbrava a pena como uma medida com o escopo de impedir a prática delitiva. De acordo com essa teoria, a função preventiva da pena divide-se em duas espécies, sendo que a preventiva geral que subdivide-se em negativas e positivas, e a preventiva especial,.

Na lição de Shecaira e Corrêa Júnior, “de acordo com a teoria da prevenção geral, em seu sentido negativo, a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores (...)”.¹⁶⁵ A prevenção geral preceitua que o efeito primordial, do mesmo modo o fim da pena, vem a ser a intimidação que deve causar à generalidade das pessoas, dos cidadãos. Sustenta que a pena deve intimidar e impregnar na sociedade um sentimento de medo. Na lição de Bitencourt, “a prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: na idéia de intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem”.¹⁶⁶

A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Na negativa a pena é aplicada para intimidar potenciais delinquentes, para tanto, utiliza-se o apenado

¹⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 130

¹⁶⁵ Idem, p. 131

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 108

como exemplo. Na prevenção geral positiva, a punição justifica-se para que seja de certa forma reforçada a vigência da prevista lei, tendo em vista que teria sido transgredida com o delito.

Desta maneira, para a teoria da prevenção geral negativa a pena deve estabelecer efeitos capazes de inibir a prática de novos delitos pelos membros da sociedade. Assim a aplicação da pena a algum membro da sociedade serviria como exemplo para que outro cidadão não cometa delitos.

Para a teoria da prevenção geral negativa, a pena por si só constitui um meio de intimidação dos cidadãos, desmotivando-os a cometer delitos em razão da demonstração que o Estado impõe aos já apenados. Mas, contudo, temos o exemplo da pena de morte, que nos Estados onde é aplicada, em nada contribui para se evitar infrações penais.

A teoria da prevenção geral positiva ou de integração vê na pena a atualização da vigência e a confirmação das normas e dos valores do ordenamento jurídico. Para Shecaria e Corrêa Júnior,

divergem os adeptos da teoria da prevenção geral positiva quanto à existência de outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma. Surge, então, uma subdivisão na teoria sob comento: uma denominada fundamentadora, defendida entre outros por Welzel e Jakobs, e outra limitadora, sustentada por Hassemer e Roxin.¹⁶⁷

A prevenção geral positiva limitadora apregoa um sentido limitador ao poder de punir do Estado. Para esta teoria, o Estado não pode transpor os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade, etc. Sob a iminência de se tornar um Estado arbitrário, deve estabelecer limites e não ir além desses princípios. Nesse contexto, Bitencourt manifesta que “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardam os invioláveis direitos fundamentais do cidadão”.¹⁶⁸

De outro lado, em consonância com a prevenção geral positiva fundamentadora, a pena tem, exclusivamente, o fim de confirmação da norma e dos valores nela encontrados. Na perspectiva do funcionalismo de Jakobs, justifica-se a

¹⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 132

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 119

pena como fator de coesão do sistema político-social diante de sua capacidade de recuperar a confiança da sociedade em um todo.¹⁶⁹

A teoria da prevenção especial, derivada de Von Liszt, é sustentada pela idéia de que a pena deve restringir diretamente ao autor do delito, visando evitar que cometa novas infrações. Há duas ramificações da teoria da prevenção especial, uma no sentido positivo, que acredita que a pena pode exercer de objeto útil para impedir que o infrator volte a delinquir (reinserção social), e a outra no sentido negativo, confiando que esta finalidade é concretizada na neutralização e intimidação do agente ativo da ação delitiva (neutralização pela prisão).¹⁷⁰

As qualidades da teoria da prevenção especial são incontestáveis, pois, para a aplicação da pena, considera as peculiaridades de cada indivíduo. Na lição de Shecaira e Corrêa Júnior,

essa teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.¹⁷¹

Portanto, a prevenção especial busca apenas fazer com que o infrator que já delinqüiu não volte a fazê-lo, não visando, contudo, a intimidação da sociedade nem tampouco a retribuição ao mal praticado.

2.5.3 Teoria mista ou unificadora

Com a intenção de aprimorar as vantagens das teorias anteriores, nasce as correntes mistas que se utilizam dos preceitos de ambas. Preceitua que a pena tem, a princípio, uma função preventiva. Mas o campo de sua atuação deve estar dentro do limite da culpabilidade do condenado. Essa teoria visa unir os fins da pena em um único conceito, tentando absorver os aspectos mais relevantes das teorias absolutas e relativas.

¹⁶⁹ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 132

¹⁷⁰ Cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 *apud* LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de Penas Alternativas*. op. cit., p. 53.

¹⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 133-134

Concernente a estas teorias, existem duas direções a ser observadas. De um lado, a posição conservadora, que é representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, acreditando que a preservação da sociedade deve se basear na retribuição justa, ao passo que os efeitos preventivos da pena assumiriam um carácter meramente complementar ou secundário. De acordo com a concepção de Fragoso, “a pena não se funda na retribuição nem tem qualquer outro fundamento metafísico. Destina-se à proteção de bens jurídicos e deflui, para o Estado, de sua função de tutor e mantenedor da ordem jurídica”.¹⁷²

De outro lado, a partir do Projeto Alternativo Alemão de 1966 surge a corrente progressista, alterando os termos desta relação, pois, agora, nas palavras de Bitencourt, “o fundamento da pena é a defesa da sociedade, ou seja, a proteção dos bens jurídicos, e à retribuição correspondente a função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção”.¹⁷³ Desta maneira, impede que a pena seja aplicada além do que o infrator merece por ter praticado o delito. A pena, segundo os adeptos da teoria mista ou unificadora, fundamenta-se no ilícito praticado.

De acordo com Bitencourt, “inicialmente essas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena”.¹⁷⁴ Contudo, num momento posterior, a doutrina almeja a construção de outras idéias que permitem a unificação dos fins preventivos gerais e especiais. Para tanto, usa-se as diversas etapas da norma, ou seja, cominação, aplicação e execução para justificá-las, ou seja, à pena seria atribuído um fim de acordo com a fase a que se destina.

Partindo desta premissa, essas teorias concentrariam como fim do Direito Penal a noção de prevenção. Assim, a retribuição, seja em relação à culpabilidade ou à proporcionalidade desempenharia um papel somente limitador da idéia de prevenção.

¹⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 5

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 113

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*

2.5.4 As funções da pena privativa de liberdade

As funções da pena privativa de liberdade devem, antes de tudo, serem analisadas dentro do contexto socioeconômico, levando em consideração a forma de Estado ao qual está inserida, ou seja, nos Estados absolutista, liberal, burguês ou Estado Democrático. Vale dizer, portanto, que alguns doutrinadores relacionam as teorias da pena à situação do Estado onde a sanção é prevista e aplicada.

No Estado absolutista, diante da crença de que o soberano se identificava com Deus, a pena era aplicada como uma forma de castigo, uma punição pelo pecado praticado contra o soberano. Assim, “o soberano recebia seu poder diretamente do Senhor (Deus) e o concentrava todo em suas mãos, não se discutindo, em razão disso, a faculdade do Estado de impor penas”.¹⁷⁵

No Estado liberal – que emergiu com a revolução burguesa -, surgem as teorias da retribuição e prevenção geral, que para Shecaira e Corrêa Júnior estas nasceram “para fundamentar e legitimar a intervenção estatal através da pena”.¹⁷⁶ Surgiu num período de transição do Estado absolutista para o liberal, fundamentando-se no livre-arbítrio e na racionalidade.

No Brasil – um Estado Democrático de Direito -, foi adotada pelo sistema repressivo penal vigente, a teoria mista, conforme dispõe o art. 59, *caput*.

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

Portanto, várias são as teorias para tentar justificar a sanção penal. Em suma, de acordo com as teorias apresentadas, basicamente as funções da pena privativa de liberdade são: a) retribuição; b) intimidação/ameaça; c) prevenção.

No entanto, percebeu-se ao longo da história até os dias de hoje, que as funções a ela atribuídas não foram na sua totalidade alcançada. Com a crise da prisão, ficou mais evidente que a retribuição ao mal causado, em nada se justificaria

¹⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA...*, op. cit., p. 135

¹⁷⁶ Idem, p. 136

senão aplicada dentro dos limites da culpabilidade, proporcionalidade, o que não ocorre de fato com a pena de prisão.

Quanto ao fator intimidação ou ameaça, defendido pela teoria preventiva geral, também restou frustrado. Com os altos índices de criminalidade da atualidade, é possível vislumbrar que o papel intimidador da pena, no que diz respeito à sociedade e ao próprio delinquente, não conseguiu alcançar o seu objetivo.

A função de prevenção do delito, proposta pela teoria da prevenção especial, também não conseguiu justificar completamente sua existência. Pois, no que concerne aos indivíduos predestinados à prática de delitos, essa teoria não tem justificativa. Pois, essa função preventiva especial, que é direcionada diretamente ao delinqüente, com o escopo de fazer com que não volte a delinquir, demonstra seu fracasso diante dos altos índices de reincidência de infratores que cumpriram penas de prisão.

A prisão, ao invés de reeducá-los para não cometerem novos crimes, realiza papel inverso, fabricando infratores mais vorazes e ensinando-os para a prática delitiva mais aperfeiçoada.

Não obstante, o ambiente carcerário em nada contribui para acrescentar algo positivo na vida do delinquente. E justamente, nesse ponto, que a visão dos doutrinadores atuais tende a inclinar-se às idéias de se evitar a prisão ao máximo, usá-la como último recurso.

Na lição de Damásio, “a intervenção pena somente deve ocorrer em face de rigorosa necessidade, e a pena de prisão deve ser reservada para criminosos perigosos que cometerem crimes graves”.¹⁷⁷ Nesse sentido, na conclusão de Fragoso, “o sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.”¹⁷⁸

Conclui-se, portanto, que a sua aplicação limitar-se tão somente aos crimes mais graves, com maior reprovação social. No mais, a função da prisão seria, a retribuição, intimidação e prevenção.

¹⁷⁷ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. op. cit., p. 24

¹⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 3

2.5.5 As funções das penas alternativas

A concretização e o avanço no que tange às funções da pena, passaram a ter um caráter mais humano, proporcional e de acordo com o previsto nos vários encontros internacionais já citados, pelo menos no que diz respeito às penas de menor potencial ofensivo.

Principalmente, devido à crise da prisão, percebeu-se que as funções da pena privativa de liberdade não estavam sendo consolidadas, seja no aspecto retributivo, seja no preventivo. Ficou evidente ainda, que a pena privativa de liberdade em nada contribui para que o infrator não voltasse a delinquir.

Diante da realidade da prisão, surgem as chamadas penas alternativas, que tiveram sua convalidação a partir das Regras de Tóquio. As funções da pena passam a ter um caráter mais humano, devendo ser respeitados os princípios inerentes à pessoa, como é o caso do princípio da dignidade humana.

Conforme entendia Kant, o indivíduo é um ser dotado de vontades autônomas. Vale dizer, que o indivíduo age de acordo com o senso de compreensão das leis. Segundo ele, este seria um atributo encontrado somente nos seres racionais. Kant, de acordo com Sarlet, a “concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano”.¹⁷⁹ A ética do indivíduo perante as suas atitudes são determinadas a partir da sua concepção de respeito para com as leis impostas pelo Estado para regular as ações da sociedade.

As funções atribuídas às penas alternativas são: a) prevenção e b) ressocialização. Ademais, com as penas alternativas, além das funções mencionadas, efeito doravante dessa modalidade de penas é a diminuição de custos da Administração Pública com o condenado.

Com as penas alternativas, após a Lei 9.714/98, a sanção para infratores condenados à pena de até 04 (quatro) anos, passou a ter a incumbência de ressocializar o condenado, ao ponto de que, não o submetendo às mazelas da prisão, provocaria um efeito preventivo, não desmoralizando sua integridade moral e ética. Pois, em tese, esse delinquente de um crime cujo bem juridicamente tutelado não foi de expressiva consideração ou menor reprovabilidade, poderia cumprir a

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. op. cit., p. 37

pena de outro modo que não seja dentro da prisão. Enfim, a função seria a prevenção e ressocialização.

CAPÍTULO III - A REINCIDÊNCIA E PENAS ALTERNATIVAS

A relação estabelecida entre o instituto da reincidência com as penas alternativas, se dá a partir do momento que a primeira aparece para impedir a aplicação desta modalidade de sanções.

O Código Penal Brasileiro prevê a possibilidade de não aplicabilidade das penas restritivas em caso de reincidência. Contudo, estabelece algumas possibilidades para que o réu, mesmo sendo reincidente, possa ser beneficiado com a substituição da pena privativa.

3.1 Conceito de Reincidência

O conceito de reincidência é o ato ou efeito de reincidir, no mesmo sentido de teimosia. Consubstancia-se, portanto, na repetição de algum acontecimento ou prática de uma coisa que já tenha realizado anteriormente. O nome reincidência tem origem na palavra *recidere*, que consiste em recair, repetir o ato.

Para o Direito Penal, o conceito de reincidência resume-se em, tendo o agente praticado novo crime, após já ter praticado anteriormente. Vale salientar, que o Código Penal não conceitua a reincidência, somente estabelece o momento que ela se constata.

Em sentido genérico, à luz da legislação brasileira, reincidente é aquele que incorre na prática de novo crime – doloso ou culposos -, não sendo necessário que seja da mesma natureza do primário, e que tenha sido condenada por crime posterior, no país ou no estrangeiro, depois de transitada em julgado a condenação anterior.

De acordo com a doutrina, a reincidência pode ser real ou ficta. A reincidência real é aquela em que o agente cumpriu - total ou parcialmente - a pena anterior, e a ficta ocorre pelo simples fato de ter sido condenado anteriormente, independente se cumpriu ou não a pena. No Brasil, adotou-se reincidência ficta.

Em relação à reincidência ficta, Freitas diz que

para o seu reconhecimento não se faz necessário o efetivo cumprimento pelo agente da pena, no todo ou mesmo em parte – sistema de reincidência

real ou verdadeira -, sendo suficiente uma condenação por sentença anterior transitada em julgado.¹⁸⁰

A reincidência possui natureza jurídica de uma agravante genérica, podendo ser de caráter subjetivo ou pessoal. Como efeitos desse instituto, podemos dizer que podem servir como uma circunstância agravante da pena ou impeditiva de certos benefícios ao réu. O art. 61, I, do CP,¹⁸¹ estabelece a reincidência como sendo a primeira das circunstâncias agravantes da pena, quando não constituem ou qualificam a pena.

O nosso ordenamento jurídico penal adotou a reincidência ficta, pois, de acordo com o previsto no art. 63, do CP, caracteriza-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois do trânsito em julgado de sentença condenatória anterior.

3.2 Pressupostos

Para que se configure a reincidência, a legislação determina que estejam presentes alguns pressupostos previstos no art. 63, *caput*, do CP.

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois que transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Ou seja, exige a presença de dois requisitos: a) que a sentença condenatória esteja transitada em julgado; b) cometimento de novo crime, após a sentença irrecorrível. Vislumbra-se que, para a configuração da reincidência, o agente deverá ter praticado novo crime, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Portanto, caso a sentença condenatória por crime anterior venha a transitar em julgado após a prática de novo delito, não restará configurado um dos requisitos básicos para a sua configuração.

¹⁸⁰ FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, nº 81, nov./dez. 2009, p. 98

¹⁸¹ “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência (...).”

A sentença condenatória irrecorrível ou transitada em julgado, é a sentença que não cabe mais recurso, seja por parte da defesa quanto da acusação. O trânsito pode ocorrer tanto em primeira instância quanto nas demais.¹⁸²

Não se configura a reincidência, se o agente cometer um ou vários crimes, e eventualmente estiver sido condenado por este último antes de algum dos delitos anteriores passarem em julgado, sendo considerado tecnicamente primário. Muito embora a lei não defina o que ao certo devemos considerar como criminoso primário, a jurisprudência entende que todo aquele que não for reincidente, ou seja, que não praticou novo delito após ter sido definitivamente condenado por crime anterior, considerado será tecnicamente primário.¹⁸³

Concernente ao criminoso primário, na lição de Damásio,

é não só o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado diversas vezes, sem ser reincidente. Suponha-se que o agente em meses seguidos cometa vários crimes em comarcas diferentes. É processado várias vezes, sendo condenado em todas as comarcas. Embora tenha sofrido uma série de condenações irrecorríveis, não se trata de réu reincidente, pois não cometeu novo delito após o trânsito em julgado de nenhuma sentença condenatória por prática de crime, permanecendo primário. É o chamado tecnicamente primário.¹⁸⁴

Será considerado primário ainda, aquele que sendo condenado por um crime, e tiver cumprido a pena ou ter sido extinta a sua punibilidade, passar pelo período de 05 (cinco) anos sem cometer nova prática criminosa. Nesse caso, o instituto da reincidência só permanece se o delito for cometido até certo lapso temporal após a extinção da punibilidade da pena imposta pelo antecedente.¹⁸⁵

¹⁸² Segundo Jesus, Damásio E. de, "há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso. Exs.: a) O sujeito pratica um crime, sendo processado e condenado. Conformando-se com a decisão, não recorre, vindo a sentença a transitar em julgado. Meses depois, vem a praticar novo crime. É considerado reincidente, uma vez que cometeu o novo delito após o trânsito em julgado de sentença que o condenou por prática de crime. b) O sujeito comete um delito, vindo a ser processado e condenado. Não se conformando com a sentença, recorre para o Tribunal, que mantém a condenação, não cabendo mais recurso algum. Anos depois, vem a cometer novo delito. É reincidente, pois praticou o novo crime após a condenação irrecorrível por prática de delito". *Direito Penal*. op. cit., p. 563

¹⁸³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 479

¹⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. op. cit., p. 563-564

¹⁸⁵ FREITAS, Ricardo diz que "transcorrido o prazo de cinco anos, o agente recupera a condição de primário. Diferentemente, porém, na maior parte das legislações penais, a reincidência só é temporária em se tratando de crimes de menor gravidade". *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 97

Na ocorrência de ser extinta a punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não haverá reincidência. Só será considerada para efeitos de reincidência, se a extinção da punibilidade ocorrer depois da hipótese de irrecorribilidade da sentença condenatória.

Nesse ponto, Damásio diz que

se a extinção da punibilidade ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não há falar em reincidência diante da prática de novo crime. É que a reincidência pressupõe sentença condenatória irrecorível. Se esta não existiu, não há a recidiva. Entretanto, se a extinção da punibilidade ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prática do novo crime forjará a reincidência.¹⁸⁶

Somente nos casos de anistia ou da superveniência de lei é que a reincidência perderá o efeito de provocar a reincidência. Nessas situações o crime desaparece juridicamente, não deixando precedente criminal.¹⁸⁷

Diante da adoção, pelo CP, da possibilidade de prescrição da reincidência, prescrevendo não prevalecer a condenação antecedente, se entre a data do cumprimento da pena e a delicto posterior, decorrer o período maior que 05 (cinco) anos. É o denominado período depurador. Transcorrido esse lapso temporal, sem que o infrator tenha cometido nova infração penal, para fins de reincidência não será considerada a condenação anterior, pois a sentença anterior já perdera sua eficácia para tal finalidade.¹⁸⁸

A legislação penal brasileira não admite a perpetuidade para fins de reincidência. Pois, com a adoção da prescrição, adotou-se a temporariedade da reincidência. Nesse sentido, Capez diz que

¹⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. op. cit., p. 565

¹⁸⁷ Sobre o assunto, Capez, Fernando, afirma que “só nos casos de anistia e *abolitio criminis* a condenação perderá esse efeito. Desse modo, a prescrição da pretensão executória não afasta a reincidência do réu em face do novo delito, diferentemente do que ocorre no caso da prescrição da pretensão punitiva, que, além de extinguir a punibilidade, afasta, também, o precedente criminal”. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 474

¹⁸⁸ Nesse sentido, Jesus, Damásio E. de, diz que “em face do decurso de tempo, o réu continua a ser condenado e a sentença prossegue sendo decisão condenatória. Ocorre que, pelo decurso de certo lapso temporal, a sentença perde a eficácia de gerar a reincidência. Assim, se o agente vier a cometer novo crime depois de cinco anos da extinção da primeira pena, a anterior sentença condenatória não terá força de gerar a agravação da pena, uma vez que o réu não será considerado reincidente”. *Direito Penal*. op. cit., p. 569

o estigma da sanção penal não é perene. Limita-se no tempo. Assim, transcorrido certo lapso de tempo sem que outro delito tenha sido praticado, evidencia-se a ausência da periculosidade e sua normal reinserção social. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal.¹⁸⁹

Na hipótese de houver um processo anterior passado em julgado, em que o houve o perdão judicial, não haverá reincidência,¹⁹⁰ tendo em vista que, nesse caso, a sentença que julgou e decretou o perdão, não é condenatória, mas sim declaratória.

Do mesmo modo, ocorre em relação às contravenções penais, pois na ocorrência de um crime, após o trânsito em julgado de uma sentença anterior a qual condenou o infrator por uma contravenção penal, caracterizada não ficará a reincidência.

Todavia, no sentido inverso, a Lei de Contravenções Penais, em seu art. 7º¹⁹¹, prevê que se o delinqüente comete uma contravenção penal após ter sido condenado por qualquer crime no Brasil ou no estrangeiro, ou no Brasil por contravenção, será considerado reincidente. Portanto, a condenação antecedente transitada em julgado deve ter se fundado no cometimento de um crime e não de uma contravenção.

Para o reconhecimento da reincidência, é necessário que seja por meio de certidão de condenação precedente, devendo constar a data em que transitou em julgado. Esse é o entendimento de Mirabete, ao dizer que “é indispensável a comprovação da condenação anterior por documento hábil, exigindo-se a competente certidão cartorária, em que conste a data do trânsito em julgado”.¹⁹²

Necessário se faz ressaltar, que a condenação precedente que foi utilizada pelo magistrado no momento da fixação da pena, com a finalidade de reconhecer a

¹⁸⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 477

¹⁹⁰ Código Penal. “Art. 120. A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”. Segundo prevê o art. 76, §§ 4º e 6º da Lei 9.099/95, em caso de transação penal, a imposição de pena restritiva de direitos e multa não importará em reincidência, sendo registrada somente para impedir novamente o mesmo benefício no período depurador de 5 anos.

¹⁹¹ “Art. 7º. “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

¹⁹² MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 291. Nesse sentido, Capez, Fernando diz que a reincidência “só se prova mediante a certidão da sentença condenatória transitada em julgado, com a data do trânsito. Não bastam, desse modo, meras informações a respeito da vida pregressa ou a simples juntada da folha de antecedentes do agente para a comprovação da agravante. Nem mesmo a confissão do réu é meio apto a provar a reincidência”. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 474

reincidência, em hipótese alguma poderá ser utilizada para fins de maus antecedentes. Nessa hipótese, ficar-se-ia configurada uma valoração dupla para negatização do mesmo ato criminoso, incorrendo no *bis in idem* (dupla valoração do mesmo fato jurídico).¹⁹³

Conforme previsto no art. 64, II, do CP,¹⁹⁴ não se aplica a reincidência, aos crimes militares e aos políticos. Vale dizer, que no que diz respeito aos crimes militares, refere-se àqueles delitos só poderão ser praticados por militares e as normas que regulamentam tais infrações só estão previstas no Código Penal Militar. Já em relação aos crimes políticos, a doutrina entende que se trata das duas modalidades, ou seja, os crimes próprios ou impróprios. Daí considera-se como crimes políticos aqueles atos que agride os interesses do Estado ou atenta contra a segurança interna ou externa.

3.3 Efeitos da Reincidência

O instituto da reincidência mesmo aparecendo como agravante da pena privativa de liberdade, conforme art. 61, I, CP, pode ainda ocasionar vários outros efeitos no caso de sua caracterização. Assim, a reincidência poderá causar os seguintes efeitos:

- a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I, do CP);
- b) constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes (art. 67 do CP);
- c) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando houver reincidência em crime doloso (art. 44, II, do CP);
- d) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa (art. 60, § 2º, do CP);
- e) impede a concessão do *sursis* quando por crime doloso (art. 77, I, do CP);

¹⁹³ Sobre o assunto, Bitencourt, Cesar Roberto, diz que “como é natural, a preocupação com a dupla valoração afasta as circunstâncias que constituem ou qualificam o crime. Assim, na análise das agravantes e atenuantes deve-se observar sempre se não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena”. *Tratado de Direito Penal*. op. cit., p. 669-670

¹⁹⁴ “Art. 64 (...), II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos”.

- f) aumenta o prazo de cumprimento de pena para obtenção de livramento condicional (art. 83, II, do CP);
- g) impede o livramento condicional nos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos, quando se tratar de reincidência específica (art. 5º da Lei nº 8.072/90);
- h) interrompe a prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, do CP);
- i) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110 do CP);
- j) revoga o *sursis*, obrigatoriamente, em caso de condenação em crime doloso (art. 81, I, do CP), e facultativamente, no caso de condenação, por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, do CP);
- k) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente, em caso de condenação a pena privativa de liberdade (art. 86 do CP, e facultativamente, no caso de condenação, por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 87 do CP);
- l) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95 do CP);
- m) impede a incidência de algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2º, e 171, § 1º, todos do CP);
- n) obriga o agente a iniciar o cumprimento da pena de detenção em regime fechado (art. 33, § 2º, *b e c*, do CP);
- o) obriga o agente a iniciar o cumprimento da pena de detenção em regime semiaberto (art. 33, § 2ª parte, § 2º, *c*, do CP);
- p) impede a liberdade provisória para apelar (art. 594 do CPP);
- q) impede a prestação de fiança em caso de condenação por crime doloso (art. 323, III, do CPP).¹⁹⁵

¹⁹⁵ Sobre os efeitos da reincidência, v. MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. op. cit., p. 293-294 e CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 474-475

Como podemos vislumbrar, são várias as hipóteses em que o instituto da reincidência se mostra presente no nosso ordenamento repressivo. A reincidência pode, portanto, agravar a pena, impedir alguns benefícios ao apenado, o obriga a iniciar o cumprimento da pena em regime mais severo, além de revogar certos benefícios.

3.4 Reincidência Genérica (relativa)

A reincidência opera de forma relativa ou genérica em relação a não substituição da prisão por penas alternativas quando o agente comete crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória anterior, de forma dolosa.¹⁹⁶ Doravante, a reincidência genérica prevista no art. 44, II, do CP, ocorre quando, independentemente do tipo penal infringido, o agente pratica novo crime dolosamente.

Significa dizer, que o réu que tenha cometido um crime doloso, com sentença condenatória transitada em julgado, pratica outro crime, novamente de forma dolosa, é considerado reincidente em crime doloso.

Na hipótese de ter sido o réu condenado anteriormente em crime doloso, e comete outro crime culposos, não resta configurado o previsto no inciso II, do art. 44, CP. Ressalta-se ainda, que a condenação posterior deve ocorrer dentro do interregno de cinco anos, para que se configure a reincidência.

Portanto, na ocorrência de o sujeito condenado por crime culposos, com sentença transitada em julgado, ter praticado novo delito culposos dentro do lapso de cinco anos, para fins de impedir a substituição da prisão por penas alternativas, não ficaria caracterizado. Nada obstará o magistrado de fazer a substituição, diante da reincidência em crime culposos, mesmo que específica.

Nesse sentido, Gomes entende que

é preciso que o réu não seja “reincidente em crime doloso”, isto é, que não tenha sido condenado antes definitivamente por um crime doloso e, agora, dentro do lapso de cinco anos, haja cometido outro crime doloso. Não

¹⁹⁶ “Art. 44 (...) II – o réu não for reincidente em crime doloso”;

importa se se trata de dolo direto ou eventual. O que a lei exige é que não haja reincidência “em crime doloso”.¹⁹⁷

A priori, o réu reincidente em crime doloso não tem direito à substituição. Porém, nesse caso o impedimento para substituição atua de forma relativa. Ou seja, excepcionalmente, mesmo na ocorrência da reincidência em crime doloso, o réu poderá ser beneficiado com as penas alternativas.

Conforme previsto no § 3º do mesmo dispositivo legal, para que possa haver a substituição, o juiz verificará, diante da condenação anterior, se medida é socialmente recomendável. Entretanto, o magistrado deverá analisar detidamente o caso sob exame, fazendo uma valoração para concluir pela substituição ou não da prisão. Sobre o tema, Gomes entende que “ele deve examinar atentamente o caso concreto sob julgamento (natureza do fato, culpabilidade do agente, grau de reprovação, antecedentes etc.), assim como a ‘condenação anterior’”.¹⁹⁸

Importante frisar, que sempre deverá haver a fundamentação jurídica e valorativa para cada caso concreto, de forma a identificar os critérios motivadores do juiz no momento da sua decisão, seja ela para aplicação da substituição ou não.

3.5 Reincidência Específica (absoluta)

A reincidência específica permaneceu na legislação penal brasileira até o ano de 1977, e foi extinta do ordenamento penal em razão do advento da Lei 6.416. Todavia, com a Lei de Crimes Hediondos o instituto da reincidência específica retornou, mesmo que de forma implícita, ao normativo penal.

Antes da criação da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), para que se configurasse a reincidência específica, o agente teria que cometer novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória, tendo, necessariamente, que ser o crime da mesma espécie do primeiro.

¹⁹⁷ GOMES, Luis Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 114

¹⁹⁸ Idem, p. 115. Nesse sentido, MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, diz que “a análise da possibilidade de substituição, ressalvada a hipótese tratada, ficará ao arbítrio do Juiz, não obstante se trate de um arbítrio regulado. Deverá, tanto ao aplicar em nova condenação a pena restritiva de direitos, justificar as razões que o levaram a concluir dessa forma, ou negando-a, informar os motivos que o autorizam a assim proceder”. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 111

Com as alterações decorrentes da Lei 9.714/98, o CP passou a tratar esta modalidade de reincidência, quem incorrer na prática de crime da mesma espécie, pela prática da mesma modalidade criminosa.¹⁹⁹

O § 3º do art. 44, prevê que em caso de reincidência em virtude da prática do mesmo crime, não haverá a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por quaisquer das penas alternativas, seja ela a mais leve à considerada mais gravosa. De fato, a última parte do § 3º, é a forma de reincidência que, definitivamente, obsta a substituição. Tratando-se, portanto, essa restrição de caráter absoluto.

Na ocorrência de ser condenado por um crime, e eventualmente, cometa outro antes do prazo de cinco anos, sendo condenado pela prática de novo crime da mesma natureza, ou mesmo tipo incriminador,²⁰⁰ não receberá o benefício das penas alternativas. Nesse caso, segundo Martins, “partindo-se do pressuposto de que o acusado que assim agiu, deu mostras de que possui personalidade distorcida, não sendo merecedor do beneplácito”.²⁰¹

Em suma, para que haja a possibilidade de aplicação da substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas, é necessário que o réu não seja reincidente específico. Portanto, conclui-se, em regra, que aquele reincidente em crime doloso não pode receber o benefício da substituição da prisão por penas alternativas, contudo, na hipótese de ser a medida socialmente recomendável, ainda assim o magistrado poderá proceder com a substituição. Porém, na ocorrência da reincidência ser em virtude da prática do mesmo crime, o agente não poderá ser beneficiado com a substituição, agindo esta última como impedimento absoluto.

¹⁹⁹ Segundo GOMES, Luis Flávio, “por ‘reincidência na prática do mesmo crime’ há que entender a antiga reincidência específica (que foi para essa finalidade restaurada), significando ‘reincidir em crimes da mesma espécie’. E crimes da mesma espécie são crimes previstos no mesmo dispositivo legal (leia-se: mesmo tipo penal), pouco importando se se trata da forma fundamental ou derivada, isto é, tipo fundamental ou privilegiado ou qualificado”. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, op. cit., p. 115-116

²⁰⁰ Condenação por furto e furto, roubo e roubo etc. Nesses casos, será considerado reincidente específico, conforme Lei 9.714/98. Impedindo, nessa hipótese, a aplicação das penas alternativas. Alguns doutrinadores entendem que na ocorrência de reincidência em crime culposos, o réu não poderia ser impedido de receber a substituição, tendo em vista que a lei é clara ao dizer no inc. II do art. 44, do CP, ser o agente reincidente em crime doloso. Independente do § 3º do art. 44 constar como impedimento a reincidência em crime da mesma natureza, deverá, diante da conexão lógica existente entre os dois normativos, deverá o magistrado aplicar o princípio da lei mais benéfica ao apenado.

²⁰¹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. op. cit., p. 110

3.6 Argumentos favoráveis ao instituto da reincidência

Com inspiração na escola positivista italiana, o Código Penal brasileiro de 1940, foi promulgado dando bastante ênfase à questão da periculosidade do agente criminoso. De acordo com àquele *codex*, existia a previsão de que a reincidência em crime doloso acarretava uma presunção da periculosidade, não admitindo prova em contrário, conforme art. 78, IV.

Nesse sentido, a causa da reincidência criminal seria em razão da ineficiência do tratamento médico atribuído ao detento que abandonou o sistema penitenciário. Para se combater, portanto, a reincidência, o condenado poderia ser submetido a um tratamento médico para que não voltasse a delinquir.

Nesse caso, o réu poderia ser submetido a uma medida de segurança logo após ter cumprido sua pena, devendo esta medida ser cumprida até que adviesse laudo médico atestando que cessou a sua periculosidade. Desse modo, adotava-se o chamado sistema binário de execução da pena. Todavia, diante da reforma do CP de 1984, e a consequente revogação do art. 78, IV, o Brasil passou a adotar o sistema vicariante ou unitário, não admitindo a aplicação da medida de segurança após o cumprimento da pena.

De acordo com a doutrina italiana, a razão do aumento de pena em virtude da prática recidiva, faz-se necessária pelo fato de que o sujeito demonstra uma projeção para a delinqüência, restando caracterizada uma maior capacidade delitiva. Assim, seria devido o castigo ao reincidente, diante de sua considerável inclinação para o crime, na constatação de sua periculosidade.

Sobre o assunto, Freitas diz que

o agravamento da pena do segundo fato punível se justificaria por razões de prevenção especial negativa, ou seja, se o mesmo demonstra maior inclinação para o cometimento de crimes deve ser neutralizado mediante a pena para que não torne a cometê-las. O fundamento da reincidência encontra-se, assim, na periculosidade do agente e não na sua culpabilidade.²⁰²

Contemporaneamente, a doutrina penal, em particular os manuais de direito penal, silencia-se acerca do embasamento político-criminal da reincidência.

²⁰² FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 113

Contudo, diante do silêncio de alguns, outros se posicionam para defender a sua permanência na legislação, ao ponto de considerar, por exemplo, que o infrator ao voltar a cometer um ato delitivo, após sofrer uma condenação anterior, demonstra menosprezo para com a justiça, com a lei e ainda certo desprezo para com a pessoa do juiz.

Na lição de Costa Júnior, “aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo com a lei e pelo magistrado”.²⁰³ Do mesmo modo, fazendo uma conexão entre o primeiro e o segundo delitos em face da personalidade do autor, Reale Júnior, entende que o agente é “merecedor de reprimenda mais grave por sua conduta de vida, em desrespeito flagrante à justiça”.²⁰⁴

Portanto, no entendimento subtraído de Reale Júnior, o fato da primeira condenação não ter surtido o efeito desejado sobre o delincente, ou seja, a condenação não foi suficiente para fazer o agente ter o sentimento de que a pena é ruim e de que não deve cometer novo crime. Destarte, a reincidência como agravante da pena pela condenação posterior deve existir para reforçar no réu a lembrança que este mal lhe causou.

Convém ressaltar, que ainda no século passado, com a reforma de 1984, aliado ao argumento da maior periculosidade do reincidente, somou-se ao da elevação da culpabilidade do delito posterior praticado pelo agente. Passando assim, a ser considerada a sua culpabilidade. Com isso, apesar de terem alguns sinais que norteiam a um direito penal da periculosidade, emergiu o denominado direito penal da culpabilidade.²⁰⁵

Modernamente, a culpabilidade pode ser entendida como a possibilidade de se considerar alguém culpado pelo descumprimento da norma penal. Por isso, comumente é tratado como uma reprovação feita ao autor que cometeu um fato típico e antijurídico. É um juízo de reprovação formulado em face do delincente.

²⁰³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 168. Desta maneira, o autor posiciona-se de acordo com o pensamento doutrinário italiano, que entende que a reincidência é uma forma de deslealdade do agente em relação ao ordenamento jurídico de seu Estado, ao qual deveria ter agido com fidelidade.

²⁰⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 95

²⁰⁵ Sobre o assunto, FREITAS, Ricardo, diz que “ainda no século passado, o argumento da maior periculosidade do reincidente passou a ser somado ao da elevação da culpabilidade do segundo delito por ele praticado. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 112

Segundo Capez, “verifica-se, em primeiro lugar, se o fato é típico ou não; em seguida, em caso afirmativo, a sua ilicitude”.²⁰⁶ Somente com a constatação desses dois elementos é que se passa a analisar a possibilidade de responsabilização do agente.

A culpabilidade é tida como a possibilidade de desaprovar o sujeito que comete um ato punível, e devido às circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de maneira diferente. Entende-se então, como sendo a “possibilidade de censurar alguém pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando era plenamente possível que o tivesse evitado”.²⁰⁷

Assim, concluímos que houve uma mudança no paradigma jurídico da reincidência, ainda que formalmente. O direito penal da periculosidade deu lugar ao denominado direito penal da culpabilidade.

Como ponto central do instituto da reincidência, atua a culpabilidade do autor. Todavia, questiona-se quanto a sua adequação e compatibilidade com o princípio da culpabilidade, entendido, nesse aspecto, como fundamento da pena. Isto é, como limitador do Estado na aplicação da sanção pertinente ao caso concreto, com o fito de não ser imputado ao agente uma pena maior do que a reprovabilidade do fato.

Assim, podemos perceber que a doutrina favorável ao instituto da reincidência, vincula-se a dois fatores:

- a) a periculosidade do agente e/ou;
- b) a sua culpabilidade.

Finalmente, nos dois casos é perceptível que tais sustentações aliam-se na tentativa de fundamentar a permanência da agravante. Ambas relacionam-se aos fins da pena, pois o da maior periculosidade, que se relaciona ao fim da prevenção especial negativa; e o da maior culpabilidade, que relaciona com a pena como retribuição justa.²⁰⁸

²⁰⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 299

²⁰⁷ Idem, p. 303

²⁰⁸ FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 112

3.7 Argumentos desfavoráveis ao instituto da reincidência

Contrário ao instituto da reincidência, juristas brasileiros influenciados principalmente pela escola alemã, defende o entendimento de que o autor reincidente se submete a questões interdisciplinares, como questões político-criminais, criminologias e dogmáticas. Contudo, na prática a questão político-criminal da reincidência não só se posiciona de forma alheia à criminologia como se defronta com as conclusões por ela obtidas.²⁰⁹

Atualmente, é de conhecimento de todos que o sistema prisional não é competente para reintegrar o detento à sociedade, diversamente, contribui para a capacitação do condenado deixando-o mais propício para a prática criminosa. O entendimento da sociologia criminal tradicional acerca da reincidência, de que a prisão serve para tanto para evitar que o delinquente cometa novos crimes, bem como para corrigi-lo ou emendá-lo, reintegrando-o à sociedade, não parece prosperar nos dias atuais.²¹⁰ A pena privativa de liberdade, de fato, não conseguiu alcançar os seus fins propostos, seja no aspecto preventivo - geral ou especial -, quanto no tocante à ineficácia do papel de readaptar o condenado à sociedade.²¹¹

Nesse ponto, vislumbra-se a necessidade de compatibilizar os estudos da sociologia criminal com o discurso jurídico-penal, a fim de minimizar os efeitos negativos decorrentes da pena privativa de liberdade, sobretudo quanto à reincidência, que produz números preocupantes. Assim, não se pode atribuir a reincidência tão somente à prisão, sobretudo pela falta de estudos voltados à constatação da verdadeira fonte propulsora da prática recidiva.

Sobre o assunto, Bitencourt diz que

²⁰⁹ Para FREITAS, Ricardo, “é necessário, portanto, que o saber dogmático-jurídico acolha os resultados produzidos nas investigações realizadas pela sociologia-criminal, se quisermos que a ciência do direito penal seja informada por uma política criminal cientificamente fundada. Caso contrário, este saber não ultrapassará o estágio do conhecimento vulgar”. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 115

²¹⁰ Cf. FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 116

²¹¹ BATOCHIO, José Roberto diz que “no âmbito internacional é pacífico o conceito de que, da perspectiva utilitarista (afastada a ultrapassada concepção meramente retributivista), a privação da liberdade não alcançou os fundamentos e fins a que se propôs, visto que ineficaz como medida de prevenção (geral e especial) e inócua enquanto fator de readaptação social”. *Formas Alternativas de Pena Criminal*. Revista dos Tribunais: 733/1996. nov./1996, p. 538

não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a reincidência, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada com um ou o mais importante indicador da falência da prisão. (...) Na verdade, as elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a influência da prisão, como também podem refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica.²¹²

É de se ressaltar que, com o passar dos anos, a prisão se tornou um mero estabelecimento a fim de neutralizar o agente criminoso. Deixando encarcerado o infrator, não poderá ocasionar danos à coletividade. Assim, a finalidade preventiva e a função de reabilitar o condenado através da pena de prisão não foi alcançada. Na verdade, o atual modelo prisional é ineficaz e favorece a reincidência.

De acordo com o atual sistema de controle social que coloca a reincidência como circunstância agravante, o Estado não só impede de diversas formas que o agente seja beneficiado com as penas alternativas, mas também se favorece o encarceramento. Com efeito, acaba propiciando a volta do condenado à delinquência.

Desse modo, o discurso que entende dever a segunda condenação ser mais rigorosa pelo fato de a primeira não ter se mostrado suficientemente capaz de conscientizar o condenado para não voltar a prática delitiva, não encontra justificativa, pois, conforme visto a reincidência como agravante da segunda pena não contribui para essa conscientização.

Nesse sentido, Freitas aduz ser

contraditória a pretensão de se punir mais severamente o criminoso reincidente, quando se sabe que quanto maior for a sua permanência no cárcere, maiores serão as possibilidades dele voltar a delinquir. Assim agindo, o sistema age como um médico que aplica um suposto remédio ao paciente sabendo, de antemão, que vai matá-lo.²¹³

Assim, para a sociologia criminal, não há justificativa para aplicar a reincidência, submetendo o agente a uma série de impedimentos sabendo que não surtirá seus efeitos desejados, ao invés de lhe proporcionar forma alternativas de

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas "Alternativas" Uma Análise Pragmática*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 28/1999, out./dez. 1999, p. 251

²¹³ FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 122

cumprimento da pena, ao menos para os crimes cujo bem jurídico atingido é de menor gravidade.

No entendimento jurídico-penal acerca da deslegitimação da reincidência, a utilização da reincidência como agravante da pena em razão do primeiro delito praticado, fere o princípio do *ne bis in idem*. Isto é, caso um sujeito venha a cometer uma infração penal, obtendo uma sentença condenatória com o posterior trânsito em julgado, vindo este mesmo sujeito a praticar novo delito, seria a sua pena agravada em razão da prática do primeiro crime, caracterizando a violação a tal princípio.

Não se pode olvidar que o argumento justificador da reincidência, fundado na periculosidade do agente, demonstra sua incompatibilidade com um direito penal baseado na culpabilidade do fato. Nesse ponto, subsiste uma controvérsia quanto a argumentação favorável à reincidência baseada em fatos, visto que a função, na verdade, nos moldes desta corrente doutrinária, consiste em acobertar o fato de que o alvo da reprovação assenta no autor do fato, em seu passado, na sua vida pregressa.

A reincidência seria justificada caso fosse adotado o critério de culpabilidade do autor, entretanto, entre nós, este critério não perpetua, sendo incompatível com os preceitos constitucionais penais da culpabilidade, ao passo que o direito penal deve subordinar-se à Carta Magna e a seus princípios norteadores.²¹⁴

Quanto aos argumentos justificadores da reincidência e seus efeitos em face da maior periculosidade do agente, Freitas diz que

implica, na realidade, no abandono da noção de culpabilidade pelo fato em favor da consideração da total personalidade do autor, pois, em um direito penal fundado na noção de culpabilidade do pelo fato, “não se deverá considerar outra coisa a não ser o ato delitivo, porém, não o comportamento do autor anterior ao mesmo ou, inclusive, posterior”.²¹⁵

Por isso, não se deve considerar os elementos que envolvem o autor, mas sim aquilo que diz respeito ao fato. Vale dizer, que para que se possa falar em

²¹⁴ Cf. FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 127

²¹⁵ Idem, p. 129. Do mesmo modo, aqueles que fundamentam a reincidência na maior periculosidade do autor, evidentemente, não compreenderam ainda a irracionalidade desta posição, pois, o autor – não reincidente - de um homicídio, pode com certeza, demonstrar mais periculosidade do que um reincidente que num primeiro momento praticou crime de furto e depois cometeu uma infração de lesão corporal culposa.

direito penal do fato, é necessário que o conceito de culpabilidade deve se dirigir, evidentemente, em torno do elemento do fato. Diante de tais considerações, resta evidenciado que o instituto da reincidência não encontra justificativa, tanto pela sociologia criminal quanto pela dogmática jurídico-penal.

3.8 Reincidência como obstáculo para a promoção da dignidade humana por meio da aplicação das penas alternativas

O instituto da reincidência, apesar de sua existência não ser justificável, conforme discurso doutrinário deslegitimando-o, este instituto continua sobrevivendo aos tempos e às evoluções históricas do direito penal. O alternativo ao longo dos tempos posicionou-se no sentido acompanhar o desenvolvimento sociológico da sociedade. Hodiernamente, esta alternatividade se vê diante de um obstáculo – a reincidência - frente à necessidade de aplicação de penas alternativas à privação da liberdade.

As penas alternativas intentam a substituição da prisão por meios mais dignos de reprimenda ao condenado, com soluções mais eficazes e comprovadamente menos onerosas. Todavia, em face destas alternativas, está o instituto da reincidência, que apesar das diversas divergências acerca do assunto, permanece no nosso ordenamento jurídico penal, como acontece em vários outros países.²¹⁶

Diante dos comprovados malefícios advindos da pena privativa de liberdade, e sua ineficiência na aplicação da execução da pena, seja para prevenir novos delitos ou readaptar o condenado ao convívio social, a reincidência aparece não só como forma de obstruir a aplicação das penas alternativas, mais ainda para frustrar a concretização de valores como a dignidade humana.

A dignidade humana é um valor inerente a todo ser humano, sem exceção, independente da sua posição na sociedade ou sua condição jurídica, ou seja, pode ser pobre ou rico, delinqüente ou não, ser primário ou reincidente, a sua dignidade, acima de tudo, deverá ser resguardada e respeitada pelo fato de humano ser.

²¹⁶ Nesse sentido, Garzon Real, Baltasar; Manjon-Cabeza Olmeda, Araceli diz que “a reincidência é uma das instituições que mais tem recebido as mais duras críticas da doutrina penal, seja pela ausência de fundamento aceitável que justifique sua existência, seja pelos efeitos que produz”. *Reincidencia y Constitución*, p. 1 *apud* FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. op. cit., p. 93

Na lição de Gemaque,

há muito vem se cristalizando o pensamento no sentido de dotar os mais diversos países de instrumental jurídico eficaz e capaz de impedir a utilização do homem como meio, como objeto ou instrumento. O homem é um fim em si mesmo, tendo valor absoluto. Passou-se a entender, tal qual Kant já dizia, que o ser humano é dotado de uma dignidade intrínseca.²¹⁷

A dignidade humana constitui um dos pilares da República Federativa do Brasil, devendo, nos moldes da concepção Kantiana, ser o indivíduo tratado como um fim em si mesmo, sendo inadmissível que o coloque como um meio para atingir um fim. Assim, a dignidade da pessoa beneficiada com as penas alternativas, deve, a todo instante, ser protegida. Linearmente, a prisão deveria ser gerenciada com humanidade e lealdade ao princípio da dignidade humana, o que de fato não ocorre, tendo em vista as superlotações, más condições, infraestrutura precária dos presídios etc.

A reincidência ao impor restrição para obtenção da medida alternativa, não só implica em perfeito descaso com a sua dignidade, que ao longo dos tempos foi ganhando forma, como também anda na contramão da tendência da maioria dos sistemas penais modernos, que almejam a aplicação da pena privativa de liberdade um último caso, reservando somente para aqueles delinquentes que cometeram crimes com maior gravidade.

O impedimento, seja de forma relativa quanto absoluta, não se justifica principalmente, em face dos crimes de menor potencial ofensivo, ou cujos bens jurídicos tutelados atingidos foram menos relevante ao direito penal.

A norma penal em um Estado Democrático de Direito, de acordo com o entendimento de Capez,

não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.²¹⁸

²¹⁷ GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar*. São Paulo: RCS, 2006, p. 17

²¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. op. cit., p. 6

Do mesmo modo, as penas mais rigorosas devem restringir-se aos delitos praticados com maior lesividade. Quando a reincidência aparece para impedir que as penas alternativas sejam aplicadas em face do autor de delito com menos gravidade, encarcerando-o ao invés de estabelecer uma pena não-privativa fatalmente não condiz com a nossa realidade no sentido de se evitar a prisão. Para Fragoso, “conhecendo-se os efeitos da pena privativa de liberdade, é fácil, no entanto, avaliar as vantagens que advêm de qualquer solução que o evite”.²¹⁹

Não restam dúvidas acerca do avanço do conceito e concretização de valores como o da dignidade humana ao longo do tempo, bem como com o surgimento das sanções alternativas à prisão. No instante em que o instituto da reincidência surge como óbice para essa promoção, acaba por confrontar a própria Constituição Federal que prevê ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento da sociedade tem produzido várias conquistas no decorrer de sua história. Como exemplo, podemos citar a superação das penas contra a vida para as penas privativas de liberdade, ato contínuo com o aparecimento das penas alternativas para, ao menos, minimizar o encarceramento. Entretanto, o instituto da reincidência demonstra um verdadeiro retrocesso na história das penas, não havendo mais razão para sua existência, tampouco como impedimento legal para aplicação de penas alternativas.

Na luta pela maior aplicação das penas alternativas, a reincidência não pode retardar todo um processo construído ao longo dos tempos, até nela chegarmos. Pois, todo o esforço no sentido de dar maior aplicabilidade às penas alternativas, seja no momento da aferição da sentença, ou não execução, deve pautar-se na preservação dos valores fundamentais de uma sociedade, como o é a dignidade humana.

Finalmente, podemos destacar que diante da evidente preocupação com a questão da dignidade humana, buscando cada vez mais respeitar esses direitos inerentes tão somente aos homens, por serem racionais, livres, a aplicação de penas alternativas à prisão mostra-se capaz de produzir essas características mais

²¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa de liberdade*, op. cit., p. 10

humanitárias de sanção penal. Não podendo, contudo, a reincidência obstaculizar essa intenção de promover a dignidade humana por meio das penas alternativas.

CONCLUSÕES

Diante do demonstrado fracasso ao longo do tempo para legitimar a ação do Estado no âmbito do direito penal, surgiram, gradativamente, alternativas para a superação destas etapas. Nota-se que a alternatividade no direito penal apresenta-se como um meio de se conseguir restabelecer a ordem social, de maneira consideravelmente adequada a cada etapa da evolução da sociedade.

Durante esse processo de evolução, conseguimos vislumbrar que as peculiaridades de cada época, no que se refere à aplicação das penas, foram sendo superadas de acordo com o contexto de cada época e de acordo com a mudança referente aos fins da pena.

Compulsamos que o processo de humanização das penas ocorreu muito em virtude de movimentos humanitários e filosóficos ocorridos, principalmente, durante os séculos XVII e XVIII. Buscando, nesse período, que as penas fossem aplicadas de forma justa, intentando ainda que à pena fosse atribuído um caráter utilitarista, e não somente retributivo e preventivo como até então se acreditava.

Conforme verificado, vários são os benefícios em prol do sistema repressivo penal, muito deles advindos dos posicionamentos filosóficos em prol da dignidade humana, almejando que fosse o delinquente tratado de maneira digna, independente da sua condição ou *status* na sociedade ou frente a ela.

Nota-se que a história da evolução do direito penal foi marcada por inúmeras injustiças que, certamente, deixaram suas cicatrizes. Mas, contudo, podemos vislumbrar que vagarosamente foram sendo superadas tais situações. Essa mudança pode ser vista, por exemplo, na busca incessante de alternativas ou medidas penais que viessem substituir a fracassada pena de prisão que, como podemos observar, em nada contribui para a prevenção ou readaptação social do delinquente.

Um avanço considerável ocorreu em virtude do surgimento das Regras de Tóquio, que a partir daí estabeleceram ou nortearam critérios basilares para que os países possam adotar tais medidas, de forma cada vez mais a promover a dignidade humana e se evitar a pena de prisão.

No Brasil, a Lei 7.209/1984 já previa as penas restritivas de direitos. Mas com o advento da Lei 9.714/98 o número de alternativas às penas privativas de liberdade foi aumentado. Passando a contar com dez possibilidades de penas alternativas o nosso ordenamento repressivo.

Ficou evidente ainda, a importância do papel das penas alternativas frente à pena de prisão num Estado Democrático de Direito, resguardando, sobretudo, princípios fundamentais previsto na Carta Maior. A dignidade humana consegue certamente, ser respeitada com as várias possibilidades de penas alternativas previstas no Código Penal brasileiro.

Todavia, não obstante as benesses apresentadas pelas penas alternativas nos deparamos com o instituto da reincidência, que surge para impedir a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, e conseqüentemente, a promoção da dignidade humana.

O instituto da reincidência, principalmente, como obstáculo para essa promoção da dignidade por meio das penas alternativas, não condiz com a realidade do sistema repressivo brasileira, de tal forma a concluirmos que ao confrontar justamente com o princípio fundamental da dignidade humana, acaba sendo inconstitucional, por caminhar na contramão de uma previsão constitucional.

Concluimos que as penas alternativas como substitutivos das penas privativas de liberdade conseguem atingir um caráter humanístico da pena, ficando caracterizada a evolução humanitária da sociedade quando se trata de direito penal, apresentando-se como fator preponderante para a reinserção social do delinquente. A sociedade deve cada vez mais se projetar a favor das alternativas à prisão, visando torná-las cada vez mais aplicáveis em relação às penas de curta duração.

Assim, não seria admissível que em um Estado democrático de direito, que qualquer forma de promoção da dignidade humana seja obstaculizada, principalmente por institutos injustificáveis, como por exemplo, a reincidência.

REFERÊNCIAS

BATOCHIO, José Roberto. *Formas Alternativas de Pena Criminal*. Revista dos Tribunais: 733/1996. nov./1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. (tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães) - São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas “Alternativas” Uma Análise Pragmática*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 28/1999. out./dez. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. vol. 1, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo, Editora Acadêmica, 1992.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Penas Alternativas a La prisión*, Barcelona: BOSCH, 1997, p. 16 e ss *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1ª edição, 2ª tiragem. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FELIPPE, Marcio Sotelo, *Razão Jurídica e dignidade humana*, São Paulo: Max Limonad, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. 20ª edição. (tradução de Raquel Ramallete) – Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa da liberdade*. Disponível em: <www.fragoso.com.br> Acessado em 17.04.2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17, nº 81, nov./dez. 2009.

GARZON REAL, Baltasar; MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Reincidência y Constitución*. Actualidad Penal: Publicación técnico-jurídica de derecho penal. Madrid: Actualidad, dic. 1990 *apud* FREITAS, Ricardo. *Reincidência e repressão penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17, nº 81, nov./dez. 2009.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar*. São Paulo: RCS, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. vol. 1, parte geral, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Regras de Tóquio*, São Paulo: Edições Paloma, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 7ª edição. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

LACERDA, Bruno Amaro. *A dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola*. Revista *Legis Augustus* (Revista Jurídica), vol. 3, n. 1, set./2010. Disponível em <www.unisuam.edu.br>. Acesso em 20/04/2012.

LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de Penas Alternativas*. Goiânia: Editora AB, 2000.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Juizados Especiais Criminais. Conciliação e Transação, volume 338*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1997.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*. 1º. ed., 2. tir. Curitiba: JURUÁ, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 *apud* LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de Penas Alternativas*. Goiânia: AB, 2000.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, v. 1 *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Regras de Tóquio – Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *TEORIA DA PENA: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TONELLO, Luis Carlos Avanci. *Manual de Execução Penal*. 2ª edição. CUIABÁ: Janina, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11ª edição revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.