APLICAÇÃO DA PENA, GARANTISMO E SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO

Raimundo Nascimento Gama[[1]](#footnote-1)

**RESUMO:**

O presente trabalho tem por objetivo precípuo mostrar que na aplicação da pena, a privativa de liberdade nem sempre é necessária, haja vista que, além de custar caro ao Estado, não recupera o apenado e não pode ser retirada deste a dignidade humana, garantida constitucionalmente, posto que esta seja inerente ao ser, independentemente da ilicitude que lhe for imputada. Observado o garantismo constitucional, verifica-se que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por alternativa, nos casos de menor e médio potencial ofensivo, sem o Estado se descurar do seu poder/dever de punir com eficiência, posto que a eficácia, por ser virtude, está longe de ser alcançada nos moldes atuais da nossa legislação penal, tornando a punição mais humanizada para os apenados, com caráter real de reprovabilidade pela antijuridicidade praticada e possibilidade de ressocialização e reeducação do individuo, sem submetimento deste à condição degradante que é o sistema prisional brasileiro, humilhante e falido em todos os aspectos. Aqui também é suscitado o fato de que a prisão não recupera o individuo e, geralmente, o transforma para pior, em face da cultura assimilada por este dentro do sistema prisional, que é um mundo à parte, medievo, esquecido e somente fiscalizado quando situações aberrantes são noticiadas, mas que normalmente a sociedade aceita como sendo fatos normais e inerentes aos apenados, desde que as conseqüências permaneçam dentro dos limites das prisões.

**PALAVRAS-CHAVE**: Aplicação da Pena; Garantismo; Penas alternativas; Sistema penitenciário; Substituição da Prisão.

**SUMMARY :**The present work has the primary objective to show that the application of the penalty , the deprivation of liberty is not always necessary , considering that , besides costly to the state, not the convict recovers and can not be removed from this human dignity , constitutionally guaranteed , since this is inherent to , regardless of wrongdoing is imputed to him . Observed the garantismo constitutional checks that it is possible to replace the sentence of imprisonment for an alternative in cases of smaller and medium offensive potential , without the state is neglecting its power / duty to punish effectively , since the effectiveness , reason for being , is far from being achieved in current patterns of our criminal law , making the punishment more humane for inmates with real character of disapproval by antijuridicidade practiced and possibility of rehabilitation and re-education of the individual , without subjecting this degrading the condition that is the prison system , humiliating and bankrupt in all aspects . Here also raised the fact that the prison does not recover the individual and usually turns for the worse , in the face of culture assimilated by this within the prison system , which is a world apart , medieval , forgotten and only when supervised situations aberrant are reported but usually society accepts as normal facts and inherent convicts , since the consequences remain within the confines of prisons .

**KEYWORDS:** Application Pena; Garantism; Penitentiary system; Replacement Prison; Sentencing Alternatives.

1. **INTRODUÇÃO**

A prática de confinar criminosos, suspeitos ou inimigos políticos em prisões é muito antiga, mas raramente destinada ao cumprimento de pena. Até o século XVIII a prisão era destinada quase sempre a suspeitos à espera de julgamento, ou a condenados que esperavam a execução da pena, que equivalia, de modo geral, a castigos físicos, mutilações ou morte. Os presos eram imobilizados com grilhões, torturados para confessar crimes ou delatar pessoas e expostos a todo tipo de doenças, em virtude das péssimas condições dos calabouços. Ficavam juntos jovens e velhos, homens e mulheres, simples suspeitos e criminosos condenados.

Por ocasião da Inquisição, a união resultante da interpenetração de direito e moral, no campo do direito penal, possibilitou a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, ideias, pensamentos e opções pessoais. Isto é visto no direito penal da Inquisição, onde o criminoso era aquele que negava a verdade imposta, que elegia e aderia a uma falsa doutrina em detrimento da verdadeira, segundo os dogmas da Igreja Católica.

Verifica-se que a punição é um produto de adaptação histórico e cultural, nem sempre necessária ou convenientemente aplicada para o alcance de um objetivo ansiado pela sociedade, porquanto é fulcrada numa decisão política e não científica. Apresenta-se como uma sanção posterior ao conflito que a origina, não configurando uma reação, mas busca eliminar o conflito originário.

Particularmente no Brasil, em que pese o fato de a legislação brasileira visar proteger os condenados de situações degradantes, partindo dos preceitos constitucionais de respeito à dignidade humana, que concede favores graduais, os avanços teóricos do direito, porém, não se traduziram na realidade da vida penitenciária brasileira. A garantia desses direitos é imperiosa, conforme ensina Carvalho:

No momento da condenação de uma pessoa ao sistema penitenciário exsurge uma série de direitos e garantias processuais que permitem a diminuição do período de cumprimento da pena e, por óbvio, de permanência no sistema: são os chamados incidentes da execução. Há uma série de direitos primários, exclusivos da condição de apenado, que devem ser respeitados pelo Poder Público, principalmente pelo Judiciário (v.g. remição, progressão de regime, substituição de pena, detração, livramento condicional, comutação, indulto *et* coetera). (CARVALHO, S., 2008 p. xxvi).

A população carcerária, constituída de pessoas oriundas das camadas mais pobres da população, mistura criminosos violentos e perigosos a culpados de delitos leves. Na década de 1990, a título de exemplo, repetiram-se nas prisões os motins de presos submetidos a maus-tratos e excesso populacional. Em 1992, a história do sistema penitenciário brasileiro foi estigmatizada pelo massacre na Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo, no qual 111 presos foram executados por policiais militares. Nesse sentido Carvalho fornece a assertiva:

A discussão sobre a realidade carcerária é freqüentemente precedida de situações de enorme violência nas instituições – *v. g.* fugas, rebeliões e motins. Propagados e explorados fervorosamente pelos meios de comunicação de massa, tais fatos pulverizam discursos estruturados em pressupostos maniqueístas e segregadores, quando não belicistas. (CARVALHO, S., 2008 p. xxiv).

A sucessão de episódios desse tipo abriu espaço para a discussão do sistema penitenciário e tornou patente que ainda perdura no Brasil a antiga dicotomia que situa em campos opostos os que consideram as injustiças sociais responsáveis exclusivas pelos desvios de comportamento e os que atribuem a prática do crime apenas à vontade individual.

Partindo desses pressupostos, verifica-se que a privação de liberdade é reconhecidamente ineficaz e onerosa, não recupera o criminoso e nem reduz a criminalidade. Muito embora a legislação brasileira preveja alternativas à pena de prisão, nos casos de menor e médio potencial ofensivo, como a prestação de serviços à comunidade, elas são timidamente aplicadas.

Precipuamente, o presente trabalho visa traçar um paralelo entre a parametricidade da aplicação da pena e do garantismo e a substituição da prisão, nos casos de delitos de menor e médio potencial ofensivo, observadas as garantias constitucionais que apontam para a dignidade humana, sem descurar o Estado do poder e da obrigação de punir o agente delituoso, porém com a atenção devida às condições humanizadas de cumprimento da pena, respeitando os direitos inerentes ao ser.

1. **GARANTISMO**

A *secularização,* assim entendida a definição dos processos pelos quais a sociedade produziu, a partir do século XV, uma ruptura entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicismo[[2]](#footnote-2)), mais pormenorizadamente entre a moral do clero e a ciência, nos direciona ao entendimento de que a laicização do direito aponta para uma marcação de política criminal de intervenção mínima, onde somente os atos que impliquem em lesão efetiva dos bens jurídicos de terceiros serão passiveis de criminalização, tendo em vista a imunidade do ser.

O garantismo, termo que designa, em direito, os mecanismos jurídicos que garantem a harmonia entre os poderes do Estado e permitem a tutela do exercício pleno dos direitos fundamentais dos cidadãos, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, tem na Constituição a fonte de todas as demais normas consideradas inferiores a ela, conforme nos ensina Bobbio:

[...] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de *ordenamento*. (BOBBIO, p. 49 *Apud* GRECO, 2009 p. 10).

Isto posto, temos na Constituição da Republica Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, as diretrizes balizadoras que devem ser seguidas por todos os ramos do direito brasileiro quando se está em questão os direitos individuais e coletivos:

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Título II – Dos Direitos Fundamentais – Capítulo II – Dos Direitos Sociais)

As garantias constitucionais se apresentam desdobradas em duas classes: as garantias primárias e secundárias. Pelas primeiras entende-se como sendo os limites e liames normativos, as proibições e obrigações, impostos na tutela dos direitos. Pelas segundas compreende-se como as diversas formas de reparação subseqüentes às violações das garantias primarias. Dentre essas garantias os direitos fundamentais aparecem não como uma criação pelo poder político, mas reconhecido por este como ponto fulcral de legitimação ao exercício pleno da cidadania e necessários ao respeito à dignidade humana, pois no homem residem direitos e deveres inerentes à condição precípua de convivência em sociedade.

Partindo desse prisma, o homem, então, surge como o centro das atenções do Estado que, com o fito de manter a paz social, deve coibir os comportamentos danosos, lesivos e intoleráveis que atinjam e comprometam os bens mais importantes e necessários à convivência social, sem, entretanto, ferir os princípios norteadores contidos na Lei Maior. Entretanto, para efetivação desses direitos, é necessário que haja instrumentalidade processual garantista suficiente que assegure a prestação jurisdicional, e é aí que deve surgir a figura do jurista identificado com a expectativa crítica capaz de exercer a função de denunciador das ilegalidades do sistema, sejam elas normativas ou relativas às práticas cotidianas, sob pena de, enquanto operador do direito, internalizar e legitimar o ódio comunitário que indica para uma política criminal de vingança privada, em detrimento do seu papel primordial de prestador público de justiça, pondo por terra todas as garantias constitucionalmente formalizadas, conforme ensina Carvalho:

Se o operador do direito, narcotizado pelo discurso defensivista, exigiu o máximo da legalidade até a sentença condenatória, neste momento crucial se cala, esquece o direito positivo como se acometido de terrível amnésia técnica. E, assim, por ignorância, ingenuidade ou má-fé, torna-se (co)responsável; transforma-se em agente legitimante e (re)produtor da selvageria gótica que assola a execução da pena privativa de liberdade, principalmente aquela cumprida em regime fechado. (CARVALHO, S., 2008 p. xxv)

Continua Carvalho, mais enfático ainda, com relação à responsabilidade do Estado e do papel do operador de direito na execução penal:

A ingenuidade do operador do direito em sede de execução penal determinou premissas que impedem a efetiva busca de soluções. A principal é a afirmação de que o problema da execução reside exclusivamente no Estado-administração, ou seja, de que a violação aos direitos dos presos decorre da incompetência do Estado ao não cumprir a Lei de Execução Penal. Sustenta-se que, se o Executivo prestasse seus serviços, os direitos dos apenados estariam plenamente garantidos. (CARVALHO, S., 2008 p. xxv)

Reforçando as assertivas de Carvalho, Greco afirma que a magistratura exerce papel fundamental no que diz respeito à interpretação da lei em conformidade com a Constituição:

O juiz não é mero aplicador da lei, mero executor da vontade do legislador ordinário. Antes de tudo, é o guardião de nossos direitos fundamentais. Ante a contrariedade da norma com a Constituição, deverá o magistrado, sempre, optar por esta última, fonte verdadeira de validade da primeira. (GRECO, 2009 p. 11)

A construção dos direitos humanos, a partir de uma visão garantista, foram os lapidares da legitimação externa dos Estados Democráticos de Direito, a partir da subtração da influência religiosa do saber filosófico e jurídico, propiciando o surgimento de um modelo jurídico-penal contratualista[[3]](#footnote-3) e liberal, a partir da busca de limites ao Estado ante a liberdade individual, e, também, pela produção de critérios de participação do cidadão na sociedade. Corroborando neste mesmo sentido, Carvalho ensina:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. (CARVALHO, A., 2008 p. 19)

Entendidos como vínculos substanciais de caráter negativo (limitadores da intervenção), impõem um dever de observância que a maioria, inclusive a unanimidade, não pode legitimamente violar, visto estarem garantidos e alijados de qualquer forma de disponibilidade. (CARVALHO, A., 2008 p. 19)

Destarte, os direitos fundamentais adquirem condição de intactilidade, no campo do inegociável, cujo sacrifício dessa condição não pode ser legitimado sequer para justificar a manutenção do bem comum, significando dizer que os direitos fundamentais constitucionalizados têm a função de estabelecer o propósito e os limites do direito penal nas sociedades democráticas. Nesta inter-relação de circunstancias, o direito penal e o direito processual penal agiriam como regras de tutela e liberdade, sendo, por outro lado, os direitos políticos os direcionadores de acesso do cidadão às decisões sobre os parâmetros que regulam a sociedade, principiando a humanização racional do direito a partir do pensamento filosófico-jurídico resistente à barbárie dos Tribunais do Santo Ofício da Inquisição[[4]](#footnote-4).

É possível compreender, então, que a teoria garantista surge como limitadora e disciplinadora dos poderes públicos, como instrumentalizadora racional do sistema jurídico na criação de esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e como limitadora do poder punitivo, garantindo o homem contra qualquer tipo de violência arbitrária. Verifica-se, então, que a teoria garantista está contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil como a espinha dorsal, como o âmago estrutural da democracia, pois tanto as garantias liberais quanto as sociais exprimem os direitos fundamentais do cidadão em face dos poderes do Estado, bem como dos interesses, direitos e tutela dos hipossuficientes e das minorias em relação aos de maior poder e maiorias integradas.

O princípio da dignidade humana foi preocupação do legislador constituinte e está contido na Constituição Brasileira como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme se verifica no art. 1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

A Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, porquanto todas as demais estão a ela subordinadas, significando dizer que nenhuma pena pode, por mais reprovável que seja a conduta do agente, ultrapassar os limites por ela impostos e, tampouco, ferir os princípios nela garantidos.

1. **APLICAÇÃO DA PENA**

A aplicação da pena deve, obrigatoriamente, obedecer aos critérios estabelecidos na Lei Maior, não existindo meios cruéis de punição ou qualquer outro que desrespeite os princípios da dignidade humana, obedecidos, ainda, os critérios de proporcionalidade do ilícito cometido pelo agente com a pena a ele atribuída em face do fato típico e antijurídico, que é o enquadramento da conduta do agente na lei penal, bem como na antijuridicidade que é a contradição entre uma conduta típica e o ordenamento jurídico.

Ao Estado cabe o múnus e o poder de punir o agente que praticou o fato típico e antijurídico, primeiramente, obedecidas as etapas de provas, defesa ampla, para então aplicar a pena, quando e como cabível, interpretada como reprovabilidade à prática do fato e como ressocialização e readaptação do individuo ao convívio social. Verifica-se, entretanto, que os modelos de ressocialização e readaptação, segundo Zaffaroni:

(...) impõem parâmetros de conduta e pensamento que pertencem a outras classes sociais, com interesses diversos, obtendo como conseqüência a perda de identidade dos apenados (desculturação) e a consolidação de sua posição marginal (reculturação). (ZAFFAROINI, p. 215 *Apud* CARVALHO, S., 2008 p. 181)

A ressocialização e readaptação não são sequer satisfatórias em face de estarem em sentido contrário ao regime de legalidade do Estado de Direito, impossibilitando a concepção destas na estrutura jurídica garantista, conforme nos ensina Carvalho:

Os métodos disciplinares são ontologicamente inquisitoriais. As decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de pré-determinações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo – como teria de ser, por várias razões, mas, sobretudo, porque se trata de um regime totalitário, as ordens não são justificadas nem explicadas. Desta forma, fica o porquê da inviabilização de rígido controle da legalidade nos espaços de poder carcerários. (CARVALHO, S., 2008 p. 181)

A pena diz respeito à reprovação do mal produzido pela conduta do agente e tem caráter retributivo, além de apontar para a prevenição de futuras infrações penais, porém, segundo Roxin:

(...) a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, p. 81-82 *Apud* GRECO, 2009 p. 489)

A sociedade satisfaz-se com o pagamento da pena pelo condenado, desde que essa pena seja a de privativa de liberdade, pois a aplicação de outra qualquer, seja a privativa de direitos ou multas, transmite a sensação de impunidade, pois o homem sente prazer com o sofrimento do infrator quando aprisionado, como se os castigos sofridos por este fosse realmente a reparação pelo dano causado. Tudo isso tem cunho histórico e cultural e explica a natureza aflitiva das penas impostas ao infrator, onde o corpo deste pagava pelo mal praticado, sendo açoitado, crucificado, esquartejado, esfolado vivo, tendo mais tarde recepcionado o aspecto religioso, onde os pecados sempre eram expiados com alguma forma de castigo, até de autoflagelo, principalmente quando os aspectos morais eram corrompidos dentro da verdade imposta pela Igreja Católica.

Esses pressupostos culturais, históricos e religiosos pertencem a uma estrutura de controle social que nada dizem respeito à pessoa e à dignidade humana, implicando em confusão de moral e direito, pois, segundo Carvalho:

(...) é condição do Estado Democrático de Direito o reconhecimento da qualidade de pessoa a todo homem, assegurado o livre exercício de seus direitos na medida em que não prejudiquem direitos alheios, deduzindo um necessário limite à ingerência do Estado, um campo que pertence à moral, à convicção humana, à fé e à consciência individual na qual um sistema respeitador dos direitos humanos não pode intrometer-se. (ZAFFAROINI, p. 215 *Apud* CARVALHO, S., 2008 p. 181)

Em que pese o fato de o garantismo estar constitucionalizado, encontra-se na aplicação da pena a valoração de aspectos relativos à interioridade do réu/condenado que, via de regra, direciona ao inquisitivismo antigarantista de forma desfavorável ao sujeito. Isto se verifica na quantificação (art. 59, inciso II c/c art. 68 do Código Penal), quando da avaliação das circunstâncias subjetivas (art. 59, *caput,* Código Penal), ou mesmo na incidência das agravantes (arts. 61 e 62 do Código Penal), principalmente no caso de réu reincidente.

Sendo o garantismo desiderato comum num Estado Democrático de Direito, deve o juiz aplicar a pena com conhecimento de causa, com convicção legitima e decisão acertada, sob pena de torná-la incongruente e arbitrária, principalmente se observadas com rigor as subjetividades relacionadas ao ser do condenado, tal como a personalidade do agente, pois geralmente lhe falta amparo técnico e científico para definí-la com precisão, pois neste caso específico, controverso, não apresenta elementos e possibilidades de averiguabilidade processual pelo magistrado e pelas partes, ou seja, a valoração da personalidade do agente, do ponto de vista técnico, nada diz, dado à imprecisão, à superficialidade e à incompletude, permanecendo no campo do senso comum limitada a afirmações genéricas. Nesse sentido, Carvalho é taxativo:

Não basta, pois, o magistrado suscitar um elemento categórico, encobrindo-o por termos vagos e imprecisos. O requisito constitucional da fundamentação das decisões impõe a explicitação dos critérios, métodos e conceitos utilizados.

Inadmissível, assim, que se possa auferir juízo negativo de personalidade sem demonstrar a base conceitual e metodológica que possibilitou a enunciação.

Aliás, desde uma perspectiva transdisciplinar, levantar tal assertiva corresponde a uma brutal heresia científica. É indubitável que o campo de saber estabelecido pela lei, e reiteradamente expresso pela doutrina, não se delimita ao jurídico, mas sim à psicologia, à psiquiatria e/ou à psicanálise. (CARVALHO, S., 2008 p. 56)

Nota-se, dessa forma, que a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade. (CARVALHO, S., 2008 p. 57)

Este é apenas um dos aspectos a serem observados na aplicação da pena, ou seja, a punição deve ter alicerce no garantismo para que não desrespeite os princípios da dignidade humana e seja realmente proporcional à antijuricidade praticada pelo agente, sob pena de torná-la incongruente perante os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

1. **SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO**

O Direito Penal, ao adentrar na casa do cidadão, seja ele vítima ou agente, faz estragos. Em se tratando da vítima, são óbvias as conseqüências, posto que tivesse direitos lesionados. Em se falando do agente, mesmo sabendo-se que a pena não pode passar deste, por garantia constitucional, os familiares são atingidos em cheio de alguma maneira, haja vista que a sanção imposta causa sofrimento aos pais, aos filhos, aos companheiros, ou seja, indiretamente todos são penalizados. Assim sendo, a substituição da prisão surge como alternativa menos feroz, menos arrasadora, tanto para o apenado quanto para os seus familiares, sem, entretanto, fugir do caráter punitivo e reparador do dano causado pelo agente. Nesse sentido Greco é preciso e feliz quando afirma:

Se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana. As raízes iluministas do princípio da proporcionalidade fazem com que hoje, passados já três séculos, colhamos os frutos de um direito penal que visa ser menos cruel e procura observar os direitos fundamentais do homem. (GRECO, 2009 p. 530)

Verifica-se, entretanto, que a forma fundamental dos sistemas jurídico-penais da modernidade é ainda a pena privativa de liberdade, embora outras espécies de penas (restritivas de direitos e multa), todas substitutivas daquela, estejam previstas no nosso ordenamento jurídico, surgindo, então, as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena a partir da quantificação da privação da liberdade analisada com base na estrutura do art. 59 combinado com o art. 68 do Código Penal.

As penas substitutivas foram incluídas na reforma de 1984, definidas no art. 32, Código Penal, que, em verdade, são as penas restritivas de direito. A partir de então, o direito penal brasileiro, ainda que de forma acanhada, passou a contar com o instrumento de alternativas penais à prisão, atendendo, assim, às reivindicações internacionais, porém essas alternativas ficaram condicionadas aos casos em que a condenação não ultrapasse a um ano de pena privativa de liberdade, restringindo, portanto, a atuação nas contravenções penais e crimes ínfimos, não atuando significativamente o campo do sistema punitivo. Coadunando com esta afirmação, Greco atesta:

Por mais que se discuta, ainda não achamos outro meio eficaz que possa vir a substituir a pena privativa de liberdade cominada com algumas infrações mais graves. A tese abolicionista, tão festejada por Louk Hulsman, continua a ser uma utopia. (GRECO, 2009 p. 530).

Contudo, há casos em que podemos substituir a pena de prisão por outras alternativas, evitando-se, assim, os males que o sistema carcerário acarreta, principalmente com relação àqueles presos que cometeram pequenos delitos e que se encontram misturados com delinqüentes perigosos. (GRECO, 2009 p. 531).

Com relação às penas restritivas de direitos, é importante salientar que, embora o art. 44 diga que são autônomas, na verdade, até a edição da Lei nº 11.343/2006, não existiam tipos penais nos quais a pena prevista no seu preceito secundário fosse única e exclusivamente a restrição de direitos. Tais penas, agora, como regra, são substitutivas, ou seja, primeiramente aplica-se a pena privativa de liberdade e, quando possível, presentes os requisitos legais, procede-se à sua substituição. (GRECO, 2009 p. 533).

As penas substitutivas, que tem como característica principal substituir a privativa de liberdade, após a Lei 9.714/98, são as seguintes: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; limitação de fim de semana; proibição do exercício do cargo; proibição do exercício da profissão; suspensão da habilitação para dirigir veículo; prestação de outra natureza; multa substitutiva.

Desde quando estejam presentes no caso concreto todas as circunstâncias exigidas pelo ordenamento jurídico, as penas substitutivas se apresentam como alternativas à privativa de liberdade, sem, no entanto, esgotarem em si mesmas o sentido de alternativas penais. É o que se verifica, a título de exemplo, nas previstas na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), no *sursis* (artigo 77, Código Penal), e no livramento condicional (art. 83, código Penal), consideradas, também, como alternativas.

Também se fazem presentes como alternativas penais, como restritivas de direitos, nas Leis 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, artigo 78) e 11.343/2006 (Lei de Drogas, artigo 28).

O art. 44 do Código Penal lista as condições indispensáveis para que o Juiz possa decidir sobre a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o que significa dizer que todos os elementos ali contidos devem se fazer presentes como condição precípua para realização da substituição:

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

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

§ 1º (Vetado.)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direito, se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

(...)

Verifica-se no Art. 44, III, Código Penal, a presença da condição ‘personalidade do condenado’ dependente da discricionariedade da autoridade julgadora que, se não precedida de suporte técnico, de laudo expedido por profissional competente, da área de psiquiatria e ou psicologia, cai no subjetivismo, suscetível de utilização de critérios de avaliação meramente pessoais, fato que suprime, em parte, a legitimidade no ato de julgar.

É verdade que as penas exageradas em face do fato antijurídico, se nos apresentam como injustiças, pois a proporcionalidade é idéia inata ao ser humano e o excesso causa revolta ao apenado. É aí que reside o grande problema a ser resolvido pelo Direito Penal: atinar para a proporcionalidade da pena, alcançando as sanções alternativas à privativa de liberdade, obedecendo aos princípios da dignidade humana, sem passar para a sociedade a sensação de impunidade e sem causar maiores aflitos ao agente, além do real necessário à retribuição pelo mal praticado e proporcional à gravidade do delito, isto posto:

O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexo retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. (FERRAJOLI, *Apud* GRECO, 2009, p. 97)

A legitimidade para aplicação de penas alternativas encontra abrigo na idéia de intervenção mínima do direito penal resguardada na Constituição da República Federativa do Brasil, em cujo art. 3º está contida como fundamento da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além do objetivo de eliminar a pobreza e a marginalização, para tanto, o alcance de tais princípios constitucionais, em relação ao infrator, depende da sua integração social. Destarte, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas merece destaque especial devido à sua importância fáctica, sem desmerecer a prestação pecuniária convertida em prestação de outra natureza, sendo, contudo, necessária a análise profunda e individual, com critérios bem definidos para a sua aplicabilidade, esculpidos nos ditames morais constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana.

1. **CONCLUSÃO**

Valorizar a dignidade da pessoa humana é necessário e imperioso, porém não possui caráter absoluto, posto que em determinadas situações, obrigatoriamente, outros princípios deverão ser levados em conta, tais como bens e interesses, resultando a prevalência de um sobre o outro. Dessa forma, se um agente pratica o delito de roubo e a sua ação resulta na morte da vítima, em que pese o fato de aquele ter direito à liberdade, há que se verificar a gravidade da infração penal cometida por ele e ponderar que seu direito à liberdade deverá sucumbir ao direito de proteção dos bens jurídicos pertencentes às demais pessoas conviventes na mesma sociedade.

Considera-se, entretanto, para a aplicabilidade da substituição da prisão, os crimes de médio e menor potencial ofensivo, cabendo estudos direcionados à expansão de tal benefício, se assim entendidos, como forma de graduar a punição com a devida proporcionalidade ao fato antijurídico. Desta maneira, a pena privativa de liberdade, a partir da visão de intervenção penal mínima e com respaldo da Constituição Federal, teria um sentido de maior reprovabilidade, não banalizada, do ponto de vista de sua aplicação, sem, contudo, o Estado deixar de exercer o poder/dever de punir os infratores.

Diante do sistema prisional falido, as penas alternativas funcionam com maior eficácia, haja vista que o apenado não experimentaria influências culturais danosas e divergentes da assimilada por toda uma vida, nem sentiria a revolta causada pelo desrespeito sofrido no seio das prisões, fato que, invariavelmente, direcionam o apenado à reincidência, ou pior, o levam à prática de delitos de maior potencial ofensivo.

Necessário é, entretanto, a estruturação de equipamentos materiais e humanos para monitorar e fiscalizar a execução das penas alternativas, pois é nesse campo que reside a incompetência do Estado para aplicabilidade eficiente da pena. Essa ineficiência do aparelho Estatal é traduzida pela sociedade como impunidade, sinonimizando justiça com prisão, quando, em verdade, a condenação é imposta ao infrator, nos casos de menor e médio potencial ofensivo, por perda de bens e valores, por prestação pecuniária e prestação de outras naturezas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. A questão da prisão sinonimizar pena justa é cultural, merecendo reeducação da sociedade a partir de esclarecimentos e mostras de execução satisfatória da pena, retirando, assim, o sentido de impunidade, dando conta da efetiva execução.

1. **REFÊRENCIAS**

|  |
| --- |
| ANTUNES, Irandé. **Lutar com palavras:** coesão e coerência. São Paulo: Parábola, 2005. |
| BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 37. ed. Rio de Janeiro: Lucema, 1999. |
| BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Editora UnB, 1982 |
| BRASIL. **Vade Mecum.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes – 7. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009. |
| CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo.** 3. ed. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. |
| CARVALHO, Salo. **Pena e garantias.** 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. |
| Dicionário Eletrônico Houaiss. Versão monousuário 3.0 – junho 2009. Copyright © 2001..2009. Instituto Antonio Houaiss. |
| GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão:** alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador: Juspodivm, 2008. |
| GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. |
| GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. Niterói, RJ: Impetus, 2009. |
| JAKOBS, Günther. Trad. André Luís Callegari. ***A imputação objetiva no direito penal***. 2. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. |
| LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico:** procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2001. |
| SANTOS, José Wilson dos, BARROSO, Russel Marcos Batista. **Manual dos trabalhos acadêmicos:** artigos, ensaios, fichamentos, relatórios, resumos e resenhas. – Aracaju: Sercore, 2007. |
| ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos.** Buenos Aires: Depalma, 1986 |

1. Graduado em Letras Vernáculas, Literatura Brasileira e Literatura Portuguesa pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB – Campus XXII, Euclides da Cunha – Bahia e Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Ages, Paripiranga - Bahia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Laicismo = Doutrina que defende a independência do Estado e da sociedade frente a toda religião ou autoridade eclesiástica. Rejeitada pela Igreja Católica, constituiu um dos principais elementos da ideologia liberal do século XIX. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contratualismo: doutrina cujas origens remontam à filosofia grega, mas que adquiriu importância teórica e política somente no pensamento liberal moderno, que considera a sociedade humana e o Estado originados por um acordo ou contrato estabelecido entre cidadãos autônomos, valorizando desta maneira a liberdade individual, em detrimento da autocracia ou dos excessos da ingerência estatal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Inquisição, ou Santo Ofício, foi a designação dada a um tribunal eclesiástico, vigente na Idade Média e começo da modernidade, que julgava os hereges e as pessoas suspeitas de se desviarem da ortodoxia católica. Sua origem remonta ao século IV, mas atingiu o auge no século XIII, no combate às heresias e a outras práticas contra a fé e a unidade do cristianismo. [↑](#footnote-ref-4)