



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MONIQUE SILVA DE OLIVEIRA

**PENAS ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEGENERAÇÃO DO
SISTEMA PRISIONAL**

**Assis/SP
2021**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

MONIQUE SILVA DE OLIVEIRA

PENAS ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEGENERAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientanda: Monique Silva de Oliveira
Orientador: João Henrique dos Santos

**Assis/SP
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

O48p OLIVEIRA, Monique Silva de

Penas alternativas: uma análise sob a ótica da degeneração do sistema prisional / Monique Silva de Oliveira. – Assis, 2021.

47p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms. João Henrique dos Santos

1.Penas alternativas 2.Ressocialização

CDD 341.5825

PENAS ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEGENERAÇÃO DO
SISTEMA PRISIONAL

MONIQUE SILVA DE OLIVEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____ João Henrique dos Santos _____

Examinador: _____

Essa falsa humildade é comodismo; assim, tão
“humildezinho”, vais abrindo mão de direitos...
que são deveres.

Josemaria Escrivá de Balaguer
(1902-1975)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar qualitativa e teoricamente, sempre sob o crivo de observações práticas, a problemática do encarceramento em massa e uma de suas possíveis soluções, as penas alternativas, as quais são abordadas de forma bastante genérica, não se abordando suas modalidades em espécie, mas sim o cabimento e viabilidade geral da referida substituição.

Abordando temas desde a teoria contratualista do surgimento da sociedade e o direito estatal de punição, até temas práticos e atuais como a política de guerra às drogas e a epidemia de violência contra a mulher, o presente trabalho busca dar enfoque à figura do condenado, alertando para o compromisso estatal para com este, ainda que apenado, em virtude do contrato social, o mesmo que o coloca em submissão ao *ius puniendi*.

Ao cabo, a presente pesquisa conclui que, não sendo viável o abolicionismo prisional no Brasil ainda, se vê nas penas restritivas de direitos um meio para o desencarceramento que, conseqüentemente, conferiria maior qualidade ao nosso sistema prisional a fim de que este se sustente até que seja encontrada solução definitiva e menos degeneradora a ele. Neste sentido, com especial destaque, defende-se a revogação dos requisitos objetivos inerentes à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Palavras-chave: Penas alternativas; Abolicionismo prisional; Ressocialização

ABSTRACT

The present work seeks to analyze qualitatively and theoretically, always under the scrutiny of practical observations, the problem of mass incarceration and one of its possible solutions, the alternative penalties, which are approached in a very generic way, not addressing their modalities in kind, but the appropriateness and general feasibility of such replacement.

Addressing themes from the contractualist theory of the emergence of society and the state's right to punishment, to practical and current issues such as the war on drugs policy and the epidemic of violence against women, this paper seeks to focus on the figure of the condemned, warning for the state's commitment to him, even if punished, by virtue of the social contract, the same that puts he in submission to the *ius puniendi*.

In the end, this research concludes that, as prison abolitionism in Brazil is not yet viable, the penalties restricting rights are seen as a means for extrication that, consequently, would give greater quality to our prison system so that it can be sustained until that a definitive and less degenerative solution be found for it. In this sense, with special emphasis, it is defended the revocation of the objective requirements inherent to the replacement of the deprivation of liberty sentence by the one that restricts rights.

Keywords: Alternative penalties; Prison abolitionism; Resocialization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DESENVOLVIMENTO.....	10
2.1. A SUBMISSÃO GERAL AO IUS PUNIENDI.....	11
2.2. UM BREVE RELATO DA HISTORIOGRAFIA DA PENA	12
2.3. TEORIAS DA PENA: UMA BUSCA PELO PORQUÊ	14
2.3.1. Teorias absolutas: apenas uma retribuição	15
2.3.2. Teorias relativas: os diversos meios de prevenção gerais e especiais ..	15
2.3.3. Teoria mista ou unificadora: retribuir e prevenir	20
2.3.4. Teoria agnóstica: tirando de vista	20
2.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA.....	21
2.5. OS FUNDAMENTOS DA PENA.....	22
2.5.1. Retribuição	23
2.5.2. Reparação.....	23
2.5.3. Denúncia	24
2.5.4. Incapacitação	25
2.5.5. Reabilitação	25
2.5.6. Dissuasão	25
2.6. IDEOLOGIAS: UM CAMINHO SEM SOLUÇÕES.....	26
2.7. SURGE UMA POSSIBILIDADE: AS PENAS ALTERNATIVAS.....	27
2.7.1. Seus princípios instituidores	28
2.7.2. Suas classificações e previsão legal	32
2.7.3. Sua natureza jurídica	33
2.7.4. Da duração da pena	34
2.7.5. Dos requisitos	34
2.7.6. Tratando das fontes do encarceramento em massa.....	39
2.7.7. Do momento da substituição	42
2.7.8. Regras da substituição.....	42
2.7.9. Da perda do benefício de substituição.....	43
2.7.10. Da viabilização e da política nacional de alternativas penais.....	44
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
4. REFERÊNCIAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Em resposta ao cenário extremamente binário e ideológico que se apresenta atualmente, o presente trabalho surge como uma proposta de análise qualitativa e teórica, mas com embasamento prático, acerca do encarceramento em massa e uma de suas possíveis soluções, as penas alternativas, as quais serão abordadas aqui de forma genérica, não se abordando suas modalidades em espécie, mas sim o cabimento e viabilidade geral da substituição.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tem se tornado tema progressivamente controvertido, isto porque duas vertentes ideológicas bastante acentuadas e contrárias emergiram em um lapso temporal relativamente curto. Vejamos, no ano de 2017 testemunhamos rebeliões em cadeia em muitos presídios brasileiros, as quais resultaram em inúmeras mortes cruéis e documentadas, levantando assim um contracorrente ao sistema carcerário brasileiro que muitas vezes não bradava sequer pelo desencarceramento, mas pelo abolicionismo prisional. No entanto, no ano de 2018 tivemos o advento da eleição do atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, o qual, declaradamente favorável a um Direito Penal mais severo, ocasionou um levante populacional mais reativo ao crime, suscitando, de forma atécnica e despojada, temas como a diminuição da maioria penal e a pena de morte.

É indubitável que o irrompimento das rebeliões em cadeia por todo o Brasil em 2017 foi meramente a exortação nacional e noticiada de que o sistema prisional, não só, mas, principalmente o brasileiro, apresentava reveses elementares. Apesar do sentimento geral de temor se dissipar dentre a população assim que o tema saiu dos noticiários, juristas de todo o Brasil e do mundo sabiam que este já não era tema que poderia continuar a ser negligenciado, assim, surgiram inúmeras obras importantíssimas acerca do tema, como ‘Estarão as prisões obsoletas?’ de Angela Davis.

Destarte, o presente trabalho, despojado de convicções prévias de cunho ideológico ou político, os quais seriam prejudiciais ao aspecto jurídico da pesquisa, possui o objetivo de analisar, ponto a ponto, a viabilidade e a qualidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos como, se não a solução definitiva que viabilizaria o abolicionismo prisional, talvez a solução temporária para o desencarceramento e, conseqüentemente, o aprimoramento das prisões brasileiras.

2. DESENVOLVIMENTO

Ao abordarmos um tema de tamanha importância e complexidade como o da penalização, tangeria a irresponsabilidade não passarmos fundamentalmente à conceitualização de elementos basilares do tema, como sanção penal e pena.

Segundo Masson (2021, p.459):

Sanção penal é a resposta estatal, no exercício do ius puniendi e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança. As penas reclamam a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade. Já as medidas de segurança têm como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar de punição, de especial tratamento curativo. Destarte, o Direito Penal é um sistema de dupla via, pois admite as penas (1ª via) e as medidas de segurança (2ª via) como respostas estatais aos violadores das suas regras.

Visto que, segundo o renomado doutrinador, pena é uma das espécies de sanção penal, conjuntamente com as medidas de segurança, veremos a seguir o conceito da primeira, ignorando a segunda no presente trabalho tendo em vista a delimitação de interesse temático.

De acordo com Masson (2021, p. 460):

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. O bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitações varia: liberdade (pena privativa de liberdade), patrimônio (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores), vida (pena de morte, na excepcional hipótese prevista no art. 5º, XLVII, alínea 'a', da Constituição Federal) ou outro direito qualquer, em conformidade com a legislação em vigor (penas alternativas).

Por motivos que ensejam o maior aproveitamento do presente trabalho, iremos nos ater somente a pena, ignorando a qualidade e identificação do agente e, conseqüentemente, deixando de abordar temas como culpabilidade, imputabilidade e periculosidade.

Posto isso, passaremos a nos debruçar sobre questões como o surgimento do *ius puniendi*, o breve relato da historiografia da pena, suas teorias e finalidades, a sua função social, seus fundamentos e princípios bem como as espécies de pena e sua aplicação na letra da lei e na prática, chegando assim a uma análise qualitativa de sua efetividade e viabilidade dentro dos parâmetros estabelecidos.

2.1. A SUBMISSÃO GERAL AO IUS PUNIENDI

Ao longo dos séculos, inúmeros filósofos buscaram a motivação para que homens e mulheres despojassem de sua liberdade natural de tal forma que colocam à mercê do Estado direitos tão fundamentais quanto sua liberdade, direitos políticos, propriedade e integridade física, como nos casos das penas que lhes foram infligidas ao longo de toda a história da sociedade.

Depois de anos de estudos a teoria majoritariamente aceita para explicar este fenômeno é a contratualista, figurando como protagonistas grandes nomes como Jean-Jacques Rousseau em 'Do contrato social', Thomas Hobbes em 'Leviatã' e John Locke em 'Segundo tratado sobre o Governo civil'.

A referida teoria defende que todos os homens são livres, iguais e independentes por natureza, não sendo possível que terceiros os retire de tal estado e os submeta ao poder político de outrem sem o seu próprio consentimento.

Portanto, a única maneira pela qual alguém despojaria de sua liberdade natural e se colocaria dentro das limitações da sociedade civil seria através do acordo de livre vontade entre iguais que decidiriam se associar e se unirem em uma comunidade a fim de conseguirem para si próprios uma vida confortável, segura e pacífica, o que explicaria a motivação por trás de substancial renúncia.

Ocorre que ao aderir este chamado "contrato inicial" cada homem, individualmente, se submete à vontade do corpo único que se forma desta adesão, ou seja, da maioria. Do contrário, ao não aderir este contrato, ele permanece livre e regido por seu estado de

natureza, de forma que as determinações dos contratantes não significariam nada para ele, não o influenciando.

No entanto, uma vez feita a adesão inicial este homem se vincula a todos os demais decretos estipulados por este corpo uno. Afinal, não havendo qualquer vinculação que impeça que os contratantes se autodeterminem ao seu bel prazer, se tornando ingressos e egressos como bem entendem, o poderoso Leviatã se tornaria tão efêmero quanto as criaturas mais frágeis.

Abordado substancialmente o referencial teórico da criação, motivação e submissão geral ao Estado e, conseqüentemente, ao seu *ius puniendi*, que é o que lhe confere autonomia e poder suficientes de gerar aos seus contratantes a segurança que desejam, passemos a como esta constatação interfere no presente trabalho.

Como visto teoricamente, bem como empiricamente na narrativa de vida de todos os homens que não puderam se evadir das penas que lhes foram impostas, uma vez feita a adesão contratual, não há como simplesmente rescindi-la.

No entanto, vejamos, não parece razoável que esse preceito de manutenção contratual se aplique apenas aos contratantes unitários, deixando de abranger o grande Leviatã. Não sendo aceitável sob qualquer ótica contratual que apenas uma das partes se vincule indiscriminadamente apesar da parte contrária entender-se desobrigada de seu dever, bem como desvinculada do próprio contrato, assim contrariando o próprio conceito do contrato enquanto livre acordo de vontades.

Assim, livres ou penalizados, cada homem é beneficiário do dever de guarda e proteção do Estado, sendo os apenados tão contraentes e “bons pagadores” de sua parcela contratual quanto qualquer outro cidadão, de forma que o Leviatã permanece obrigado ao seu dever de guarda e proteção deste.

2.2. UM BREVE RELATO DA HISTORIOGRAFIA DA PENA

Apesar da historiografia da pena não se estender em muitos detalhes ou numerosas mudanças, fica muito clara toda sua evolução, a qual Masson (1976 apud ANÍBAL, 2021, p. 459) nos sintetiza com maestria, vejamos:

Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela vai se disciplinando com o progresso das relações humanas, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.

Passado este panorama geral, o surgimento da pena remonta ao início do relacionamento entre os seres humanos, desde os primitivos grupos e sociedades tribais. No entanto, suas punições objetivavam não apenas reestabelecer a ordem, mas também aplacar o que algumas destas tribos compreendiam ser a ira dos deuses.

A chamada vingança de sangue, constitui a espécie mais antiga de pena, apesar disto, muitas das comunidades se viram obrigadas a deixá-la pois esta trazia danos irreversíveis como o enfraquecimento daquela comunidade dada a perda considerável de seus componentes, o que os levava a um risco inevitável de extinção do próprio grupo.

Ante todo esse cenário surge a necessidade de adoção de uma pena menos danosa, momento no qual adotou-se a pena de expulsão do ofensor do grupo ao qual pertencia, de forma a contingenciar a morte de inocentes nas infundáveis guerras entre grupos em nome da vingança.

Tão logo surgem as primeiras legislações escritas, surge também uma nova modalidade de pena, o talião, que consistia na resposta na mesma medida do dano provocado. O famigerado “olho por olho, dente por dente”. O talião foi tão amplamente empreendido que esteve presente em leis como Sumérios, o Código de Hamurabi, na Lei de Moisés, na Lei das XII Tábuas, bem como nas teorias de Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

Apesar de ser apontada por grande parte da doutrina como uma evolução da pena, dada a sua proporcionalidade, a pena de talião também é amplamente reconhecida pela doutrina por sua ofensa ao princípio da humanidade das penas. Havendo ainda quem negasse inclusive sua proporcionalidade sob o pretexto de que nenhuma dor ou suplício físico é igual ao outro.

Após o talião, surge a composição, pena que se constituía no pagamento, em dinheiro ou outros bens, à vítima ou seus familiares, surgindo como forma de aplacar as reações corporais amplamente adotadas na sociedade antiga como punição dos delitos. Ganhando destaque a determinação ateniense de que um culpado poderia ser absolvido caso sua eliminação acarretasse danos aos seus dependentes.

Apesar disso, no período medieval, com forte incidência em toda a Península Ibérica e com as relevantes contribuições do direito romano, canônico, alemão e comum, a tortura e demais penas cruéis continuaram a ser amplamente aplicadas, sendo consideradas inclusive como uma das características dos regimes absolutistas. Sendo de conhecimento público a finalidade de vingança social e a intimidação na execução cruel e publicitária das punições corporais.

Por fim, no século XVII inicia-se o processo de consolidação da pena privativa de liberdade, processo que só foi concluído já no século XIX. Apesar dos modelos de prisão celular em 1677, cárcere Murate em Florença, e estabelecimentos prisionais em Amsterdã entre 1595 e 1597, entende-se que o surgimento de fato das penas privativas de liberdade se iniciou somente em 1681, na colônia da Pensilvânia, fundada por Guilherme Penn em cumprimento a ordem do rei Carlos II. Já a concretização, entende-se que só ocorreu em 1818 com a Western Pennsylvania Penitentiary.

No final do século XVIII, a pena privativa de liberdade foi vista pelos humanistas clássicos como uma forma de humanizar o Direito Penal ante os suplícios corporais do regime anterior. No entanto, em meio a todo o contexto iluminista, alguns autores denunciaram uma conotação meramente utilitarista desta nova pena que surgia, desromantizando a suposta humanização da pena.

Posteriormente, novas penas passaram a ser implementadas, as quais veremos em momento oportuno. Por ora, nos cabe ressaltar que nenhuma dessas fora capaz de colocar em desuso a estimada pena privativa de liberdade.

Tratemos das numerosas ideias sistematizadoras que floresceram neste contexto acerca das teorias e finalidades das penas.

2.3. TEORIAS DA PENA: UMA BUSCA PELO PORQUÊ

Em meados do século XIX, com o advento da prisão, surgiu uma preocupação geral em sistematizar as funções da pena, as quais se entremeavam nas funções de prevenção e retribuição, visando legitimar o poder punitivo e a função geral de defesa social. Surgindo assim as teorias absolutas, relativas, unificadoras e agnósticas da pena. Passemos a pormenorizar cada uma delas.

2.3.1. Teorias absolutas: apenas uma retribuição

Segundo conceitua Masson (2021, p. 462):

A pena desponta como retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (punitur quia peccatum).

É chamada de absoluta porque esgota-se em si mesma, ou seja, a pena independe de qualquer finalidade prática, não se vincula a nenhum fim, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal. Em outras palavras, a pena funciona meramente como um castigo, assumindo nítido caráter expiatório.

Conforme verificado em seu próprio conceito, as teorias absolutas da pena guardam estreito paralelo com o talião, sendo que o seu fundamento ideológico encontra amparo na ideia do Estado Liberal que, guardião da justiça terrena, deveria garantir a proteção dos direitos individuais.

Defendida por grandes nomes como Ramírez, Carrara, Binding e Mezger, seus defensores procuravam afastar a feição de vingança do que eles chamavam de retribuição afirmando que o mal que o sujeito faz não se compara à resposta do Estado, o qual constituiria o mero exercício do Direito.

Defensores da referida teoria ainda suscitavam argumentos como a maior proteção contra os abusos de poder por parte do Estado, uma vez que a referida teoria excluiria, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando este possa ser considerado intrinsecamente mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito.

2.3.2. Teorias relativas: os diversos meios de prevenção gerais e especiais

Segundo as teorias relativas, a função da pena é prevenir, não mais punir. Podendo esta prevenção ser endereçada à comunidade no geral, ou apenas ao infrator em questão. Desta forma, subdivide-se a teoria relativa na prevenção geral e prevenção especial, havendo

ainda dentro de cada uma delas uma subclassificação em positiva e negativa. Vejamos sua conceitualização conforme nos versa Masson (2021, p. 463):

Para esta variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (punitur ne peccetur). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Adota-se uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. Destarte, a pena não está destinada à realização da justiça, sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis.

A prevenção de novas infrações penais atende a um aspecto dúplice: geral e especial.

A prevenção geral é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la. Pode ser negativa ou positiva.

[...]

Mas não para por aí. A pena ainda é dotada de prevenção especial, direcionada exclusivamente à pessoa do condenado. Subdivide-se também a prevenção especial em negativa e positiva.

Vista a conceitualização geral de cada uma, passemos a esmiuçar cada uma de suas subdivisões.

2.3.2.1. Prevenção geral negativa

Idealizada por J. P. Anselm Feuerbach, que se apoiava em sua própria teoria da coação psicológica, a teoria da prevenção geral negativa tem a função de impelir os cidadãos ao não cometimento de ilícitos penais motivados pelo exemplo da sanção penal aplicada aos condenados anteriores

Destarte, busca-se criar um contraestímulo em potenciais criminosos, suficientemente forte para afastá-los da concretização de seus intentos, utilizando-se do condenado como instrumento, na medida em que a justiça serve-se dele como exemplo para a coação dos demais com a ameaça de uma pena grave, implacável e inevitável.

No entanto, são inúmeras as críticas tecidas à esta teoria, desde crimes de motivação fanática ou passional, onde não há essa racionalização de causas e consequências, até o elevado número de criminosos considerados costumazes. Destarte, afirma-se que as únicas experiências do efeito dissuasivo do poder punitivo e empiricamente verificáveis até hoje foram nos estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas.

2.3.2.2. Prevenção geral positiva

De forma quase que complementar à teoria de prevenção geral negativa, a teoria de prevenção geral positiva trata de demonstrar e reafirmar a existência, a validade, a eficácia e a eficiência da legislação penal vigente. Conforme nos versa Masson, “Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico” (MASSON, 2021, p. 464).

Inobstante as teorias da pena possam parecer abstrata ou “filosófica” demais, não há como dissociá-la do nosso cotidiano enquanto operadores do direito, e até mesmo cidadãos.

Nos últimos anos tivemos como tema de extrema relevância, e igual medida de discordância, a possibilidade de prisão em segunda instância sob o exato pretexto da lei penal brasileira não ser eficaz e eficiente o bastante para inibir a conduta delituosa generalizada que a política atual vivencia.

2.3.2.3. Prevenção especial negativa

Passado agora o foco ao condenado especificamente, a teoria da prevenção especial negativa se explica, segundo Masson, de forma que “Para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, evitar a reincidência (MASSON, 2021, p. 464).

A despeito dessa tentativa, a prevenção especial negativa tem falhado em vultoso número de casos de condenações, não sendo raros os casos de reincidência delituosa, inclusive dentro dos próprios estabelecimentos de cumprimento da pena.

Conforme bem pontua Allan de Abreu logo no prefácio da relevante obra de Eduardo Matos (2019, p. 11):

*Com propriedade, o autor trata, de pronto, de desmistificar a ideia de que as prisões brasileiras são ambientes coesos e racionalizados, ao estilo daqueles descritos por Michel Foucault no clássico Vigiar e punir. Por aqui, a articulação é bem mais frouxa e precária, o que é uma das causas da baixa eficiência das prisões em punir e educar. Mas isso não significa um ambiente completamente caótico – há ordem na bagunça.
[...]*

Na contramão da ideia panóptica de Foucault – a de um poder estatal plenamente vigilante -, o sistema penal tupiniquim, frágil, desestruturado e corrupto, delega funções de comando e controle aos próprios detentos.

[...]

“A soberania do Estado na cadeia”, escreve o autor, “é sempre negociada de alguma forma” em um sistema de recompensas e punições.

[...]

A debilidade do poder estatal, entretanto, não significa que ele tenha perdido o controle dos presídios. Para o autor, gerir um estabelecimento penal implica sempre certa flexibilização, em uma complexa política com grupos criminosos organizados. Levar a lei ao pé da letra e recorrer constantemente à força, em um contexto de debilidade estrutural crônica das cadeias no Brasil, seria contraproducente e arriscado: a panela de pressão fatalmente explodiria.

Pois, veja, se este é o cenário de execução penal brasileiro, em muito se difere, se não se contrapõe, da descrição e intenções idealizadas sobre a pena privativa de liberdade por Foucault em *Vigiar e punir* (2013, p. 328-329):

O primeiro princípio é o isolamento. Isolamento do condenado relativamente ao mundo exterior, a tudo aquilo que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento recíproco dos reclusos. A pena não só deve ser individual, mas também ser individualizante.

[...]

Em suma, a prisão não deve formar, a partir dos malfeitores que reúne, uma população homogênea e solidária: existe atualmente entre nós uma sociedade organizada de criminosos (...). Formam uma pequena nação dentro da grande.

[...]

O modelo de Auburn prescreve a cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum, mas sob a regra do silêncio absoluto, em que os reclusos só podem falar com os guardas com a autorização destes e em voz baixa. Referência clara ao modelo monástico; referência também à disciplina da oficina. A prisão deve ser um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos são isolados na sua existência moral, mas onde a reunião deles se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relação lateral, em que a comunicação só se pode fazer no sentido da vertical.

2.3.2.4. Prevenção especial positiva

Finalmente, chegada a teoria da prevenção especial positiva, coloca-se o foco da pena na ressocialização do condenado, segundo Masson “A pena só é legítima quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso” (2007 apud HASSEMER, 2021, p. 464).

Pois veja, mais uma vez, apesar da nobreza dos intentos, temos um enorme descomedimento com a realidade do cárcere brasileiro descrito por Eduardo Matos de

Alencar. Sendo a educação e profissionalização brasileira convencional tão precária, não há nada que nos leve a sequer imaginar que a ressocialização e reinclusão profissional penal seria de maior qualidade ou efetividade. E a realidade não se apresenta de forma diferente.

Já provado anteriormente que o isolamento moral e a disciplina idealizados por Foucault não se aplicam atualmente na realidade carcerária brasileira, faz-se interessante destacar que ainda que fossem possíveis o silêncio e o controle sepulcral defendido pelo autor, o Estado brasileiro não dispõe dos recursos ou cultura necessários para que emergjam de dentro das prisões brasileiras novas personalidades cotejadas com a do jovem jurista da obra *A aposta*, de Anton Pavlotich Tchekhov.

O referido conto russo trata da aposta entre um jovem jurista e um banqueiro que surge do desejo de ambos testarem a amoralidade e suportabilidade de penas como a prisão e a pena de morte. Ocorre que então ambos acordam a aposta final nos seguintes termos (TCHEKHOV et al., 2017, p. 611):

Decidiu-se que o jurista cumpriria sua detenção sob a mais severa vigilância, em uma das edículas que haviam sido construídas no jardim do banqueiro. Estabeleceu-se que no decorrer dos quinze anos ele seria desprovido do direito de ir além da soleira da edícula, ver pessoas vivas, ouvir vozes humanas e receber jornais e cartas. Ser-lhe-ia permitido possuir um instrumento musical, ler livros, escrever cartas, beber vinho e fumar tabaco. Com o mundo exterior, pelo que fora acordado, ele não poderia se relacionar de outro modo que não em silêncio, através de uma pequena janela arranjada propositadamente para esse fim. Tudo o que viesse a ser necessário, livros, partituras, vinho e coisas afins, ele poderia receber por meio de bilhetes e na quantidade que quisesse, mas apenas pela janela. O acordo previa todos os detalhes e pormenores que tornariam sua detenção estritamente isolada, e obrigava o jurista a cumprir exatos quinze anos, das 12 hs de 14 de novembro de 1885. A menor tentativa da parte do jurista em quebrar o acordo, mesmo que a dois minutos do fim do prazo, desobrigaria o banqueiro de lhe pagar os dois milhões.

Pois veja, ainda que ignoradas todas as condições climáticas que, segundo Hobbes, diferenciam e influenciam os homens das mais diferentes partes do mundo, há que se considerar que todas as circunstâncias do encarceramento, bem como a voluntariedade do jovem jurista há, sim, de influir no espírito do condenado, bem como na sua evolução.

Destarte, afirmo com considerável convicção, não haveria um único gestor do Estado brasileiro disposto ao fornecimento de grandes obras literárias nos presídios quando os

acervos bibliográficos escolares são escassos, tão pouco um único instrumento, quando não há na grade comum escolar brasileira qualquer menção à arte musical para além da teoria que entedia nossas crianças.

Não haveria qualquer investimento além dos aquém do necessário atualmente empregados para manter os que estão sob a tutela do Estado vivos, aos quais são negados direitos básicos, como a saúde e dignidade, sendo-lhes negado vacinas em tempos de pandemia global. E o distanciamento social não existe. Só o que há é a superlotação e a reinfeção.

Mas o que permite ao Estado negar o cumprimento do seu dever contratual de cuidado, proteção e segurança aos que estão pagando, a duras penas, sua parte do grande contrato social que lhes negligencia dia após dia, muitas vezes custando-lhes a vida?

2.3.3. Teoria mista ou unificadora: retribuir e prevenir

Sendo a teoria unificadora a adotada pelo Direito penal brasileiro, conforme evidenciado pelo artigo 59, *caput*, do Código Penal, que dispõe que “a pena será estabelecida pelo juiz conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, vejamos sua conceitualização segundo Masson (2021, p. 465):

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.

Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríptico aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Em vista da conceitualização da presente teoria, bem como de todos os comentários anteriormente feitos a cada uma das teorias que fazem parte integrante da teoria unificadora, deixemos de fazer maiores comentários aqui sob o pretexto de não tornar o presente trabalho repetitivo ou exaustivo.

2.3.4. Teoria agnóstica: tirando de vista

Conforme conceitua Eugenio Zaffaroni, segundo nos mostra Masson (2002 apud ZAFFARONI, 2021, p. 466):

A teoria agnóstica, também chamada de teoria negativa, coloca em destaque a descrença nas finalidades da pena e no poder punitivo do Estado, notadamente na ressocialização (prevenção especial positiva), a qual jamais pode ser efetivamente alcançada em nosso sistema penal. Essa teoria, portanto, sustenta que a única função efetivamente desempenhada pela pena seria a neutralização do condenado, especialmente quando a prisão acarreta seu afastamento da sociedade.

Não obstante as demais teorias tenham apresentado diversos pontos de ruptura, críticos da teoria agnóstica defendem que nenhuma outra solução viável fora dada em alternativa à pena privativa de liberdade e que a não punição, através do que os doutrinadores chamam de 3ª via do direito e que conceituaremos logo a frente, seria o suficiente para que um caos se instalasse na sociedade.

Destarte, independentemente de cada uma das teorias, os contraentes do contrato social, encarcerados ou não, desejam ter as promessas que receberam do Estado cumpridas. Desse modo, surge a chamada função social da pena. Passemos a ela.

2.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

Segundo inúmeros doutrinadores a pena tem um sentido muito mais amplo do que suas meras finalidades de retribuição ou prevenção. Para estes, o Direito penal e, conseqüentemente, a pena possuem a função social de pacificação. Vejamos o que doutrinadores renomados, como Masson, nos dizem sobre o assunto (2000 apud MARQUES, 2021, p. 466-467):

Fala-se atualmente em função social da pena, e, conseqüentemente, em função social do Direito Penal, direcionada eficazmente à sociedade a qual se destina, pois no tocante a ela a pena tem as tarefas de protegê-la e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal.

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

Em sua aplicação prática, a pena necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor.

Pois veja, não raros são os casos em que o condenado volta a transgredir dentro do próprio estabelecimento prisional, seja a mando de terceiros criminosos que são colocados pelo próprio Estado em funções de comando conforme pode-se notar no processo 1502061-46.8.26.0047, seja pelo sentimento de revolta contra o sistema prisional que os deixa em situação de vivência inaceitáveis sob o aspecto dos Direitos Humanos ou da ressocialização conforme foi visto nas rebeliões em cadeia que se deram no ano de 2017, seja pela revolta entre eles próprios que tem a convivência quase que impossibilitada pelo Estado ao colocar mais de 30 homens condenados por diferentes delitos em uma única cela de apenas 3 metros quadrados, e estes dados podemos constatar no desenrolar de dois júris julgados no ano de 2021 aqui na comarca de Assis, processos 1501836-89.2020.8.26.0047 e 1502641-76.2019.8.26.0047.

A pena privativa de liberdade, a largos passos, tem passado bem longe da função social da pena, seja por seu local de cumprimento “animalizar” nossos detentos e reclusos, seja por os colocarem em uma situação de revolta ao serem colocados não como parte integrante da sociedade, mas inimigos desta, inimiga que só não põe fim às suas vidas por mera burocracia que, nada sutilmente, é ignorada todos os dias pelo sistema prisional brasileiro.

Não há a ressocialização dos condenados para uma sociedade melhor pois, antes disso, os que ainda não se tornaram tão perigosos ao ponto de dificilmente se recuperarem precisam antes se preocuparem em se socializar em uma “sociedade de criminosos” a fim de se manterem vivos dentro do sistema prisional, recebendo proteção à vida, que não receberam do Estado que os deve, de facções criminosas.

2.5. OS FUNDAMENTOS DA PENA

Passada a argumentação que justifica a existência da pena, iremos nos colocar ao estudo dos fundamentos da pena. Mas, veja, estes não se confundem com as funções da pena vez que tratam dos objetivos da pena e não da legitimação da existência dela.

Os fundamentos da pena se subdividem em seis, quais sejam retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação e dissuasão. Vejamos uma a uma:

2.5.1. Retribuição

Relacionado com o princípio da proporcionalidade, o fundamento da retribuição confere ao condenado o direito e o dever de uma pena correspondente e proporcional à infração que cometeu, de forma que o mal que ele previamente impôs à sociedade é o que a pena deve lhe impor de forma equivalente.

Inobstante, nem sempre o que acontece na prática é isto, o que ocorre nas prisões brasileiras não é apenas a privação de liberdade proporcionalmente imposta pelo juiz. Dentro da prisão, mais uma vez o condenado terá sua vida posta em julgamento, desta vez não por um magistrado vinculado à Lei formal.

Acontece que a proporcionalidade criminosa quase nunca é racional, não raros ouvimos por alto e em tom de escárnio qual a punição para infratores dos crimes sexuais nas prisões, um mal em exata medida. O correto? Ainda que você imagine que sim, não foi o que o Estado lhe impôs.

Ademais, essa ideia de proporcionalidade, ainda que por vias obscuras, se esvai assim que um homem que apenas roubou mediante alguma lesão corporal leve é executado dentro da prisão por outro detento pelo simples fato de não ter pago o que devia, dívida provinda dos favores e comercialização de drogas e cigarros, ilegais, dentro dos estabelecimentos prisionais.

2.5.2. Reparação

Estreitamente relacionado com a ciência da vitimologia, o fundamento da reparação visa conferir à vítima do delito alguma forma de compensação, seja através de sua assistência e de seus familiares, seja com a reparação do dano causado.

Apesar de reconhecida a importância da vitimologia, o fundamento da reparação não é muito usual no Brasil, exceto nos casos de réus mais abastados – exemplo que veremos a seguir -, já que diferentemente dos crimes de ordem tributária, nos crimes comuns a restituição integral não gera a extinção da punibilidade, sendo apenas uma causa de diminuição da pena.

Convenhamos, para a população mais pobre, que é a maioria na qualidade de agentes de crimes patrimoniais, a troca não parece muito interessante, se não inviável. No entanto,

como havíamos dito, há exceções, e exceções que sequer se relacionam com crimes patrimoniais.

Recentemente o caso de estupro da jovem Mariana Ferrer, amplamente divulgado pela própria vítima, em que figurava como agente do delito um homem muito conhecido e abastado, teve desfecho bastante curioso: a absolvição do autor com base no argumento de que ele não tinha como saber que a vítima não podia se autodeterminar naquele momento, mas que, ainda que com a absolvição pela atipicidade penal, o réu teria que custear todo o tratamento psicológico da vítima, sua mãe e sua irmã.

2.5.3. Denúncia

Segundo Masson, denúncia “é a reprovação social à prática do crime ou da contravenção penal. A necessidade de aplicação da pena justifica-se para exercer a prevenção geral por meio da intimidação coletiva, e não para desfazer o desequilíbrio causado pelo crime”.

No entanto, como Allan de Abreu versa em seu prefácio de ‘De quem é o comando?: O desafio de governar uma prisão no Brasil’, as prisões brasileiras não geral a prevenção geral por meio da intimidação coletiva, ao contrário, elas escondem o que ninguém quer ver. Vejamos o que Allan nos descreve no prefácio da obra de Eduardo Matos de Alencar (2019, p. 10):

*Mas quem se importa com um criminoso na cadeia? Quem se abala com o drama de um bando de desviados? Está lá, em “Diário de um detento”, canção de Mano Brown: “Cadeia? Claro que o sistema não quis./ Esconde o que a novela não diz.”
[...]
Nós nos horrorizamos, ouvimos atentos os chavões de sempre dos comentaristas na TV, mas em pouco tempo aquelas cenas brutais se esvaem da memória coletiva – afinal, não somos nós, são detentos. Ignoramos os laços que unem quem está na cadeia com seus acólitos do lado de fora.*

O fundamento da denúncia da pena não funciona no Brasil, isso porque é cultural o famoso “jeitinho brasileiro”, ninguém se vê como passível de ser condenado e se torna inerente ao imaginário brasileiro que um crime é “menos crime” do que outro. Enquanto assiste o noticiário em seu canal fechado, sinal obtido ilegalmente, homens e mulheres bradam pela redução da maioria penal de um adolescente que furtou uma moto mas foi pego.

2.5.4. Incapacitação

Sendo o fundamento mais próximo da realidade brasileira, mas também o mais vulgar, o fundamento da incapacitação busca privar o condenado de seu direito à liberdade retirando-o do convívio social, para a proteção das chamadas “pessoas do bem”. E, para Garofalo e Masson, temos (1893 apud GAROFALO, 2021, p. 468):

A pena é um mal necessário à reparação do dano provocado pela conduta criminosa. E, embora na aparência o fim da pena seja a vingança social ou o desejo de fazer sofrer ao culpado um mal análogo ao que ele produziu, na realidade o que se deseja é isto: em primeiro lugar, excluir do meio coletivo os delinquentes inassimiláveis, depois constranger o autor de um mal a repará-lo, tanto quanto possível.

Nada obstante seja compreensivo este fundamento da pena, e até mesmo previsto como estamos vendo, há que se ver que este, quando o único, chega a ser ilegal. No Brasil são vedadas as penas de morte e de caráter perpétuo, que é o que acontece, de forma inevitável e velada, quando só se tira do convívio coletivo, sem se preocupar em recuperar, um criminoso.

2.5.5. Reabilitação

Segundo o fundamento da reabilitação, deve-se recuperar penalmente o condenado, restaurando-o de forma que ao final do cumprimento de sua pena este tenha se tornado útil à sociedade. Apesar de ideal e o mais nobre dos fundamentos da pena, este também tem sido um dos mais difíceis de se alcançar.

2.5.6. Dissuasão

No fundamento da dissuasão busca-se convencer as pessoas em geral, e o condenado, de que o crime é uma tarefa desvantajosa e inadequada.

No entanto, conforme dito, antes de se tornar um condenado as pessoas não pensam muito sobre as prisões para além dos chavões que ouvem em tons de brincadeira e escárnio, jamais imaginando seu nome no rol dos culpados. E uma vez condenado, já não é uma

opção colocar-se como água e óleo no mundo do crime, sendo esta uma questão de sobrevivência atual e urgente.

Ademais, há que se pontuar que ao desenvolver, já há quase 4 anos, projetos juntos ao Programa Escola da Família, que se instala nas escolas periféricas de todo o estado de São Paulo em atendimento à comunidade mais carente aos finais de semana, pude constatar que dentre os que se envolvem com o crime não há qualquer ideia negativa com relação aos ilícitos penais, ao contrário, para eles quanto mais contra o que eles reconhecem como “sistema”, mais forte você é considerado.

Desta forma, os que se comportam nos moldes do que o Direito Penal espera são considerados os mais fracos e vulneráveis, de forma que isso chega a se tornar característica vergonhosa dentre eles. Por conseguinte, há de se concluir que dentro dos estabelecimentos prisionais, quanto mais culpado ou perigoso se é, também mais forte e respeitável se torna, se não pela admiração, pelo medo. De tal forma que este não me parece qualquer desestímulo ao caminho do crime.

Em contraponto, podemos citar a medida alternativa de prestação de serviços à comunidade, a qual, apesar de menos agressiva ao apenado, surte maior efeito de constrangimento ao mesmo, que, ao se ver rodeado de pessoas de qualidade moral por ora superior à sua, tem, em algum grau, estímulos de melhoria.

2.6. IDEOLOGIAS: UM CAMINHO SEM SOLUÇÕES

Portanto, aqui chegamos ao estreitamento exato da nossa problematização. Apresento-lhes as penas alternativas, que surgiram alternativamente às penas privativas de liberdade, o que vislumbro como, talvez não a possibilidade de uma solução ideal, mas uma melhoria suficientemente adequada até que uma solução viável se apresente. É o que passaremos a analisar no presente trabalho.

Destarte, passemos a análise da viabilidade e efetividade delas na prática jurídica. As penas alternativas poderão um dia substituir completamente a pena privativa de liberdade, extinguindo-a? Ou ao menos reduzir consideravelmente a superlotação do nosso sistema prisional e, conseqüentemente, melhorá-lo?

Nossos presídios um dia deixarão de ser a imagem horrenda pintada por Foucault, uma sociedade organizada de criminosos que formam uma pequena nação dentro da grande, que somente tiramos de nossas vistas?

2.7. SURGE UMA POSSIBILIDADE: AS PENAS ALTERNATIVAS

Com a falência da pena de prisão em voga e a recorrente denúncia por parte de estudiosos da criminologia acerca de que a privação da liberdade, em vez de combater a delinquência, a estimula. Quando surgem as penas restritivas de direitos, também conhecidas como penas alternativas, elas surgem justamente com essa proposta: ser uma alternativa à desnecessária e danosa imposição de pena privativa de liberdade.

Não obstante, se tratava de uma tentativa e não se sabia ao certo que efeito que ela teria no cenário criminal brasileiro. Por conseguinte, estabeleceram-se critérios rigorosos a cerca de quais situações expressamente indicadas em lei seriam mantidas as penas privativas de liberdade e sob quais circunstâncias as penas alternativas seriam permitidas a indivíduos dotados de condições pessoais favoráveis e envolvidos apenas na prática de infrações penais de reduzida gravidade.

Neste sentido, em defesa das penas alternativas e reconhecendo o caráter danoso das penas privativas de liberdade temos inúmeras declarações do Supremo Tribunal Federal (STF), vejamos algumas delas:

No *Habeas Corpus* 123.108/MG em que atuava o Ministro relator Roberto Barroso em 03 de agosto de 2015, temos a seguinte manifestação do i. representante do STF, “A pena privativa de liberdade deveria se restringir às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista seu custo elevado, as consequências deletérias para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação”.

Já no *Habeas Corpus* 110.078/SC em que figurava como Ministro relator Ayres Britto em 29 de novembro de 2011, temos a seguinte fala do i. representante do STF:

As penas restritivas de direito são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E

o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para este geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

Tendo reconhecida relevância segundo a mais alta jurisdição do sistema jurídico brasileiro, passemos ao estudo mais detalhado das penas restritivas de direitos.

2.7.1. Seus princípios instituidores

Apesar de todo o Direito Penal ser sistematizado e passar pelo crivo de um conjunto de princípios, sejam eles constitucionais ou infraconstitucional, na presente seção iremos comentar alguns princípios que podem ser considerados os que deram causa às penas alternativas, quais sejam eles os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal, da proporcionalidade, da humanidade e da exclusiva proteção do bem jurídico. Vejamos:

2.7.1.1. Princípio da intervenção mínima

Em circunspeção ao Direito penal mínimo, surge o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, sendo seus principais destinatários o legislador e o intérprete do Direito, que institui que só é legítima a intervenção penal se a criminalização de um fato constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse jurídico, não podendo ainda ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

A referida medida se fez necessária porque o princípio da reserva legal não bastava para salvaguardar o direito individual, vez que, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, o Estado poderia criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana.

Destarte, em resposta a essa lacuna, instituiu-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que em seu artigo 8º deliberava que a lei só deveria prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Argumentos doutrinários também abordavam a referida medida, como Claus Roxin, segundo nos evidencia Masson, que enfatizava que “é

evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela” (2004 apud ROXIN, 2021, p. 45).

Neste mesmo sentido temos a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em seu *Habeas Corpus* 50.863/PE, em que atuava como Ministro relator Hélio Quaglia Barbosa em 04 de abril de 2006: “A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade”.

2.7.1.2. Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal

De forma muito sucinta podemos definir o princípio da fragmentariedade ou do caráter fragmentário do Direito Penal com a seguinte afirmativa: nem tudo que é ilícito perante o direito é um ilícito penal. Mas tudo o que é um ilícito penal também é ilícito perante os demais ramos do Direito.

Segundo Masson, o princípio da fragmentariedade do Direito Penal (2021, p. 46):

Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. Em resumo, todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito, mas a recíproca não é verdadeira.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que, sob o crivo do princípio da fragmentariedade, o Direito Penal trata-se apenas de *Ultima Ratio* de proteção de bem jurídico. Destarte, a criação de um tipo penal só se justifica nos casos em que os demais ramos do Direito tiverem falhado e se mostrado insuficientes na proteção de um bem jurídico.

Neste cenário, cumpre ressaltar que ramos como a vitimologia e a criminologia fazem tão parte do Direito quanto os demais ramos tidos como “tradicionais”. Ressalta-se ainda a existência e possibilidade da fragmentariedade às avessas nas situações em que um comportamento inicialmente tipificado pelo Direito Penal deixa de ser de ordem de seu interesse, isso sem prejuízo de sua tutela pelos demais ramos do Direito. Em exemplificação a referida situação observa-se a descriminalização do adultério em 2005.

2.7.1.3. Princípio da subsidiariedade

Guardando estreito relacionamento com o princípio da fragmentariedade, o princípio da subsidiariedade muitas vezes se confunde com o primeiro. Aqui, portanto, me cumpre alertar que enquanto o princípio da fragmentariedade versa sobre a não penalização de tudo, o princípio da subsidiariedade versa sobre quando a penalização se fará necessária.

Nas palavras do respeitável Cleber Masson, o princípio da subsidiariedade conceitua-se como (2021, p. 47):

Em outras palavras, o Direito Penal funciona como um executor de reserva, entrando em cena somente quando os outros meios estatais de proteção mais brandos, e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. Caso não seja necessário dele lançar mão, ficará de prontidão, aguardando ser chamado pelo operador do Direito para, aí sim, enfrentar uma conduta que coloca em risco a estrutura da sociedade.

[...]

Este princípio, ao contrário do postulado da fragmentariedade, se projeta no plano concreto, isto é, em sua atuação prática o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação, portanto, com a tarefa de aplicação da lei penal. Em outras palavras, o crime já existe, mas, no plano da realidade, o tipo penal não pode ser utilizado, pois, nesta hipótese, não há legitimidade na atuação do Direito Penal.

Isso posto, temos claro que enquanto o princípio da fragmentariedade trata do plano abstrato, retirando o Direito Penal de todas as relações sociais, o princípio da subsidiariedade atua no plano prático dizendo em quais relações sociais o Direito Penal se fará necessário.

2.7.1.4. Princípio da proporcionalidade

Apesar de muitas vezes o princípio da proporcionalidade ser reduzido a sua atuação já na dosimetria da pena, este possui sentido muito mais abrangente e de suma relevância no Direito Penal. Nas palavras de Cleber Masson, “O princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral” (MASSON, 2021, p. 48).

Apesar da incidência deste princípio ser mais evidente e amplamente divulgado na dosimetria na dosimetria e execução das penas, ele vai além dessa aplicação. O princípio da proporcionalidade possui três vertentes e três destinatários diferentes, quais sejam elas:

A proporcionalidade abstrata, que se destina ao legislador, onde são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal, a proporcionalidade concreta, que se destina ao juiz natural da ação penal, onde vincula-se o magistrado à individualização adequada e suficiente da pena e a proporcionalidade executória, que se destina aos órgãos de execução penal, onde vincula-se as regras inerentes ao cumprimento da pena às condições pessoais do agente e ao mérito do apenado.

2.7.1.5. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade da pena surge em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. O referido princípio apregoa a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral do infrator.

Cabe ressaltar que o referido princípio, entre outros, foi utilizado no embasamento da decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar inconstitucional o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados. Posteriormente, o problema foi eliminado legislativamente, quando a Lei nº 11.464 de 2007 revogou o artigo que previa a referida previsão já declarada inconstitucional.

Chamo atenção ainda para o fato de que, superada a questão anterior, agora é alvo de pacificação jurisprudencial o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072 de 1990, que prevê a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados. O entendimento jurisprudencial tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça tem sido de que a referida norma é inconstitucional, tirando assim a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado.

2.7.1.6. Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico

O princípio da exclusiva proteção do bem jurídico nos traz a vinculação e estrito interesse do Direito Penal à proteção de bens jurídicos de forma que se torna vedado ao Direito Penal

a preocupação com questões de ordem meramente moral e correlatas de outrem, enquanto não exteriorizada a atividade delitiva.

Como bem pontua Masson (2021, p. 51):

O Direito Penal se destina à tutela de bens jurídicos, não podendo ser utilizado para resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Com efeito, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Assim, há de se entender que se deve, enquanto juristas, refletir no Direito Penal sob os pontos de vista jurídico e criminológico, de forma que a comoção social seja incumbida apenas à sociedade. Destarte, a despeito da utopia de um único homem desprovido de ideologias e opiniões pessoais, há que se considerar a racionalidade e o assimilar da supremacia do interesse público sobre o privado, indispensável aos juristas.

2.7.2. Suas classificações e previsão legal

Previstas no artigo 43 do Código Penal, temos que:

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.

As modalidades mais recentes de pena alternativa são a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, que foram inclusas pela Lei nº 9.714 em 1998. Apesar disso, as demais não são, nem de longe, tão antigas quanto a pena privativa de liberdade. Destaca-se ainda que esse rol é exaustivo, dessarte, é vedado ao magistrado, no caso concreto, criar espécie diversa de pena alternativa.

Ademais, vale ressaltar que o inciso III previa a pena alternativa de recolhimento domiciliar mas que, pela labiríntica verificação de seu cumprimento, foi vetada.

2.7.3. Sua natureza jurídica

Primariamente, cabe ressaltar que as penas alternativas são, efetivamente, penas, independentemente da ausência da privação da liberdade do detento, só se alterando o direito que lhe é privado.

Em momento posterior cabe ressaltar que as penas restritivas de direito seguem dois preceitos fundamentais a sua conceitualização, os quais estão previstos nos artigos 44 e 54 do Código Penal, os de sua substitutividade e autonomia. Vajamos do que se trata cada um deles segundo Masson (2021, p. 618-619):

As penas restritivas de direitos são substitutivas, porque resultam do procedimento judicial que, depois de aplicar uma pena privativa de liberdade, efetua a sua substituição por uma ou mais penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos legais. Isso ocorre em razão de os tipos penais não possuírem, no preceito secundário, a previsão direta de penas restritivas de direitos, as quais estão definidas pela Parte Geral do Código Penal. De fato, os tipos incriminadores, depois de definirem a conduta criminosa, não dizem, exemplificativamente: “Pena: prestação de serviços à comunidade, por 1 (um) ano.”

[...]

As penas restritivas de direito também são dotadas de autonomia, isto é, uma vez substituídas, não podem ser cumuladas com a pena privativa de liberdade. Em suma, o magistrado deve aplicar isoladamente uma pena privativa de liberdade para, em seguida, substituí-la por uma ou mais restritivas de direitos. É vedado, contudo, somá-las.

Destarte, fica claro que as penas de liberdade vêm em substituição à pena privativa de liberdade, e não em complemento. No entanto, podemos verificar exceções tanto acerca de sua substitutividade, quanto de sua autonomia.

Em exceção ao preceito da substitutividade temos o artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006, a Lei de Drogas, que prevê diretamente no tipo penal em questão penas restritivas de direito, quais sejam a advertência sobre o efeito das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Já em exceção ao preceito da autonomia das penas alternativas, temos diversos artigos da Lei nº 9.503 de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro, tais como os 302, 303, 306, 307 e 308 em que se prevê a aplicação conjunta de penas privativa de liberdade e restritiva de direitos. Ademais, em seu artigo 292, a referida lei prevê expressamente que “A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.

2.7.4. Da duração da pena

Conforme nos dispõe o artigo 55 do Código Penal, as penas restritivas de direitos devem ter a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. No entanto há duas regras que diferem as penas alternativas de prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária e perda de bens e valores. Vejamos quais são elas:

No que tange à pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, o artigo 46, § 4º do Código Penal, prevê que estas devem ter a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. No entanto, se a duração da pena exceder a 1 (um) ano, esta pode ser cumprida em menor tempo, desde que nunca em tempo inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Já com relação às penas alternativas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, a regra que as divergem das demais é o fato de não haver regras com relação ao seu lapso temporal uma vez que estas têm, notadamente, cunho patrimonial, e não de restrição de direitos por prazo certo.

2.7.5. Dos requisitos

Conforme supramencionado, com a instituição de modalidade punitiva nova e desconhecida, as penas alternativas foram estritamente regulamentadas segundo os termos previstos no artigo 44, incisos de I a IV do Código Penal. Com efeito, o referido artigo instituiu requisitos objetivos e subjetivos à imposição e possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso concreto.

Os requisitos objetivos dividem-se em (1) natureza do crime e (2) quantidade da pena aplicada. Ao passo que os requisitos subjetivos se subdividem em (3) não ser reincidente

em crime doloso e (4) no atendimento ao princípio da suficiência. Passemos ao estudo desses requisitos.

2.7.5.1. Da natureza do crime

O primeiro dos requisitos objetivos para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é a natureza do crime, de forma que nos crimes dolosos, para que seja possível a referida substituição, deve ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ao passo que nos crimes culposos entende-se possível a substituição ainda que deles resulte a produção de violência contra à pessoa.

Apesar de suscitar discussões doutrinárias acerca da possibilidade ou não de substituição quando a circunstância do crime for de violência imprópria nos crimes dolosos, a jurisprudência tem entendido no sentido de que a substituição não seria possível pois o entendimento é de que a violência imprópria nada mais é do que uma forma específica de violência.

Há ainda divergência no caso de substituição nos casos de infrações penais dolosas de menor potencial ofensivo quando praticadas com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Apesar da divergência doutrinária tendo em vista o emprego de violência em modalidade dolosa, o entendimento jurisprudencial tem seguido a exposição de Rogério Greco (2008, p. 533):

A primeira indagação que levanta é a seguinte: Se uma das finalidades da substituição é justamente evitar o encarceramento daquele que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou mesmo de ameaça, onde a violência e grave ameaça fazem parte desses tipos, estaria impossibilitada a substituição? Entendemos que não, pois que se as infrações penais se amoldam àquelas consideradas de menor potencial ofensivo, sendo o seu julgamento realizado até mesmo no Juizado Especial Criminal, seria um verdadeiro contrassenso impedir justamente nesses casos a substituição. Assim, se a infração penal for de competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça será possível a substituição.

Assim, em resumo, temos que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é possível em todos os crimes culposos. Já nos crimes dolosos, a substituição

só é possível se não tiver ocorrido sob a circunstância de emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, quer seja esta própria ou imprópria. Ademais, também se abre exceção à regra de não substituição nos casos de emprego de violência ou grave ameaça em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo.

No que tange ao nosso ponto de discussão, aqui cabe maior reflexão acerca de uma possível flexibilização do requisito em estudo, afinal, há que se considerar que a maior retribuição imposta pela pena privativa de liberdade vem, não do Estado, mas, dos próprios condenados, da convivência. Deveras, o fundamento da ressocialização não se alcança pelo mesmo motivo, conforme já analisado.

Posto isso, há que se questionar se critério objetivo tão inflexível ao caso concreto é realmente benéfico ao sistema punitivo brasileiro. O condenado que, em momento de violenta emoção, colocou fim à vida de outrem deve ser tratado da mesma forma e no mesmo local dos executores habituais das sentenças cruéis de execução pelo tribunal do crime?

2.7.5.2. Da quantidade da pena aplicada

Outro ponto a ser considerado como requisito para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é a quantidade da pena aplicada. Nos crimes culposos a substituição pode ocorrer independentemente da quantidade da pena aplicada, existindo, no entanto, uma hipótese prevista no Código de Trânsito Brasileiro que gera acalorada controvérsia, e da qual falaremos posteriormente.

Já nos crimes dolosos a substituição só poderá ocorrer quando a pena aplicada em concreto for igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Cabe elucidar ainda qual a forma de apuração nas hipóteses de concurso formal, concurso material e crimes continuados.

Em suma, a análise de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos só ocorrerá após transcorridas as três fases da dosimetria da pena, por conseguinte, é notório que o acréscimo legal decorrente do concurso formal ou do crime continuado já haverá sido computado, portanto será considerado no cálculo para a substituição da pena.

No que tange à hipótese de concurso material, da mesma forma que cada fase da dosimetria da pena será feita isoladamente para cada um dos tipos penais em julgamento, da mesma forma se dará a análise para substituição da pena, sendo analisada a viabilidade

de substituição crime a crime. Se, no entanto, para um dos crimes for negado o *sursis*, para os demais será incabível a substituição por pena restritiva de direitos conforme regulamenta o artigo 69, § 1º do Código Penal.

Porém, em caso de aplicação de mais de uma pena restritiva de direitos, conforme versa o artigo 69, § 2º do Código Penal, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Pois bem, falemos agora da hipótese dubitável prevista no Código de Trânsito Brasileiro a respeito dos crimes culposos. Sucede que o supracitado Códex, em seu artigo 302, § 3º prevê a pena de reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, quando o agente praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor, conduzindo-o sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Chama-se atenção no referido tipo penal, que tivera sua pena alterada em 2017, a criação de uma ocasião até então inexistente, a instituição de crime culposo punido com pena de reclusão, e em quantidade de tempo expressiva, de cinco a oito anos. No mundo jurídico era indubitável que, dentre os diversos propósitos da referida alteração, buscava-se inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Inobstante, o referido tipo penal segue qualificado como culposo, destarte, não havendo limite temporal para a substituição da pena nos crimes culposos, não há que se falar na impossibilidade da referida medida. Ao menos não com este fundamento.

No que tange ao nosso tema de discussão, em consonância com o requisito anterior, chamo a atenção para a considerável dúvida se requisito tão objetivo e que se faz frio e distante do caso concreto é suficiente para unir e impor, um ao outro, condenados de circunstâncias pessoais e periculosidades tão distintas.

Chamo a atenção ainda para a disposição do artigo 69, § 1º do Código Penal - que estabelece, na hipótese de concurso material, caso para um dos crimes tiver sido negado o *sursis*, para os demais será incabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - é, injustificadamente, prejudicial ao réu. Sobretudo quando cotejada à disposição de que versa o artigo 44, § 5º do Código Penal, prevendo a reconversão facultativa na eventualidade de sobrevir pena privativa de liberdade, de forma que, sendo possível ao condenado o cumprimento da pena substitutiva de forma concomitante à pena privativa de liberdade, torna-se dispensável sua reconversão em privativa de liberdade.

2.7.5.3. Da não reincidência

Previsto no artigo 44, inciso II do Código Penal, o requisito subjetivo da não reincidência se restringe aos crimes dolosos, não sendo vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos caso o apenado seja reincidente em crime culposo. Ademais, cabe ressaltar que ainda que o réu seja reincidente em crime doloso, não se tratando de reincidência específica, ou seja, no mesmo crime, o juiz poderá aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida se mostre socialmente aceitável e suficiente.

Neste ponto, faz-se necessário salientar a distinta disposição jurisprudencial favorável à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos já no primeiro requisito subjetivo, em que se há alguma liberdade legal de deliberação sobre o caso concreto.

Necessária é também a advertência acerca do ímpeto do Poder legislativo em atender ao clamor popular, tendo em vista o caráter eletivo de tais cargos. Todavia, demonstra qualquer prudência um pai que deixa uma criança determinar a si mesma? É certa a necessidade de se ouvir a população, no entanto, seria incorrigível o erro do desprezo por sua insipiência nos ramos do Direito Penal, criminologia ou vitimologia.

2.7.5.4. Do princípio da suficiência

Conforme institui o artigo 44, inciso III do Código Penal, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição é suficiente.”, temos que o requisito de atendimento ao princípio da suficiência trata de que, ainda que substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, tanto a retribuição do mal praticado, como a prevenção, geral e especial, devem ser alcançadas com a pena imputada.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida no agravo regimental no *Habeas Corpus* 202.056/MG, no qual figurava como Ministro relator Gurgel de Faria na data de 16 de setembro de 2014, temos que:

Por corolário, não cabe a substituição quando a pena-base tiver sido fixada acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial exposto e fundamentado

das circunstâncias desfavoráveis, em face do não atendimento do art. 44, II, do Código Penal.

Ante todo o exposto, podemos afirmar com considerável convicção que, em sua liberdade de julgamento, o judiciário não visa a impunidade conforme muitas vezes a população brasileira acredita, há sim que se punir na medida necessária cada delito cometido. No entanto, é certo que o Poder judiciário possui repertório condenatório suficiente para concluir com convicção que o encarceramento em massa não é a resposta aos crescentes dados da criminalidade no Brasil.

2.7.6. Tratando das fontes do encarceramento em massa

Com dados cada vez mais alarmantes, crimes como o tráfico de drogas e violência doméstica ou familiar contra a mulher têm preocupado as autoridades públicas, que em guerra declarada aos referidos crimes, têm promovido o encarceramento em massa de seus agentes. Mas será essa mesma a solução?

2.7.6.1. Do tráfico de drogas

Em guerra declarada às drogas, o poder executivo e legislativo brasileiro tem, nos últimos anos, adotado medidas extremas no combate ao tráfico de drogas e ao crime organizado, as quais vão desde constantes reformas legislativas que tornam as penas cada vez mais “rigorosas”, até abordagens policiais controversas e provas corrompidas.

Inobstante às constantes reformas da Lei nº 11.343/06, nas quais em uma delas enrijeceu-se a penalidade do tráfico de drogas de forma a inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com sorte, sendo o réu primário e de bons antecedentes, não se dedicando a atividades criminosas nem integrando organizações criminosas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, nos termos do artigo 33, § 4º da mesma Lei. Destarte, nesses casos, é possível a aplicação da pena abaixo do teto de 4 anos ao condenado, o que, segundo os requisitos de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, permitiria a referida substituição.

Contudo, insatisfeito com a pouca probabilidade de concessão da medida, o legislador, visando afastar qualquer controvérsia, impediu expressamente a substituição da pena

privativa de liberdade por restritiva de direitos no tráfico de drogas, estando a regra prevista no artigo 33, § 4º, e no artigo 44, *caput* da referida Lei.

Em intervenção ao cenário de guerra entre o Estado e o crime organizado, bem como à superlotação e estado de calamidade do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 111.840/ES em que figurava o Ministro relator Dias Toffoli em 27 de junho de 2013, declarou a inconstitucionalidade da regra explicitamente impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade com base na ofensa ao princípio da individualização da pena, admitindo-se, então, a aplicação das penas restritivas de direito ao crime de tráfico de drogas, desde que atendidos os requisitos para tanto.

Em 2012, o Senado, amparado no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal editou a resolução nº 5, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declarava a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas. À vista disso, suspendeu-se a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343 de 2006.

Em reforço e apoio à referida decisão nos cabe pontuar que, na prática jurídica, não raras vezes é possível se constatar que inopinados condenados por tráfico de drogas, justamente aqueles que não guardam qualquer relação íntimo com o mundo do crime, ao serem surpreendidos pela polícia, denunciados e terem a droga apreendida, já sofrem de imediato represália dos reais responsáveis pela referida droga, de forma que contraem com estes uma dívida da qual não se é possível se eximir.

Desta forma, ao colocar estes condenados, não habituais, nos estabelecimentos prisionais, onde se concentra e se organiza a “sociedade criminosa”, torna-se forçoso a estes comprometerem-se com “favores” ilegais aos reais donos da droga apreendida, logo, muitas vezes, estes tornam-se reincidentes ainda durante o cumprimento de suas penas. Isto quando não há o envolvimento de terceiros de suas famílias que, desesperados pela segurança dos seus, submetem-se aos comandos de redes criminosas.

Porquanto, atente-se, no presente trabalho não se defende a impunidade dos que cometeram infração penal com base em sua esporadicidade, mas sim a medida punitiva que melhor atende aos anseios da sociedade, qual seja, a pacificação social e decadência da criminalidade.

2.7.6.2. Da violência doméstica ou familiar contra a mulher

Inobstante a Lei Maria da Penha não tenha vedado expressamente a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos em qualquer circunstância, mas somente nas situações já expressamente previstas em lei, a jurisprudência, visando conferir maior proteção à mulher, tem decidido pela proibição total da aplicação das penas restritivas de direitos nestes crimes, bem como nas contravenções penais com incidência da referida Lei.

Ressalta-se que este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive já pacificou o assunto em sua Súmula 588, que estabelece que “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

Com tratamento jurisprudencial em sentido oposto ao dado nos crimes de tráfico de drogas pela elevada comoção social que os crimes de violência doméstica causam, bem como sua notória publicidade nos últimos anos, a crítica a este movimento jurídico não se distancia em nada de todos os outros já tecidos racionalmente no presente trabalho. Seja na crítica ao fato do judiciário dobrar-se à comoção social, ignorando assim seu fim último e a perícia necessária para tanto, seja no caos prisional que ao invés de recuperar os mais desviados, contamina os que não sendo infratores costumazes, tiveram apenas uma única conduta inapropriada perante o Direito Penal.

No entanto, com relação aos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher, faço especial crítica ao ônus patrimonial que as penas privativas de liberdade impõem ao Estado desnecessariamente quando mera pena restritiva de direitos se faz suficiente ao caso concreto, enquanto este mesmo ônus poderia ser revertido em tratamento adequado e de real solução aos casos, qual seja o tratamento psicológico da vítima que muitas vezes, por si própria e por questões psicológicas, retorna ao seio da violência que lhe acomete. E que no entanto se faz precário, quando existente, sob a alegação de inviabilidade técnica e de recursos.

2.7.7. Do momento da substituição

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito pode se dar em dois momentos distintos. O primeiro se dá na sentença condenatória, quando após a aplicação da pena adequada, em obediência ao critério trifásico adotado pelo Código Penal, o magistrado estabelece o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, e, finalmente, decide acerca do cabimento ou não da substituição pelas penas restritivas de direito.

Contudo, caso o magistrado, na sentença condenatória, não entenda pelo cabimento da referida substituição, segundo o artigo 180 da Lei nº 7.210 de 1984, é possível que a referida substituição sobrevenha mesmo durante a execução penal desde que a pena privativa de liberdade cominada não seja superior a dois anos, o condenado a esteja cumprindo em regime aberto, já tenha se cumprido ao menos $\frac{1}{4}$ da pena e que os antecedentes e a personalidade do condenado apontem a conversão como recomendável e suficiente.

2.7.8. Regras da substituição

Uma vez determinado que é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, aplicam-se duas regras distintas a sua quantificação. A primeira regra, prevista no artigo 44, § 2º, 1ª parte, do Código Penal, determina que na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição da pena privativa de liberdade pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

Já a segunda regra trata das condenações superiores a um ano. Reguladas segundo o artigo 44, § 2º, *in fine*, do Código Penal, as penas privativas de liberdade superiores a um ano e passíveis do benefício da substituição, poderão ser substituídas por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direito.

Ressalta-se ainda que, nos casos em que forem aplicadas duas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si, e sucessivamente as demais, assim regula o artigo 69, § 2º, do Código Penal.

2.7.9. Da perda do benefício de substituição

Conforme regula o artigo 44, §4º, do Código Penal, a pena restritiva de direitos deverá ser reconvertida, obrigatoriamente, em pena privativa de liberdade nos casos de descumprimento injustificado da restrição imposta.

Cabe ressaltar que se considera o descumprimento injustificado, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, quando o réu, depois de ter participado de todos os atos processuais e, ciente da condenação, muda seu domicílio sem prévia comunicação ao Juízo competente.

Ressalta-se ainda que, sob nenhuma hipótese, a reconversão poderá ser feita a pedido do réu. Com efeito, há que se considerar que a medida de substituição da pena de privativa de liberdade por restritiva de direitos não visa a impunidade, tão pouco a maior comodidade do infrator. Destarte, faz-se manifesto que a conversão ou reconversão é medida de análise do magistrado, jamais de bel prazer do condenado.

À reconversão aplicam-se duas regras gerais, a primeira se refere às penas de detenção e reclusão, já a segunda às penas de prisão simples. Em ambas as regras, ao ser reconvertida a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade há que se deduzir da pena o tempo cumprido da pena restritiva de direito.

No entanto, o que diferencia as duas regras da reconversão é o fato de que na primeira regra, que trata das penas de reclusão e detenção, há que se respeitar o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de restrição da liberdade do condenado. Diversamente, na segunda regra, que trata da pena de prisão simples decorrente da prática de contravenção penal, não há a exigência de período mínimo de permanência em privação de liberdade do condenado após a reconversão.

Destaca-se também que, nos casos de penas restritivas de direitos de natureza patrimonial, quais sejam a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, em que não há um lapso temporal a ser abatido, adequa-se o desconto da pena privativa de liberdade ao percentual do pagamento já efetuado pelo condenado.

Há, ainda, uma hipótese em que poderá acontecer a reconversão, mas, neste caso, ela não dará de forma obrigatória, e sim facultativa. Já mencionada, a referida hipótese trata-se da situação em que, sobrevindo nova condenação de pena privativa de liberdade, e já estando o réu submetido à pena restritiva de direitos, fica à cargo do juiz da execução penal a

decisão de reconversão ou não nos casos em que for possível ao condenado dar continuidade ao cumprimento da pena substitutiva anterior.

2.7.10. Da viabilização e da política nacional de alternativas penais

Disciplinada pelo artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução das penas restritivas de direitos, se dará somente após o trânsito em julgado da sentença, quando o juiz de execução, de ofício ou a pedido do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando e sempre que necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Apesar de muitos verem como um grande ônus a única possibilidade de execução das penas restritivas de direito ser somente após o trânsito em julgado, há que se lembrar que as penas privativas de liberdade estabelecidas de forma anterior ao trânsito em julgado também deveriam se tratar de exceções estritamente necessárias e urgentes. De forma que, em um mundo ideal, aplicar-se-ia qualquer tipo de medida penal ao suposto agente da infração penal somente após o devido processo legal.

De igual preocupação, o Ministro de Estado de Justiça editou a portaria 495/2016, buscando viabilizar e efetivar a utilização das penas restritivas de direitos, dentre outros fins. Instituiu-se, assim, a Política Nacional de Alternativas Penais, a qual visa desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento do encarceramento em massa e à ampliação da aplicação de alternativas penais à prisão, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Das quais, entre as alternativas vislumbradas, fazem parte as penas restritivas de direitos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificado ao longo de todo o trabalho, é inegável a degradação do próprio sistema prisional brasileiro, bem como a que ele causa àqueles que lhes são submetidos. No entanto, ainda não temos todas as respostas acerca do que fazer, se não encarcerar para a proteção da sociedade, com os condenados por crimes mais graves e habituais, bem como com os que são tidos como criminosos costumazes. Destarte, apesar de todas as problemáticas que se apresentam na pena privativa de liberdade, não vemos ainda no abolicionismo prisional uma solução viável.

No entanto, há que se destacar que tão pouco se constatou ser o encarceramento em massa a solução para a diminuição dos índices criminológicos no Brasil. Neste aspecto destaca-se a necessidade da tecnicidade e racionalidade indispensáveis sob o aspecto jurídico para que não se ceda às pressões populares e comoções sociais de forma que estes tenham maior impacto na penalização do que ciências indispensáveis à solução real do problema, como a criminologia e a vitimologia.

Portanto, conclui-se o presente trabalho não com verdades absolutas mas com substancial convicção de que o Direito Penal máximo não é a solução para o problema e que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é não a solução definitiva para o abolicionismo prisional, mas um dos meios para a melhora significativa do referido sistema até que a sociedade encontre uma alternativa definitiva e viável a ele.

Por fim e não menos importante, destaca-se a necessidade já sabida da reforma de nosso Código Penal, já tão antigo e obsoleto, dando especial enfoque, sob o crivo de princípios como o da intervenção mínima, da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, da proporcionalidade, humanidade e individualização da pena, à necessidade de revogação dos requisitos objetivos à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, afinal, melhor do que o legislador em abstrato, frio e distante, compete ao juiz do caso em concreto a determinação de se a referida substituição é suficiente ou não aos fins da pena.

4. REFERÊNCIAS

ALENCAR, E. M. D. **De quem é o comando?:** O desafio de governar uma prisão no Brasil. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

ANÍBAL, B. **Das penas.** Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARVALHO, S. D. **Antimanual de criminologia.** 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, S. D. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão:** provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÓDIGO de Trânsito Brasileiro. [S.l.]: [s.n.], 1997.

CÓDIGO Penal. Brasília : [s.n.], 1940.

DAVIS, A. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [S.l.]: [s.n.], 1789.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir.** Lisboa: Edições 70, 2013.

GAROFALO, R. **Criminologia:** estudo sobre o delicto e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893.

GRECO, R. **Curso de direito penal - Parte geral.** 10ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, W. **Direito penal libertário.** Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JESCHECK, H.-H. **Tratado de derecho penal. Parte geral.** Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª. ed. Granada: Comares, 2002.

LEI de Drogas. [S.l.]: [s.n.], 2006.

LEI de execução penal. [S.l.]: [s.n.], 1984.

LEI dos crimes hediondos. [S.l.]: [s.n.], 1990.

LEI Maria da Penha. [S.l.]: [s.n.], 2006.

MASSON, C. **Direito penal. Parte geral (arts. 1º e 120)**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Método, v. 1, 2021.

ROXIN, C. **Problemas fundamentais do direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3ª. ed. Lisboa: Vega, 2004.

TCHEKHOV, A. P. A aposta. In: HEDRA **Os russos**. São Paulo: Hedra, 2017. Cap. A aposta (1888), p. 603 - 617.

ZAFFARONI, E. R. **Derecho penal. Parte general**. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.