

## MEDIDAS ALTERNATIVAS

Fernanda Rezek Andery\*

### Resumo

A aplicação de medidas alternativas representa um considerável avanço para a política criminal e para o sistema jurisdicional de qualquer país. O Brasil possui um arsenal de opções para a inclusão e o uso freqüente dessas medidas a fim de evitar a pena privativa de liberdade. Exemplos relevantes são a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e a Lei 9.714/98, que modificou a Parte Geral do Código Penal, principalmente os dispositivos que disciplinam essa matéria, entre outros. Questão nevrálgica para a inserção cotidiana das medidas e penas alternativas pelos magistrados e outros membros da Justiça Penal é a participação direta, a aceitação e o comprometimento da sociedade em geral. Tendo em vista que o escopo deste tipo de pena é a reabilitação e a ressocialização do condenado, faz-se necessário que a comunidade, como um todo, auxilie no procedimento de execução. O sistema carcerário e as instituições prisionais encontram-se em estado deplorável e se transformaram em verdadeiras “escolas do crime”, corrompendo e denegrindo seus “hóspedes”. É de vital importância que haja uma conscientização dos profissionais da área e das pessoas em geral, a fim de que a pena cumpra seu verdadeiro fim social.

Palavras-chave: Pena alternativa. Prisão.

### INTRODUÇÃO

Muito se tem dito sobre substitutivos penais e alternativas à pena privativa de liberdade. Indiscutivelmente relevante, o tema faz jus à

---

\* Mestranda na área de Ciências Penais pela UFG. *E-mail:* fernandarezek@bol.com.br

## BREVE HISTÓRICO DA PENA

Para tratar da história da pena, mister se faz recordar como era severa e brutalmente aplicada desde a antiguidade. Os castigos corporais ou suplícios eram dolorosamente impingidos ao condenado de forma atroz e exibicionista; num primeiro momento como mera vingança privada, e, em seguida, como instrumento público garantidor da soberania do "príncipe" e da ordem social. Esses castigos variavam entre os meios mais cruéis e violentos que se possam imaginar: asfixia, mutilações, enterramento vivo, decapitação, corte das mãos do ladrão e, entre outras, a pena capital. Esta, por sua vez, durante algum tempo, foi aplicada "apenas" como fim, não sendo considerada "eficaz", se não fosse extremamente sofrida e agonizante. Também predominavam nessa mesma época a execução e o espancamento em público dos cadáveres dos apenados, como forma de enfatizar a punição.

A pena privativa de liberdade surgiu na Idade Média, a princípio apenas como uma forma de abrigar o infrator até o momento do julgamento ou o condenado até o momento da execução da pena autônoma imposta. A partir da Revolução Francesa, pela influência do Código de Napoleão, de 1810, esse tipo de pena passou a ser adotado pelos códigos penais do mundo todo como o mais utilizado desde a prisão simples até a prisão perpétua e era considerado brando, tendo em vista os tipos de castigos que substituiu. Visava-se, então, à punição da alma e não mais do corpo.

Em *Vigiar e punir* (2002, p. 58), diz Michel Foucault a esse respeito:

A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada, com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação "científica", é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição.

Sabe-se que a prisão surgiu com o intuito de fazer com que, sozinho, o condenado repensasse sua conduta e sofresse a idéia do castigo, ou seja, não se pensava mais em suplícios físicos, mas na representação que a punição se tornara. O ato de punir passou a não mais ser tido como a dor em si, e a pena começou a ter como principal propósito causar efeitos

naqueles que não haviam cometido falta alguma, para que, presenciando o castigo dos que a estavam cumprindo, não viessem a cometer crimes.

O que se pode notar, observando a sobreposição da pena de prisão aos outros tipos utilizados anteriormente a ela, é que o cárcere foi considerado triunfo sobre a pena de morte e as penas corporais. O que, não verdadeiramente, trouxe a era dos castigos incorpóreos. Numa análise paradoxal, é inconcebível admitir que a prisão reprima tão veementemente os instintos mais intrínsecos ao ser humano e, da mesma forma, deseje “transformá-lo” num cidadão capaz de conviver pacífica e socialmente. De extrema relevância é o fato de que a punição oferecida pelo Estado a um condenado é tão reprovável quanto o ato criminoso praticado por ele. Não deveria ser assim, já que, para a execução de qualquer pena, é preciso que sejam concedidas ao réu segurança e dignidade, valores estes garantidos constitucionalmente pela Carta Magna de 1988. O cárcere faz com que o cidadão se torne involuntariamente passivo, irresponsável e preguiçoso, tirando dele a capacidade de tomar iniciativas, dessa forma impossibilitando qualquer tipo de reeducação prevista e a possibilidade de um convívio social normal e seguro.

De todos os códigos penais brasileiros, o único a estabelecer a pena de morte, as penas infamantes, a prisão perpétua e os trabalhos forçados foi o Código Criminal do Império. Esses tipos de penas foram abolidos pelo Código Penal de 1890, e assim mantidos pelo Código de 1940 e 1969 (que não chegou a entrar em vigor).

O Código Penal de 1940, que entrou em vigor em janeiro de 1942, trouxe o regime fechado como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. A Lei 6.416/77 alterou dispositivos do Código Penal e do de Processo Penal e autorizou o cumprimento dos regimes semi-aberto e aberto, especificando as condições.

Com o fracasso do propósito da pena privativa de liberdade, haja vista o quadro desolador das péssimas condições das prisões, superpovoadas, onde os direitos humanos dos detentos são amiúde violados, não há nenhum tipo de assistência adequada ou remição, o acompanhamento jurídico é precário, alguns presos chegam a ficar detidos por tempo maior do que o previsto na sentença, não há assistência médica e a proliferação de doenças, principalmente as sexuais, é intensa. Devido a uma proposta de modernização e humanização do Direito Penal, com

a mudança da filosofia e das bases jurídicas da execução da pena, foi criada a Lei 7.209/84, que entrou em vigor em janeiro de 1985, modificando toda a Parte Geral do Código Penal de 1940 e amenizando o cumprimento da pena privativa de liberdade. Além disso, essa lei inovou, ao apresentar as penas restritivas de direito.

### MEDIDAS ALTERNATIVAS

Em primeiro lugar, para que haja maior clareza sobre os tipos de medida e de pena tratados, é relevante estabelecer uma diferenciação tênue, porém de caráter crucial, acerca das terminologias adequadas. Penas substitutivas e penas alternativas são espécies do gênero “medidas alternativas”. As primeiras requerem processo, denúncia, prova, sentença, fixação da pena privativa de liberdade e, só então, sua substituição por um outro tipo de pena. Já no segundo caso, a sanção alternativa é aplicada automaticamente, sem necessidade do processo e de suas fases. As duas modalidades estarão sendo tratadas no decorrer deste trabalho.

Segundo o ministro Nelson Jobim (1996), em artigo publicado no volume 1 da *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, “no campo penal, o cidadão, através do Estado, investe cada vez mais na sua própria insegurança”. Essa afirmação se deve ao altíssimo custo despendido anualmente com cada preso mantido dentro dos estabelecimentos prisionais. Os valores gastos pelo Estado, para a permanência de um detento na prisão, poderiam ser revertidos em obras assistenciais e de melhoria pública. Além disso, há de se concluir que a criminalidade não será resolvida encarcerando pessoas, mas, de outra forma, educando, ensinando e exemplificando. A realidade da prisão não cumpre com esses quesitos, e faz com que seja degradante manter nela um cidadão de bons antecedentes, que será, invariavelmente, corrompido pelo meio.

As medidas alternativas surgiram como uma forma de garantir que a pessoa que delinquir receberá punição qualitativamente proporcional ao delito cometido, e que essa pena terá fundo educativo, moral, justo e, acima de tudo, social.

Manter um indivíduo preso, distante de sua vida cotidiana, da sociedade e do convívio com as pessoas, não reabilita. Mas, se após infringir, lhe for dada oportunidade de reeducação e aprendizado junto

ao seu meio, aí sim a pena cumprirá seu propósito social de reinserção e de combate à reincidência e à criminalidade.

#### A LEI 7.209/84

O artigo 43 da nova Parte Geral do Código Penal de 1940, renovada pela Lei 7.209/84, previu como penas restritivas de direito a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Ficaram também estabelecidas, através dela, no artigo 44, as circunstâncias em que tais penas seriam aplicadas como substitutivos penais: quando a pena privativa de liberdade fosse inferior a um ano, se o crime fosse culposo (nesse caso, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, poderia ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direito), se o réu não fosse reincidente, ou quando a personalidade e outros requisitos subjetivos sobre a vida do condenado indicassem que a substituição seria a dose exata da punição.

Se as condições de admissibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos forem devidamente encontradas na circunstância analisada, o juiz não tem a faculdade de decidir sobre a substituição, o que quer dizer que ela deve ser necessariamente efetuada. Da mesma forma, não podem as penas alternativas ser aplicadas conjuntamente com a de prisão, pois são autônomas e substitutivas. Sendo assim, o procedimento se firma da seguinte forma: o juiz calcula e fixa a pena privativa de liberdade e, em seguida, a substitui por uma ou duas penas restritivas de direito. Poderá haver conversão das penas restritivas de direito nos casos de condenação por outro crime que não suspender a pena privativa de liberdade, ou quando houver descumprimento injustificado da medida imposta. Nesses casos, a Lei 7.209/84 não prevê detração penal, ou seja, o condenado, mesmo já tendo cumprido, por período considerável, a pena restritiva de direito, terá de cumprir integralmente, e desde o início, a pena de prisão.

O artigo 46 da Lei 7.209/84 estabeleceu que a prestação de serviços à comunidade consiste na realização, pelo condenado, de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos ou programas sociais. O que é de extrema impor-

tância nesses casos de prestação de serviço à comunidade, e que também foi ressaltado pela nova lei, é que essas tarefas e atribuições devem ser distribuídas de acordo com as aptidões do condenado, assegurando que ele as desempenhará com afincó e diligência, fazendo valer assim a intenção da medida restritiva de direito, e que sejam cumpridas em horários que não atrapalhem sua jornada normal de trabalho, ou seja, aos sábados, domingos e feriados. Esse sistema foi estabelecido propositamente dessa forma, porque, como se sabe, o principal e verdadeiro intuito das penas restritivas de direito é a ressocialização do condenado, fazendo com que continue a viver em seu meio, junto de sua família, mantendo um trabalho, para que, com a ajuda de um intenso apoio social, se reabilite e a partir de então viva pacificamente.

As penas de interdição temporária de direito, listadas no artigo 47 da Lei 7.209/84, são respectivamente:

- I – proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

E, finalmente, a limitação de fim de semana diz respeito ao fato de o condenado ser obrigado a passar cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento público aos sábados e domingos, onde poderá participar de cursos, palestras e outras atividades recreativas.

Percebe-se, através da Lei 7.209/84, ter havido uma conscientização do legislador sobre a finalidade da pena e seu campo de abrangência. Constatou-se que, nos casos de delitos de menor potencial ofensivo, punir não se trata de atormentar o condenado e muito menos de desfazer o ato ilícito cometido (o que na maioria das vezes é impossível), mas de impedir que esse cidadão cause novos danos às pessoas e ao seu meio social, e convencer aos outros sobre a inconveniência da prática do ato ilícito, evitando a reincidência e diminuindo, naturalmente, o índice de criminalidade. Reza Beccaria (1997, p. 37):

Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. Digo mais justa, porque poupa ao réu

dos tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais justa porque a privação da liberdade, sendo uma pena, só ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exigir. O cárcere é, assim, a simples guarda de um cidadão até que ele seja considerado culpado, e sendo essa guarda essencialmente penosa, deverá durar o menor tempo possível e ser a menos dura que se possa.

#### A LEI 7.210/84 – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A fim de garantir os objetivos da execução penal, a reintegração social do condenado, tida como uma das leis penitenciárias mais avançadas da América Latina, segundo o *Diário Cultura de Fortaleza-CE*, foi sancionada em 11 de julho de 1984 a Lei 7.210, normatizando as formas de cumprimento de pena, a jurisdição penal dos juízes e tribunais, os direitos e deveres dos condenados, entre outras disposições referentes à execução.

Em seu título V, capítulo II, a Lei 7.210/84 dispõe sobre as penas restritivas de direito em quatro seções. A seção I trata das disposições gerais, ressaltando a faculdade do juiz de alterar a forma de cumprimento de dois dos tipos de penas restritivas de direitos: a prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana. Isto se dá porque pode acontecer de o condenado não se ajustar às características do tipo de estabelecimento ou programa que lhe foi imposto, o que causaria o fracasso do cumprimento da pena e desnecessário retrocesso. Esse aspecto já havia sido enfatizado quase que nos mesmos termos pela Lei 7.209/84. A seção II trata da prestação de serviços à comunidade, expondo minuciosamente o que cabe ao juiz, no que diz respeito à fixação do local, das datas e dos horários em que o reeducando efetivará as atividades impostas a ele. Diz a lei que a entidade beneficiária desse serviço fica responsável pela redação de um relatório mensal acerca das atividades, da disciplina e do comportamento do condenado enquanto este estiver no estabelecimento. A seção III dispõe especificamente sobre a limitação de fim de semana, basicamente da mesma forma como é mencionada pela Lei 7.209/84. E, finalmente, a seção IV regula a interdição temporária de direitos.

O capítulo III do título V trata da suspensão condicional da pena privativa de liberdade por dois a quatro anos (artigos 77 a 82 do Código

Penal). Nesses casos, o condenado fica sujeito a condições impostas pelo próprio juiz encarregado, devendo ser incluídas entre elas a prestação de serviço à comunidade ou limitações de final de semana. Essas condições podem ser modificadas a qualquer momento, de acordo com as necessidades do indivíduo e com o parecer judicial. Esse tempo de suspensão da pena (*sursis*) atua como um período probatório. Vale lembrar que a suspensão não alcança penas restritivas de direito ou multa, mas se refere apenas às penas privativas de liberdade, e poderá ser revogada de acordo com o estabelecido pelo artigo 81 do Código Penal. Ao final do prazo estipulado pelo juiz, é considerada extinta a pena privativa de liberdade, caso não tenha havido revogação da medida.

A pena de multa tratada posteriormente é disposta pelo capítulo IV da Lei 7.210/84.

#### A LEI 9.099/95

Tendo o cárcere como um centro de aperfeiçoamento de criminosos, nos encontramos diante de uma falta total de perspectivas de recuperação e reabilitação do detento. O aumento da criminalidade e o alto índice de reincidentes comprovam que a prisão não é o meio apropriado para delinquentes primários, para aqueles que cometeram crime de pequeno potencial ofensivo ou que não oferecem perigo à sociedade. A estes devem ser impingidas penas que, proporcionalmente ao delito cometido, cobrem o devido preço. A pena privativa de liberdade, embora tenha sido considerada como a precursora do fim dos castigos corpóreos logo de seu surgimento, constitui não só grave violência física, mas, acima de tudo, moral, pois denigre, humilha e degenera por não ser executada da forma como deveria. A conclusão óbvia é a de que, quando desnecessária (como muitas vezes o é), a prisão não passa de um excesso maligno que não beneficia o detento, sua família ou a sociedade.

A Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, avançou ao dar lugar a alternativas à pena de prisão, sugerindo a suspensão condicional do processo, a composição, através da reparação dos danos causados à vítima e da transação penal, possibilitando, dessa forma, soluções mais humanas, civilizadas, muito menos onerosas e que contribuam para a reintegração do homem em seu meio social e familiar.



Em seu artigo 2º, a Lei 9.099/95 reza sobre a priorização da conciliação ou da transação; nos artigos 62 e 72 dispõe sobre a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não-privativa de liberdade em todos os casos em que for possível. A seção IV estabelece a forma de cumprimento das penas de multa, e o artigo 89 expõe literalmente o seguinte:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional do processo (artigo 77 do Código Penal).

Tendo sido suspenso o processo, o acusado entrará em período probatório e será submetido às condições listadas pelo § 1º do mesmo artigo. São elas:

I- reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II- proibição de frequentar determinados lugares; III- proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV- comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A suspensão poderá ser revogada nos casos previstos pelos §§ 3º e 4º.

Ao esclarecer a diferença entre penas substitutivas à de prisão e medidas alternativas, evidente se torna que a suspensão condicional do processo (a *probation* brasileira) é um tipo de medida alternativa que objetiva evitar o transtorno e a futilidade do processo nos casos em que a lei prevê. O artigo 61 da Lei 9.099/95 define como infrações penais de menor potencial ofensivo aquelas a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, com exceção dos casos em que preveja procedimento especial.

Diversos países em todo o mundo vêm adotando o sistema de penas alternativas. Na Inglaterra e nos Estados Unidos o instituto da *probation* tem sido cada vez mais utilizado. Consiste em manter o infrator supervisionado por um agente responsável por um período determinado pelo juiz, enquanto convive socialmente em seu meio, trabalha e

desenvolve atividades habituais. O objetivo da *probation* é dar ao infrator condições reais de se readaptar, protegendo o meio dos danos causados por ele e evitando a reincidência; tem como fundamento básico a convicção de que a pena de prisão só deve ser aplicada nos casos em que o cidadão representar um risco ao convívio social.

Os réus submetidos a esse sistema são condenados à execução de tarefas de cunho especialmente social. Podem ser determinados a frequentar cursos e a participar de atividades e programas específicos que favorecerão sua recuperação. O instituto tem se revelado eficaz, em especial nos casos que envolvem alteração de comportamento, de relacionamento, de uso excessivo de álcool ou drogas, entre outros. Além disso, é uma medida extremamente econômica se comparada à pena privativa de liberdade. Imprescindível, para correto funcionamento da aplicação da *probation*, é a supervisão exercida por pessoal preparado e qualificado para essa função. Não podem ser admitidas faltas ou indisciplina.

Infelizmente, no Brasil (assim como em outros países), as medidas alternativas não são vistas com bons olhos por grande parte das pessoas, devido à tendência natural da população de ainda conceder à pena o sentido de vingança e de castigo puro e simples, ignorando o lado humano do delinqüente e a função social de punir. A aplicação dessas medidas causa sensação de impunidade. Há, nos dias atuais, preocupação perene de doutrinadores e estudiosos sobre uma certa intensificação na aplicação de medidas alternativas, com a finalidade de economia governamental, humana e social. Não há como reeducar um pequeno infrator e transformá-lo em cidadão produtivo dentro dos estabelecimentos carcerários.

#### A LEI 9.714/98

A aplicação de medidas e penas alternativas é uma questão tão complexa que ronda as decisões e as elaborações legislativas de forma a estarem sendo revistas e aprimoradas sempre. A Lei 9.099/95 sobre os Juizados Especiais trouxe verdadeiramente esse sistema de penas para nossa legislação. Não obstante, a Lei 9.714/98 alterou dispositivos do Código Penal de 1940, principalmente no que diz respeito aos substi-

tutivos penais; as penas restritivas de direitos deixaram de ser mera faculdade do magistrado e passaram a constituir direitos do condenado. Entre as importantes vantagens da aplicação desse tipo de medida destacam-se o descongestionamento da justiça criminal, podendo ser despendido tempo maior aos casos mais graves; a rapidez e diligência da resposta estatal; a consideração que é atribuída à vítima nos casos de reparação do dano causado; a reintegração do indivíduo infrator à comunidade e a prevenção da delinquência.

A Lei 9.714/98 complementou o rol de penas restritivas de direito elencadas no artigo 43 do Código Penal com a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Além disso, alargou de um para quatro anos o tempo de pena privativa de liberdade fixada e sujeita à substituição por pena restritiva de direito, determinando que nesses casos o crime não poderá ter sido cometido com violência ou grave ameaça (artigo 44, I). Ainda no artigo 44, determinou o § 2º que, se a condenação for igual ou inferior a um ano, poderá a substituição ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena de prisão poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito. Como o texto anterior só admitia a substituição feita a partir da pena privativa de liberdade inferior a um ano, essa modificação foi oportuna e necessária. A substituição é proibida pela Lei 9.714/98 se o réu for reincidente em crime doloso, e, ainda, de acordo com o § 3º do artigo 44, o juiz poderá aplicar a substituição se julgar socialmente recomendável desde que a reincidência não tenha acontecido por prática de mesmo crime. A Lei 9.099/95 não trazia essa especificação. A conversão das penas restritivas de direitos era prevista na norma anterior pelo artigo 45. A Lei 9.714/98 dispõe sobre esse mesmo assunto nos §§ 4º e 5º do artigo 44. A diferença básica é a de que, antes, caso houvesse necessidade de conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, esta seria feita pelo total de pena original, ou seja, não era descontado o tempo da restritiva de direitos que o condenado já houvesse cumprido. Com o advento da Lei 9.714/98, esse tempo passou a ser deduzido, respeitando, inclusive, o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão, o que abrandou consideravelmente o sistema. O § 5º concede ao juiz a faculdade da conversão nos casos em que houver condenação à pena privativa de liberdade

por outro crime. O artigo 45 passou a tratar da prestação pecuniária e da perda de bens e valores, que serão mencionadas mais detalhadamente a seguir. A prestação de serviços à comunidade teve sua aplicação limitada às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, e o condenado passou a ter o direito de cumprir a pena substitutiva em menor tempo (nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada) se a pena substituída fosse superior a um ano. O artigo 47 sobre interdição temporária de direitos passou a conter mais um inciso "IV- proibição de freqüentar determinados lugares". Finalmente, a Lei 9.714/98 altera o artigo 77 possibilitando a suspensão condicional da pena por quatro a seis anos, também por razões de saúde que a justifiquem. Anteriormente, a Lei só permitia essa hipótese para condenados maiores de setenta anos.

Interessante ressaltar algumas contradições entre a Lei 9.099/95 e a Lei 9.714/98. A segunda não admite a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito nos casos em que ocorra violência contra a pessoa, o que não deixa de restringir seu campo de atuação no que diz respeito a delitos como lesão corporal dolosa, inclusive de natureza leve, e ameaça. Todavia, a primeira permite e incentiva a transação penal e a suspensão condicional do processo para crimes de pequeno potencial ofensivo em que o tempo da pena é igual ou inferior a um ano. Essa divergência deverá ser necessariamente resolvida pela interpretação do magistrado, que julgará procedente ou não a possibilidade de extinguir a prisão e aplicar uma medida alternativa. Várias são as opções apontadas pelos doutrinadores e juristas sobre esse problema. Entre elas encontra-se a opinião de Damásio de Jesus que não admite a possibilidade da substituição em razão da clareza da Lei 9.714/98. Porém, de acordo com Luiz Flávio Gomes, deve ser aplicada a pena considerada mais favorável ao réu.

#### OS TIPOS DE PENA ALTERNATIVA

A complexidade e a relevância dos institutos de penas alternativas exigiriam profundidade no estudo de cada uma de suas modalidades. Todavia, por uma questão prática e didática, é proposta aqui uma análise simples, com breves considerações sobre essas medidas que tan-

i  
c  
l  
r  
  
l  
tu  
o  
fe  
er  
pi  
se  
va  
en  
m  
ser

to colaboram para o desenvolvimento, o amadurecimento e a modernização da Justiça Penal.

A Lei 9.714/98 instituiu alternativas à pena de prisão usando a nomenclatura "penas restritivas de direitos", o que tem instigado discussões baseadas no pensamento de alguns doutrinadores e estudiosos da área que acham que as modalidades punitivas devem ser categorizadas da seguinte forma: penas privativas de liberdade (detenção e reclusão), penas restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade), penas restritivas de direitos (interdições e proibições) e penas pecuniárias (multa e perda de bens e valores). Como se trata de questão meramente técnica, não será exposta com minúcia, até porque não condiz com o principal objetivo deste trabalho que se resume em salientar a importância social da aplicação das medidas e penas alternativas.

#### PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA OU DE OUTRA NATUREZA

O crime não é apenas uma questão entre quem o cometeu e o Estado, há conseqüências e perspectivas relacionadas à vítima. Isto preocupa legisladores e doutrinadores no que tange à reparação do dano causado ao invés do castigo em si. Muitas são as circunstâncias em que o próprio dano causado é irreparável. No entanto, existe a possibilidade de, para que haja determinado equilíbrio, ser executada reparação material.

A pena de prestação pecuniária foi preconizada pelo advento da Lei 9.714/98, que conseguiu estabelecer relação direta e proveitosa entre a substituição da pena privativa de liberdade (em favor do réu) e a compensação do dano causado (em favor da vítima), alcançando, dessa forma, com sucesso, o escopo da pena. Consiste a prestação pecuniária em que o condenado pague à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada, com destinação social, quantia em dinheiro, que será estabelecida pelo juiz. Esse montante será estabelecido entre os valores de um a trezentos e sessenta salários mínimos. É possível que, em alguns casos, a prestação pecuniária seja impossível ou não recomendável. Nesse tipo de caso, se houver aceitação do beneficiário, pode ser imposta pelo juiz prestação de outra natureza, segundo o § 2º do

artigo 45 da Lei dos Juizados Especiais. A prestação de outra natureza não é tida entre os operadores do Direito como ponto pacífico, visto que entendem que, dessa forma, a pena é submetida ao alvedrio do juiz e lhe dá discricionariedade arbitrária de legislar, sugerindo uma pena ajustável ao caso em questão. Como a Lei é extremamente vaga ao dispor sobre esse tipo de prestação, fica absolutamente sem limites o poder de punir do Estado, pondo em dúvida sua constitucionalidade em relação ao princípio da reserva legal. No entanto, essa possibilidade flexibiliza a tarefa de personalização da pena atribuída ao juiz.

Essa modalidade de pena restritiva de direitos deve ser estimulada, uma vez que sua aplicação supre os quesitos de retratação, reintegração e socialização do condenado e oferece, pelo menos parcialmente, resposta ao dano sofrido.

#### PERDA DE BENS E VALORES

Não menos polêmica do que a prestação de outra natureza, a perda de bens e valores é prevista pelo artigo 43, II, e pelo § 3º do artigo 45 do Código Penal, após a entrada em vigor da Lei 9.714/98. Sabe-se que essa modalidade de pena restritiva de direito deve atuar restritamente sobre o que é de propriedade do réu, em favor do Fundo Penitenciário Nacional. A fixação dos valores se encontrará proporcionalmente ligada ao prejuízo causado pelo infrator ou à vantagem obtida pela prática do crime. É uma questão polêmica porque alguns doutrinadores entendem que esse tipo de pena não passa de uma nova roupagem do confisco (representando considerável retrocesso), que foi afastado dos institutos de Direito Penal (ficando restrito ao artigo 91, sobre confisco de instrumentos de crime como efeito da condenação), por atingir diretamente a família do condenado.

A divergência se firma, ainda, no que tange à extensão desse tipo de pena aos sucessores do réu. Como a pena de perda de bens e valores é uma forma de sanção, faz-se pessoal, individual, intransferível e restrita à pessoa do condenado. Dessa forma, entendem alguns doutrinadores que o vínculo jurídico se exaure com a morte do culpado; outros afirmam que poderá ser estendida aos sucessores, consistindo em uma exceção constitucional.

## A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU ENTIDADES PÚBLICAS

Esta modalidade de pena alternativa é prevista desde o Código Penal de 1984. Atualmente é disposta pelos artigos 43, inciso IV, e 46. A punição é estabelecida atribuindo ao condenado o dever de prestar trabalho não remunerado em benefício de hospitais, escolas ou outras instituições públicas, ou que necessitem. Amiúde aplicada, principalmente após as inovações trazidas pela Lei 9.714/98, a prestação de serviço à comunidade tem se revelado a pena alternativa à prisão mais aceita tanto pelos magistrados quanto pela população.

Seu caráter educativo consiste nas características de gratuidade e utilidade. Além de não isolar o condenado, mantendo-o em contato direto com a sociedade, faz com que ele desenvolva trabalhos para os quais demonstra aptidão, dando-lhe a oportunidade de se desenvolver e aprimorar. A Lei 9.714/98, ao modificar o texto do Código Penal de 1940, acrescentou no artigo 46, referente a esse tipo de pena, a prestação de serviço a entidades públicas, o que não era previsto anteriormente, abrindo assim um leque vasto de opções e de possibilidades de escolha dos lugares onde o condenado cumprirá sua tarefa.

Um ponto de questionamento trazido com o advento da Lei 9.714/98 é o fato de ter limitado a substituição da pena privativa de liberdade por pena de prestação de serviço à comunidade ou entidade pública apenas nos casos em que a condenação impuser pena de prisão superior a seis meses. Ora, se este é o tipo de alternativa mais utilizado por magistrados e o mais bem aceito pela população, se cumpre com sua função social e reabilitadora e, além disso, beneficia as entidades cujas tarefas são cumpridas pelos condenados, não há razão de existência para tal limitação, considerando que só restringe o campo de atuação do juiz.

É bem claro o § 3º do artigo 46 do Código Penal, assim como o artigo 149 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), sobre a necessidade de que o trabalho imposto e desenvolvido pelo condenado deverá ser estabelecido de acordo com suas aptidões, garantindo e preservando sua dignidade e sua segurança, não podendo expô-lo a nenhum vexame ou humilhação. Se isso acontecesse, não haveria de se falar em reabilitação e ressocialização. Em caso de acidentes ou de danos contra terceiros,

sabe-se que a responsabilidade é do Estado, exceto se houver culpa da entidade beneficiada. Mister salientar que, de acordo com o § 4º do artigo 46, é permitida a mitigação da pena nos casos em que a pena substituída for superior a um ano e desde que o tempo cumprido não seja inferior à metade dela.

A conversão da prestação de serviço à comunidade ou a uma entidade pública em pena privativa de liberdade acontecerá quando forem descumpridas as exigências legais previstas: se o réu não for encontrado, se deixar de comparecer injustificadamente, se se recusar a desenvolver a atividade proposta, se praticar falta grave ou se sofrer condenação que torne impossível a continuidade do cumprimento da pena alternativa.

O que se faz de extrema importância nas ocasiões de cumprimento dessa modalidade de pena alternativa é a participação social, com aceitação, por parte da população e das entidades vinculadas aos programas, da presença e da prestação de serviços pelo condenado, sem submetê-lo a qualquer tipo de preconceito ou discriminação para que a pena atinja seu objetivo humanitário e social. Além disso, para que o sistema seja eficaz e profícuo, é necessário que haja a preparação e o condicionamento de pessoas que acompanhem e fiscalizem diretamente o cumprimento da pena, garantindo o engajamento e a disciplina do condenado. Mirabete (1989, p. 49) opina sobre a matéria da seguinte forma:

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

#### INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

Esse tipo de pena alternativa já era previsto pelo artigo 47 do Código Penal, que foi apenas acrescido de um inciso pela Lei 9.714/98. Anteriormente a essa Lei, a pena dizia respeito à



proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

Com a mudança trazida pela referida Lei, passou a fazer parte desse rol a “proibição de frequentar determinados lugares”.

Nesses casos em que a pena é substitutiva, a proibição do exercício do cargo não se confunde com a perda de função pública, que constitui efeito específico da condenação, assim como a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo não se confunde com a inabilitação para dirigir veículo, que é efeito da condenação por delito doloso.

#### LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA

Também uma pena alternativa, a limitação de fim de semana consiste em que o condenado permaneça por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em casa de albergados ou em outro estabelecimento adequado, participando nesse tempo de cursos, palestras ou outras atividades educativas, a fim de que essas atividades colaborem para sua reinserção social e sua reabilitação, sem comprometer o horário de trabalho.

A Lei 7.209/84, que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 3º, parágrafo único, estabelece que, quando não for possível, pelas condições materiais da Comarca, a execução da pena de limitação de fim de semana, o juiz deverá proceder à concessão do *sursis*.

No Brasil, a existência dessa medida é teórica, pois, além da falta de estabelecimentos para o alojamento dessas pessoas, há um déficit enorme de pessoal qualificado para o acompanhamento da execução dessas tarefas, assim como também sofrem dessa carência todas as outras medidas alternativas à prisão.

#### MULTA

A multa substitutiva já era prevista pelo § 2º do artigo 60 do Código Penal, podendo ser aplicada nos casos em que a pena privativa

de liberdade fixada não fosse superior a seis meses. A Lei 9.714/98 implementou, com o § 2º do artigo 44, a norma que estabelece que

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

Há divergências sobre essa contradição: alguns aplicadores do direito vêem a possibilidade de o artigo 60 ser subsidiariamente utilizado e outros não.

A pena de multa é bastante questionada por se referir a questões de ordem financeira. É amiúde considerada injusta por abranger desigualdades sociais e econômicas principalmente num país como o Brasil. Todavia, sua fixação em dias-multa, de acordo com o que estabelece o artigo 49 do Código Penal, vem para garantir um certo equilíbrio e uma certa proporcionalidade entre os valores fixados aos condenados. Além disso, é inexistente a possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. Anteriormente prevista pelo artigo 51 do Código Penal, essa norma foi tacitamente proibida pela Lei 9.268/96, que lhe deu nova redação. Essa mudança aconteceu porque se chegou à conclusão de que o não-pagamento da multa, muitas vezes, atuava como fato mais grave do que o delito cometido pelo condenado.

Discute-se, ainda, sobre a competência para a execução da cobrança da multa. Parte da doutrina entende que a pena poderá ser competentemente cobrada pela Fazenda Pública ao ser inscrita como dívida ativa. Outros doutrinadores pregam que a legitimidade para a cobrança pertence ao Ministério Público devido à preservação do caráter criminal da pena.

É extremamente importante enfatizar que a pena de multa substitutiva sobrepõe-se exclusivamente à pena privativa de liberdade, permanecendo inexorável e inatingível a pena de multa autônoma e que for originariamente fixada. Observa-se, por exemplo, a pena por porte de entorpecentes, que determina seis meses de detenção e pagamento de vinte dias-multa. A substituição pela pena alternativa atingirá somente a pena de detenção, permanecendo a obrigação de pagamento da multa. Doutrinadores, como Damásio de Jesus, entendem que a pena original fica absorvida pela aplicação da substitutiva, já que ambas têm a

mesma finalidade. Não é, então, pacífica a questão. O que a nova Lei estabelece é apenas a substituição da pena privativa de liberdade pela multa substitutiva, nada declarando sobre a substituição da multa originária. Vale ressaltar que não houve nenhuma modificação das penas de multa na Parte Especial de Código Penal.

### CONCLUSÃO

As tentativas de alguns legisladores e doutrinadores de humanizar e modernizar nossa política criminal, fundamentadas em vários fatores que concluem pelo completo fracasso do sistema carcerário, como, por exemplo, prisioneiros de alta periculosidade convivendo com delinquentes ocasionais, presos tendo seus direitos humanos feridos e vivendo dias sombrios causados por abusos sexuais, falta de assistência médica e desrespeitos de toda ordem, não prosperarão sem o interesse e a participação direta da comunidade.

Em exposição realizada no I Congresso Nacional de Execução da Pena, Leal (1997, p. 65) assim se manifestou:

A luta pela humanização das penas, privativa de liberdade ou alternativas, surge como o maior desafio, não só aos operadores do Direito Penal – dentre eles, de forma especial, aqueles encarregados da assistência judiciária aos condenados, como a toda a sociedade; ou, ao menos, para os seus segmentos preocupados com a democratização e a efetivação da cidadania. Para estes, tal luta passa necessariamente pela afirmação e concretização dos direitos humanos, inclusive do cidadão (pois assim deve ser considerado) processado, condenado ou preso. Só o respeito a estes direitos, no plano real, pode conferir algum sentido à pena – algum sentido que ultrapasse, é claro, a repressão pura e simples, tão mais cruel, quando socialmente inócua, ou, pior ainda, contraproducente.

Um ponto relevante sobre a questão de atualizar a legislação penal, adequando-a às aspirações de segurança social, é confuso quando o legislador se vê imbuído do dever de proporcionar uma resposta à sociedade, que, em geral, clama por leis penais que atendam a situações imediatas. Resultam daí penas duras e regimes prisionais rígidos. Nesse aspecto, há de se lembrar o papel da mídia, que enfatiza a violência e

prega uma política criminal mais severa e comprovadamente ineficaz para contenção da criminalidade.

Tendo em vista a função social que se pretende atribuir à pena, fazem-se necessários programas de conscientização da comunidade para orientá-la sobre o funcionamento e a eficácia das medidas alternativas e a criação de projetos de reformas de base que possibilitem ao cidadão acesso à saúde, emprego, escolas, moradia. Com tais medidas, impede-se que o indivíduo tenha motivações e razões para a prática de crimes, o que tiraria do Direito Penal a responsabilidade absoluta pelo resultado da descriminalização e da ressocialização do delinqüente.

#### ABSTRACT

The application of alternatives to imprisonment represents considerable advance in criminal law and judicial system in any country that adopts them. Brazil has a great deal of options at its disposal in order to avoid imprisonment as punishment. Relevant examples are Law number 7.210/84, Law number 9.099/95 and Law number 9.714/98. The last one modified a section of the Brazilian Penal Code. The principal requirement for the application of the alternatives to imprisonment by magistrates and other members of Penal Justice is acceptance, participation and commitment of society in general. Taking into account that the objective of this kind of punishment is rehabilitation and resocialization of the prisoner, it's necessary that the entire community supports the execution of the method. The system and the institutions of incarceration are deplorable, and have actually become "schools of crime", corrupting and denigrating their "guests". It's of vital importance that the professionals in this area, as well as the general public become aware of this situation, so that punishment accomplishes its real social aim.

KEY WORDS: Penalty alternatives. Prison.

#### REFERÊNCIAS

- BARBOSA, L. As penas e medidas alternativas. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 10, p. 85-92, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito de execução penal*. Goiânia: Século XXI, 2001.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, C.R. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3.ed. Porto Alegre: Ed. Livr. do Advogado, 1997.

DOSTOIEVSKI. *Crime e castigo*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1994.

DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

JESUS, D. E. *Código penal anotado*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

\_\_\_\_\_. *Comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade*. Escritório das Nações Unidas. Nova York, 1993.

JOBIM, N. Penas alternativas: pontos para reflexão. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 7, p. 19-27, 1996.

KUEHNE, M. Penas alternativas. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 12, p. 115-125, 1998.

LEAL, C. B. Direitos do homem e sistema penitenciário. *Diário do Nordeste*, Fortaleza, ago. 1999.

\_\_\_\_\_. A prestação de serviços à comunidade como alternativa à privação da liberdade. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 9, p. 15-25, 1997.

\_\_\_\_\_. Penas alternativas: uma resposta eficaz. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 13, p. 23-28, 2000.

\_\_\_\_\_. *Prisão, crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LENGRUBER, J. A necessidade da aplicação e ampliação das alternativas à pena privativa da liberdade. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 5, p. 57-69, 1995.

MIRABETE, J. F. *Processo penal*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Execução penal*. São Paulo. Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 269.

MUAKAD, I. B. *Prisão albergue*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROUSSEAU, J.J. *Emílio ou da educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.