

ALTERNATIVAS À PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

José de Assis Santiago Neto

Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC/MG

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva

I – Conceito e funções da pena

Pena é a punição imposta a alguém como sanção a uma conduta maléfica. Segundo o dicionário pena é *“aquilo que se faz sofrer a alguém por um delito cometido; punição, sofrimento; desgraça”*¹. Assim a expressão pena carrega consigo uma acepção de retribuição a um delito. Neste sentido, Damásio E. de Jesus assevera em sua obra: *“Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”*.²

Assim, para as Ciências Penais, pode-se afirmar que pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado a quem viola uma norma de caráter penal causando dano ou perigo concreto a um bem jurídico penal.

¹ BUENO. Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 6ª edição. São Paulo: Lisa, 1992.

² JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal – volume 1**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 754p. p. 519.

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas* já afirmava que havia duas finalidades primordiais na aplicação das penas: impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e desestimular aos outros cidadãos a praticar delitos.³

Partindo-se da idéia de Beccaria, a doutrina moderna apresenta as mesmas finalidades trazidas pelo Marques, porém, tais finalidades são desmembradas em novos fins.

Destarte, atualmente a pena tem como função precípua a reprovação do crime, ou seja, demonstrar ao apenado e à sociedade a conduta criminosa e, assim, reafirmar as normas sociais. Outra função da pena consiste na prevenção de novos crimes, seja afastando-se o criminoso da sociedade, seja através da reafirmação da norma visando demonstrar para a sociedade a eficácia da norma.

A essa segunda finalidade da pena, prevenção do crime, a doutrina faz algumas importantes subdivisões, prevenção geral e prevenção especial. Por prevenção geral entende-se que é a forma de se prevenir o crime dirigida às outras pessoas atingindo, assim, a toda a coletividade. Por sua vez, teremos a prevenção especial que diz respeito apenas à pessoa do condenado.

Estas subclasses se dividem ainda em prevenção geral positiva e negativa, o mesmo acontecendo com a prevenção especial que também pode ser subdividida em positiva e negativa.

³ BECCARIA. Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 149 p. p. 52.

Prevenção geral positiva é aquela que visa a prevenção do crime através da vedação trazida pela própria norma penal. Por sua vez, a prevenção geral negativa é aquela que visa inibir a prática do crime através da efetiva aplicação da lei penal.

Já a prevenção especial positiva ocorre através da ressocialização, ou seja, através da recolocação do condenado na sociedade após o cumprimento da pena. Por sua vez, a prevenção especial negativa se dará através da segregação do condenado durante o cumprimento da pena restritiva de liberdade, afastando o condenado do convívio social e fazendo com que este indivíduo não volte a cometer novos crimes.

Porém, verifica-se que esta não é a realidade brasileira que passa ao largo de qualquer forma de ressocialização de condenados. Verifica-se no atual sistema carcerário brasileiro que não há uma efetiva ressocialização, vez que a pena restritiva de liberdade é cumprida em condições sub-humanas e sem qualquer condição de uma vida digna. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes assevera:

A prisão é um produto caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dessocializa. Em razão da superpopulação, dos seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação, etc. Há séria dúvida, por tudo isso, sobre se cumpre ou não seu papel de intimidação.

Particularmente no que se relaciona com o sistema prisional brasileiro, ainda há que se destacar: os presos não são separados por idade, natureza da infração, condição processual, praticamente nenhuma é a assistência médica, odontológica, etc., sentem-se frustrados com o funcionamento da Vara de Execuções criminais... É, em síntese, fonte de um sem número de ilegalidades, que são toleradas e muitas vezes até estimuladas, sem respeito aos direitos humanos fundamentais.⁴

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 199 p. p. 32/33.

II – Vedações e Permissões Constitucionais à aplicação das penas

O ordenamento Constitucional pátrio, através do art. 5º, XLVII⁵, da CR/88, veda expressamente as penas de morte (salvo em casos de guerra externa); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; e as penas cruéis. Vale frisar que tais vedações figuram entre as cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4, inciso IV⁶, da Carta Magna, não podendo ser suprimidas do texto constitucional.

Assim, o legislador constitucional originário determinou que o legislador, seja ele constitucional derivado ou infraconstitucional, não poderá instituir no Brasil as seguintes modalidades de penas:

- a) pena de morte;
- b) penas perpétuas;
- c) penas de trabalhos forçados;
- d) penas de caráter cruel.

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de banimento;
- d) cruéis;”

⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV – os direitos e garantias individuais.”

Por outro lado, o ordenamento constitucional brasileiro adotou, de forma exemplificativa, algumas formas de penas (art. 5º, XLVII⁷), que prevê a restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestações sociais e a suspensão ou a interdição de direitos como formas de penas.

Desta forma, o rol do art. 5º, XLVII veda a criação de penas com as características nele relacionadas, porém, o rol do inciso XLVI permite que outras penas sejam criadas, mesmo não estando relacionadas naquele inciso, desde que não estejam no rol do inciso seguinte.

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro reconhece no art. 32⁸ três categorias de penas: restritivas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Neste sentido, dizem Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O Título V do código penal vigente, ocupa-se das penas, e o Capítulo I desse título trata “das espécies de pena”. O art. 32 estabelece que “as penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa”. Destarte, o código atual reconhece três categorias de penas: a) restritivas da liberdade, com graus diferenciados, que vão desde a institucionalização total do indivíduo até seu controle ou limitação fora da instituição total ou prisão; b) restritivas de outros direitos; c) de conteúdo patrimonial.⁹

⁷ “Art. 5º (...)”

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

a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;”

⁸ “Art. 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – de multa.”

⁹ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 890 p. p. 781.

III – Das Regras de Tóquio

Aprovadas no 8º Congresso das Organizações Unidas através da Resolução 45/110, datada do dia 14 de dezembro de 1990, as chamadas Regras de Tóquio, oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, visam, precípuamente, a adoção de penas não restritivas de liberdade fazendo diminuir a utilização da pena de encarceramento.¹⁰

Assim, os objetivos desta Convenção, da qual o Brasil é signatário é alcançar a ressocialização do condenado sem que se torne necessária a adoção da pena privativa de liberdade.

Assim, segundo Luiz Flávio Gomes: *“O primeiro e indiscutível objetivo das Regras de Tóquio é ‘promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade’”*. E conclui o mesmo autor: *“(...) o que as Regras de Tóquio pretendem estimular, destarte, é a criação, aplicação e execução de medidas alternativas à prisão, devendo-se conceber a locução ‘medidas não privativas de liberdade’ em seu sentido lato, abrangente”*.¹¹

O segundo objetivo primordial das Regras de Tóquio é a busca de um sistema penal onde, apesar de se aplicar medidas não restritivas de liberdade, não sejam

¹⁰ GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. op. cit. p. 23.

¹¹ GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. op. cit. p. 25/26.

esquecidas as garantias básicas dos indivíduos submetidos ao julgamento penal, preservando, assim, todos os direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, diz Luiz Flávio Gomes:

Segundo objetivo fundamental. Se de um lado, e consoante as premissas do Direito Penal Mínimo, incentiva-se a cominação e aplicação das “alternativas penais”, que não se confundem por seu turno, com a busca abolicionista de alternativas ao Direito Penal, de outro não se esquece o devido respeito “às garantias mínimas” das pessoas que a elas se submetem.¹²

O terceiro objetivo fundamental, considerado por Luiz Flávio Gomes como terceiro e quarto objetivos fundamentais, é a promoção da participação da sociedade na administração da Justiça Penal, bem como no tratamento do delinqüente. Eis as palavras do autor citado:

Terceiro e quarto objetivos fundamentais. Pelo que se infere da regra 1.2, o terceiro e quarto objetivos fundamentais das Regras de Tóquio consistem em “promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal” e, muito especialmente, no “tratamento do delinqüente”, No que se relaciona ao nosso direito interno e à execução da pena privativa de liberdade, dispõe o art. 4º da Lei de Execução Penal que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na execução da pena e da medida de segurança”.¹³

O quinto objetivo das Regras consiste em estimular o senso de responsabilidade dos delinqüentes em relação à sociedade. Neste sentido, nos valeremos, mais uma vez das palavras de Luiz Flávio Gomes:

Consiste em “estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”. O crime, como fenômeno individual e comunitário que é, já não pode ser focado como um mero “conflito formal, simbólico e bilateral entre Estado e infrator”, tal como sempre se entendeu no modelo clássico de Justiça Penal, que “roubou o conflito intersubjetivo” (Chistie), contemplando desse modo a vítima como simples sujeito passivo da infração e a comunidade como sujeito secundário. Na concepção clássica, com o delito o criminoso

¹² GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. p. 26

¹³ GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. p. 27

contrai uma dívida com o Estado (exclusivamente com ele), desvinculando-se o acontecimento de todos os interesses circundantes individuais (vítima) e sociais (comunidade), daí a conseqüente solução formal, impessoal (despersonalização do conflito e a pobreza do marco de expectativas de cada um dos protagonistas do fenômeno delituoso).

Assim, as Regras de Tóquio buscam incentivar a adoção de medidas alternativas à pena restritiva de liberdade, como sendo uma forma de ressocialização do delinqüente, o que faria com que reduzisse a reincidência e auxiliaria no combate à criminalidade.

IV – Alternativas à adoção das penas restritivas de liberdade

Zaffaroni e Pierangeli apontam algumas alternativas para a pena restritiva de liberdade, vale iniciarmos a discussão do problema com as palavras dos professores:

Assim, em geral se propôs a diminuição do standad ou nível de vida do sujeito, impondo a ele uma limitação temporária de renda, de maneira a força-lo a prescindir do luxo. Do mesmo modo, embora não tivesse relação com o fato, propôs-se a privação de certos direitos comumente apreciados na vida moderna como por exemplo, a licença para conduzir veículos automotores e a permissão de caça ou de pesca. Uma forma de privar o sujeito de seu tempo livre é o chamado arresto ou “trabalho de fim-de-semana”, em que se obriga a prestar trabalho gratuito durante um certo número de horas, em local fora de suas ocupações habituais, geralmente lugares como hospitais, escolas, etc. em algumas legislações, o trabalho de fim-de-semana converteu-se em uma verdadeira ressurreição do pelourinho, por exemplo, quando se obriga o sujeito a servir de carregador em aeroportos e estações ferroviárias.¹⁴

Há que se frisar que há diferença entre as chamadas “penas alternativas” e as “medidas alternativas”, conforme ensina Luiz Flávio Gomes:

Há uma diferença substancial entre penas e medidas alternativas: aquelas são, como nos ensina Damásio de Jesus, sanções de natureza criminal, como a

¹⁴ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. PIERANGELI. José Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** op. cit. p. 788.

multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos (são penas distintas) estas, por sua vez (são institutos ou instrumentos que), visam impedir que ao autor de uma infração penal venha ser aplicada (ou executada) pena privativa de liberdade. Ambas, entretanto, pertencem ao gênero “alternativas penais”.¹⁵

Outro ponto importante a ser tocado, antes de propormos algumas soluções para o problema das penas restritivas de liberdade, é o que tange aos princípios penais que devem ser obedecidos na substituição. Assim, para que seja viável a substituição, a medida alternativa deve ser suficiente e necessária à reparação do mal causado pelo delito, assim, deverá ser obedecido o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 59, *caput*, parte final do Código Penal¹⁶. A medida substitutiva deve ser proporcional ao bem jurídico lesado, sob pena de se fazer com que o criminoso se sinta motivado a delinqüir.

Vale ressaltar ainda que a substituição da pena em delitos considerados graves, como o tráfico de entorpecentes, é possível, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, vejamos:

Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado em crime hediondo para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede que esta seja substituída por restritiva de direitos.¹⁷

¹⁵ GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. p. 25

¹⁶ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para a prevenção do crime:**” (grifos nossos)

¹⁷ HC nº 84.928/MG, 1ª turma, rel. min. Cezar Peluso, j. 27.09.05, v.u., DJU 11.11.05.

A adoção de medidas alternativas às penas restritivas de liberdade é perfeitamente possível, podendo ser adotada penas restritivas de direitos, tais como trabalhos sociais ou restrição do acesso a determinados locais. Pode-se-ia adotar ainda penas limitativas de rendas, ou seja, limitar os rendimentos do delinqüente a patamares módicos apenas suficientes para a própria subsistência deste, impedindo seu acesso a artigos luxuosos como carros, etc. Poderiam ser adotadas ainda medidas como a vedação de acesso a determinados documentos que representam direitos, como, por exemplo, a Carteira Nacional de Habilitação. Pode-se ainda determinar a prestação de serviços comunitários, tais como auxílio em hospitais, escolas, creches, etc. Ou, ainda, a determinação de que determinados bens do criminoso fossem utilizados para obras sociais, como a instalação de creches, asilos, escolas, etc, sem que o condenado perdesse a propriedade do bem.

V – Conclusão

A adoção das medidas substitutivas deve se realizar com parcimônia, vez que a pena deve ser proporcional ao delito e à lesão ao bem jurídico-penal tutelado pela norma. Assim, cabe ao julgador, diante do caso concreto, decidir sobre a aplicação de tais normas.

Deve-se observar aos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas para a aplicação das medidas substitutivas, assim como para a aplicação de penas privativas de liberdade.

Por fim, conclui-se que a adoção de medidas que não restrinjam a liberdade do condenado é de extrema relevância, vez que, possibilitam o cumprimento da pena com dignidade e a efetiva ressocialização do condenado, sendo de imperiosa contribuição ao falido sistema carcerário brasileiro onde, atualmente, inúmeros seres humanos são amontoados, sem quaisquer condições de dignidade, ao arrepio da lei e da Constituição.

VI – Referências bibliográficas

BECCARIA. Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 149 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal.

BUENO. Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 6ª edição. São Paulo: Lisa, 1992.

GOMES. Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 199 p.

JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal – volume 1**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 754p.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 890 p.