

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

FACULDADE DE DIREITO

GENILSON DANTAS DA SILVA

**AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO EXPRESSÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

NATAL/RN

2014

GENILSON DANTAS DA SILVA

**AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO EXPRESSÃO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte-UERN, sob a orientação da Professora Especialista Carla Maria Fernandes Brito Barros.

NATAL/RN

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Silva, Genilson Dantas da.

As penas restritivas de direitos como expressão da dignidade da pessoa humana. /
Genilson Dantas da Silva. - Natal, RN, 2014.

72 f.

Orientador(a): Profa. Especialista Carla Maria Fernandes Brito Barros.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
Faculdade de Direito.

GENILSON DANTAS DA SILVA

**AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA**

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADORA Prof.^a Esp. Carla Fernandes Barros
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof.^a Maria Audenora das Neves Martins
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof.^a Liana Maia de Oliveira
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ___/___/___

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por me dá força e saúde nesta caminhada, como também ao meu filho, Natan Esdras mesmo no esplendor da sua inocência conseguiu me incentivar com sua lealdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar, a Deus, pela força, saúde e perseverança para concluir esta difícil caminhada.

Ao meu filho Natan Esdras que nos momentos de dificuldades me incentivou demonstrando lealdade dentro do processo acadêmico que foi muito duradouro.

Em especial a professora Carla Fernandes Barros, que me orientou neste trabalho de monografia.

E a todas as pessoas que colaboraram de forma direta ou indireta para a concretização do curso.

Tudo o que foge do padrão estipulado é penalizado, porém desigualmente do processo penal a disciplina visa à correção, as punições atuam enquanto exercícios. Toda a conduta é encaixada em um grupo classificatório, ou ela é boa ou ela é má, ou está correta, ou está errada. Essa classificação objetiva punir os maus e recompensar os bons.

MICHEL DE FOUCAULT

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o elo existente entre as espécies de penas restritivas de direitos que encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, e o princípio da dignidade da pessoa humana. Analisando até que ponto a aplicação dessas penas contribuem para a ressocialização dos apenados. Verificar qual a eficácia que as penas restritivas de direitos exercem no sistema jurídico nacional. Portanto cumpre analisar a história da pena, desde a vingança de sangue onde tínhamos uma pena que poderia ser de morte e suplícios, que posteriormente evoluiu para privativas de liberdades, até o estágio atual, que são as penas restritivas de direitos. As reformas se concretizaram com o advento da Lei 7.209/84 e posteriormente com a Lei 7.914/98 conhecida como lei das penas alternativas, inspiradas nos princípios das Nações Unidas e Regras de Tóquio, revelando uma mudança de comportamento e de valores do Estado frente ao condenado. A efetiva aplicação dessas penas tem valorizado a dignidade da pessoa humana, na medida em que constitui um instrumento que busca ressocialização dos apenados e a diminuição da população carcerária.

Palavras-chave: Penas Restritivas de Direitos. Dignidade Humana. Ressocialização.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the link between the species of Rights restrictive punishments that find shelter in the Brazilian legal system and the principle of the Human Person Dignity. It does it by analyzing to what extent the application of these punishments contribute to the rehabilitation of inmates, and check how effective the rights restricting punishments play in the national legal system. Therefore, it is necessary to examine the history of punishment, from blood vengeance which could be capital punishment and torture that afterwards evolved deprivation of liberty to the current stage which are the deprivation of rights. The reforms are realized with the advent of Law 7.209/84 and later on with Law 7.914/98 known as the law of the alternative punishments, based on the principles of the United Nations and the Tokyo Rules revealing a change in the behavior and in the values of the State before the convicted ones. The effective application of these punishments have been established as an appreciation of the dignity of the human person, and helping to reduce the prison population, as well as a model that seeks the resocialization of the convicted ones.

Keywords: Rights Restrictive Punishment. Human Dignity. Resocialization.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS	13
2. DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	23
2.1 SISTEMA FILADÉLFICO (Pensilvânico)	23
2.2 SISTEMA ALBURNIANO	25
2.3 SISTEMA PROGRESSIVO (INGLÊS, IRLANDÊS) E A FINALIDADE RESSOCIALIZADORA DA PENA	26
3. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO INSTRUMENTOS DE RESSOCIALIZAÇÃO E EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	42
3.1 - O OBJETIVO RESSOCIALIZADOR E O DIREITO FUNDAMENTAL A DIGNIDADE DO APENADO	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

A adoção da pena privativa de liberdade tem função de retirar do seio da sociedade aquele cidadão que oferece perigo, e preparar o apenado para o retorno ao convívio em sociedade com seus pares. Ocorre que a realidade social tem demonstrado que a pena privativa de liberdade tem atendido somente ao primeiro requisito, retirando o cidadão perigoso do convívio social, sem, todavia, efetivar sua ressocialização, pelo contrário, alguns até aumentam a periculosidade desenvolvida, ao manter contato com outros presos que cometeram crimes com maior potencial ofensivo.

Nesse contexto, a Dignidade da Pessoa Humana vem ao longo do tempo ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos Ocidentais, e como uma verdadeira bússola valorativa que, no Brasil, deflagrou um processo de mudanças fundamentais também na aplicação das penas, sendo as de caráter alternativas, especialmente a pena de prestação de serviço à sociedade, um exemplo das reprimendas que primam pela dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o presente trabalho tem como foco demonstrar a importância e efetividade das penas restritivas de direitos como instrumento concreto da ressocialização do apenado e desta feita como forma de expressão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em contraponto às convencionais penas privativas de liberdade, visto que o sistema penal brasileiro com esse tipo de pena não tem conseguido êxito na ressocialização para os egressos do sistema prisional.

Busca-se também no presente trabalho traçar um paralelo entre os dois tipos de reprimendas penais, as de natureza privativa de liberdade e as que limitam-se a restringir direitos do condenado, como as supracitadas penas alternativas, tomando por base a aptidão de cada uma delas para alcançar a ressocialização do apenado.

Cumpra-se analisar os benefícios da aplicação das penas alternativas, com foco nos benefícios que a liberdade sob condições, e o trabalho como forma de inserir as pessoas que cometem crimes de menor potencial ofensivo de volta na

sociedade, oferecendo aos apenados possibilidades de melhorar sua condição dentro do convívio social.

É nessa perspectiva que se pretende demonstrar que pena não pode se afastar dos fins para os quais foi criada. Devendo a reprobção, a prevenção e a ressocialização, enquanto meio e oportunidade de proporcionar condições para a inserção social do apenado, estarem em conformidade com o respeito aos Direitos Humanos, sendo as penas restritivas de direitos verdadeiros instrumentos de concretude da dignidade da pessoa humana.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS

A pena é uma sanção imposta pelo Estado ao infrator de um ato ilícito penal, e a aplicação dessa pena nem sempre respeitou o que hoje denominamos de dignidade da pessoa humana, com relação a pena conceitua Volk¹:

Pena é um mal do sofrimento que é infligido com o fim de compensar, retribuir por causa de um mal precedente da conduta, é a aflição de um mal, infligida por tribunais estatais, segundo critérios de justiça num processo regulado por causa do mal que consiste numa violação do Direito, sanção jurídica com cuja imposição é proferido um juízo de desvalor ético-social sobre o ato.

Como se pode perceber somente o Estado tem legitimidade para aplicar a sanção penal. Mas nem sempre foi dessa maneira, a pena foi mudando através do tempo, ela, que de início constituía uma vingança privada², passou a ser divina, e depois pública, sendo no ensinamento de Jesus³:

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. Apresenta a característica de retribuição de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal.

¹ VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.4.

² Vingança de sangue: vigia a lei do mais forte, do que tinha maior poder, que não encontrava limites para o alcance ou forma de execução da reprimenda que entendia aplicar, portanto, há de se falar em vingança privada por justamente haver a figura da retaliação pessoal contra o agressor do bem injuriado. MARTINS, Jorge Henrique Shaefer. *Penas alternativas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 21

³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2005. v. 1. p.519.

Assim sendo a sanção imposta pelo Estado deve ser em retribuição ao dano causado pelo delinquente à sociedade, mas também tem o objetivo de evitar que o condenado venha a cometer novos delitos.

Inicialmente a punição de um crime tem sua origem num passado muito longínquo. Nesse momento prevalecia a lei do mais forte, pois a vingança privada tem essa característica, quem detinha o maior poder não tinha limite para atingir seu objetivo, e na aplicação da pena, era natural para a época, a aplicação da pena de morte, nesse diapasão diz Mirabete⁴:

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social, que agia sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo podia ser punido com a expulsão, que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam invariavelmente a morte.

A inexistência de um Estado concorria para que a vingança privada se consolidasse em períodos primitivos da história do homem, não existiam regras, nem uma punição que se adequasse ao crime praticado, normalmente a pena era desproporcional e excessiva, qualquer parente do ofensor estaria sujeito a uma punição, e o ofendido poderia pela desproporcionalidade provocar lutas enfurecidas entre grupos como explica Noronha⁵:

Como se observa nas espécies inferiores, a reação à agressão devia ser a regra. A princípio reação do indivíduo contra indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado destes, consolidando-se a vingança privada, pois até aí, a reação era puramente pessoal, sem a intervenção ou auxílio de estranhos. Entretanto o revide não guardava proporção com a ofensa, sucedendo por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias, que assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo, surgindo o talião delimitando o castigo, a vingança não mais será arbitrária e desproporcional.

⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35.

⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1999, p. 20.

Com o passar do tempo, a sociedade começa a perceber que essa forma de implantação da pena, em algumas ocasiões, colocava em perigo a sobrevivência do próprio grupo, já que, a resposta para um determinado delito poderia afligir toda uma família ou até mesmo a comunidade.

Nesse contexto é que surge a lei do Talião⁶, representando um avanço para a aplicação da pena eis que trazia a ideia de proporcionalidade e certa pessoalidade para pena. Que segundo Mirabete⁷:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o talião, que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado, ou seja, olho por olho, sangue por sangue, dente por dente, adotado por Hamurabi da Babilônia, no Êxodo pelos Hebreus, e na Lei das XII Tábuas pelos romanos, foi um grande avanço na história da pena por reduzir a abrangência da ação punitiva. Posteriormente, surge a composição, sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade, adotado pelo código de Hamurabi, Pentateuco e código de Manu.

Assim, percebe-se nitidamente que a pena vive em constante processo de evolução, adaptando-se às civilizações ao longo do tempo, pois cada povo que consegue um domínio bélico, econômico ou político dentro do cenário internacional, impõe traços da sua cultura, bem como recebe influência de outros povos.

O que de certa forma contribui para o que denomina-se de evolução social, e valorização do homem. A maneira de exemplo, já no século XVIII a pena de morte que tem permeado a humanidade desde os tempos antigos, foi duramente questionada tendo Beccaria⁸ afirmado em outras palavras ser necessário que se tenha uma situação específica, para poder ter a implantação de uma pena tão danosa, como é a pena de morte.

⁶ Talião: Do latim talio, taliones. Pena que consiste em aplicar, ao delinquente, um castigo rigorosamente proporcional ao dano que causou. Desse modo ao ladrão, cortavam-se as mãos, foi característica principal do Código do rei Hamurabi da Babilônia. Com os hebreus, a Bíblia narra no capítulo XXIII, versículos 23 a 25 do livro do Êxodo que a pena deve ser assim: Mas, se houver morte, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, golpe por golpe. É tida como o primeiro passo na contínua tentativa de evoluir no sentido de humanização das penas, pois com ele surge a ideia de proporcionalidade, e notadamente de retribuição, caráter indelével da pena até hoje. SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 36.

⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Tradução de Martin Claret. São Paulo, 2002. p.91.

Não na forma com era aplicada no Êxodo⁹, na Babilônia e na Índia, através do código de Manu, é preciso que a nação esteja em risco, a justiça familiar não pode ser o elemento que venha nortear esse tipo de pena, como foi no passado, pois além de cruel é irreversível, e muitas vezes desproporcional no campo da história humana.

Dando sequência na linha histórica, a pena que na vingança privada era aplicada de acordo com o poder e a vontade do ofendido, ou do grupo ao qual ele pertencia que normalmente era obtida através da força e do poder político-econômico, começou a sofrer uma modificação, buscando a referência num ente superior aos humanos.

É nesse momento que se recorre a divindade, a punição agora é feita por um ser superior que tem a oportunidade de regenerar sua criação, com o objetivo de conseguir uma sociedade mais harmônica, mesmo assim ainda na aplicação da pena, permanecem as mutilações em suas mais variadas formas, permanecendo o corpo ainda a padecer de sofrimentos extremos, como confirma Noronha¹⁰ que na oportunidade ensina:

Na vingança divina já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de condutas e castigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. É o Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal, um dos principais códigos é o da Índia (Manu), tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem aventurança, dividia a sociedade em castas, podemos dizer que esse era o espírito dominante nas leis dos povos antigos do Oriente, sendo a pena aplicada pelos sacerdotes, por seu caráter teocrático.

As bases que fundamentavam as normas desse período eram vinculadas aos princípios religiosos, os deuses poderiam estar satisfeitos ou insatisfeitos com os homens, colocando em risco toda a comunidade, desse modo, essa crença em uma ou mais divindades, fazia com que os membros dessa sociedade, vivessem em

⁹ Êxodo, segundo livro da Bíblia dos Hebreus, figura entre os livros denominados de Pentateuco, ou Torá, ou simplesmente livros da lei, costuma-se atribuir a Moisés os escritos desses livros. BÍBLIA SAGRADA. *Nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1999, p. 20-21.

constante submissão aos deuses, para evitar qualquer ira contra todos. E nesse contexto, os sacerdotes faziam a mediação entre os deuses e os homens, conforme explica Mirabete¹¹:

A fase da vingança divina deve-se à influência decisiva da religião na vida dos povos antigos. O Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicada pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, Egito, China, Pérsia e Israel através do Pentateuco.

Posteriormente, a sociedade tem uma maior organização do ponto de vista do Direito, não sendo mais necessário que a divindade seja invocada para resolver os conflitos sociais, sendo o homem, ele mesmo, o ser que detém a obrigação e o poder de solucionar os conflitos criados no seio da sociedade.

É que a evolução racional, política e econômica da sociedade já não comportava uma punição com vínculo em entidades com poderes sobrenaturais, pois a própria natureza dos conflitos sociais adquire uma forma mais ampla e complexa necessitando que fosse resolvido pelo campo da imanência, e não da transcendência.

É dessa forma que a humanidade abandona a vingança divina para resolver os problemas de cunho penal, e atinge-se a fase da vingança pública, nada obstante não tenha sido rompido totalmente o vínculo com a religião nem com a severidade da pena que é característica dos povos antigos, sendo quebrado esse elo religioso apenas em momento histórico posterior.

No âmbito da vingança pública, o Estado era o ente a ser garantido, representado pelos soberanos, mantendo seu poder sobre os cidadãos, mantinha-se ainda uma pena desumana, rigorosa, e corporal, para servir de exemplo aos futuros

¹¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

infratores e cada vez mais fortalecer o Estado, que era o legitimado para a aplicação da pena, afirma Mirabete¹²;

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se a segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência em sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma com a aplicação da Lei das XII Tábuas. Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual, em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

O suplício¹³ era infligido ao condenado como uma espécie de espetáculo, sendo a referida atrocidade possível porque a sociedade da época ainda vivia sob um domínio absoluto do rei auxiliado pela Igreja que era sua maior aliada, dessa forma o sangue era derramado das mais variadas formas, desde enforcamento até estrangulamento como detalha Foucault¹⁴:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes graves, a ser arrebatados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebatados, outros a ser arrebatados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebatados, outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outro a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim ter a cabeça quebrada.

Com a chegada da modernidade, as penas cruéis que permeavam a sociedade da época entram em declínio com a queda do Absolutismo, e a ascensão

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 36.

¹³ Suplício: punição corporal imposta por sentença, tortura; aquilo que provoca dor violenta física psicológica ou moral. Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995, p.833.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Vozes, Petrópolis: 1999. p.30.

das ideias e ideais do Iluminismo¹⁵, o qual serviu de base a racionalização e ao caráter humanitário da pena.

Exatamente no século XVIII, ganham força na Europa, as citadas ideias iluministas e é nesse ambiente revolucionário que se propicia condições para o surgimento do que denominamos de período humanitário¹⁶ da pena.

Na verdade, com o apogeu do Iluminismo a sociedade europeia toma consciência da importância de uma justiça penal humanitária, conforme aduz Mirabete¹⁷:

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

Momento de completa mudança no modo de se pensar sobre os problemas jurídicos, pois a Ciência tem um grande avanço no século XVIII, cientificando mais o Direito sob a influência dos iluministas, e procurando legitimidades às sanções penais e ao modo de aplicação da pena.

A forma de lidar com a justiça passa então por consideráveis mudanças, procurando eliminar a aplicação da pena cruel, bem como negar a teoria do poder divino dos reis. O que predomina a partir do Iluminismo é a racionalização e a humanização das reprimendas culminando com uma forma de defesa mais eficaz do homem contra o Estado e da própria sociedade, como explica Beccaria¹⁸:

¹⁵ Iluminismo: Movimento cultural do século XVIII da Europa, que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade, combatia o conhecimento medieval, bem como o poder Absolutista dos reis. COTRIM, Gilberto. *História Global*. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 266.

¹⁶ Período humanitário da pena: período no qual tem o predomínio do Iluminismo embasado na razão que procura rechaçar as penas de suplícios, propiciando o surgimento das Escolas Penais que posteriormente culminou com os princípios que visam a recuperação do apenado. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 38-42.

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Tradução de Martin Claret. São Paulo, 2002. p. 123-124.

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. (...) se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará nenhuma diferença entre esses delitos, destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, edifício que só se pode elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais formalidades.

Afirma ainda o autor que existem variações no comportamento social. Pode-se diminuir os crimes de maior gravidade, desde que as medidas sejam mais enérgicas para os crimes mais gravosos, aplicando-se a pena de modo proporcional ao crime, para não banalizar a reprimenda penal, nem se punir da mesma forma os que cometem crimes distintos pela sua gravidade. Nesse sentido, destaca Foucault¹⁹:

Em todo caso, pode-se dizer que os encontramos no fim do século XVIII diante de três maneiras de organizar o poder de punir. A primeira é a que ainda estava funcionando e se apoiava no velho direito monárquico. As outras se referem, ambas, a uma concepção preventiva. Utilitária, corretiva de um direito de punir que pertenceria à sociedade inteira; mas são muito diferentes entre si, ao nível dos dispositivos que esboçam.

Essas maneiras de organizar o poder da punição permanece vigindo, simultaneamente porque a transição e a ruptura com o modelo pré-existente não se deu de forma abrupta, e sim paulatina.

Foi preciso a razão pregada pelo Iluminismo decretar uma revisão no sistema político da época, bem como no sistema penal, demonstrando a necessidade de humanizar a pena aplicada, já que o suplício só foi abolido na França em 1848.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Vozes, Petrópolis: 1999. p.107.

Uma vez concretizado o período humanitário da pena, que substituiu a barbárie das penas corporais, a prisão passa a ser a pena aceita pela sociedade liberal, que estava se firmando na Europa, e que segundo Beccaria²⁰, seria “utilizada como profilaxia social²¹, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente”, a partir de uma vivência racional do sistema penal.

Nesse contexto de valorização da racionalidade é que se opera a transferência da pena do corpo para o espírito, da morte em suplício para o cárcere do condenado onde para punir os monges, ou clérigos faltosos, ficavam estes recolhidos em suas celas meditando. Foi à referência para se construir as prisões para criminosos, como o objetivo de que estes fossem retirados do convívio social.

A pena de prisão caracterizada por manter o condenado fora do convívio social, restringir seu direito de ir e vir, é a modalidade de pena defendida pelos estudiosos do século XVIII, pois os filósofos, juristas se esforçavam para banir as penas cruéis, que tinham no corpo seu objeto de aflição, consolidando as penas que afetavam o espírito pelo cerceamento prolongado da liberdade, como expõe Foucault²²:

Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado, mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação caraterísticos de um tipo particular de poder.

Para o período humanitário que coincide com o liberalismo, a pena deve ser vista não mais como uma vingança, mas sim como um método de sanção que deve desenvolver no delinquente um temor, ao ponto que ele não torne a cometer novos crimes.

²⁰ Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, nascido em Florença, Itália, no ano de 1738. Escreveu a obra, *Dos delitos e das penas*, em 1764. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Tradução de Martin Claret. São Paulo, 2002. p. 20.

²¹ Profilaxia social: Prevenção social para o bem comum ou individual evita-se a exposição social. www.dicionarioinformal.com.br/profilaxia%20social/acesso em junho de 2014.

²² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Vozes, Petrópolis: 1999. p.196.

Assim, pode-se afirmar que o poder de punir do século XIX é totalmente diferente do século anterior, pois se busca retirar privilégios que anteriormente pertenciam ao grupo dominante, que envolvia o rei e seus protegidos, é um poder que deve ser imposto de forma geral, já que agora predomina o período humanitário e liberal objetivado pela burguesia da época.

Distancia-se dos exageros das penas corporais, as prisões²³ tornam-se uma realidade, a qual, mesmo com cárceres precários, pode ser considerada como um avanço na aplicação da pena.

²³ As prisões surgem substituindo as penas de suplícios, sendo a Escola Clássica, a Escola positiva e a Terceira Escolas os referenciais teóricos para a implantação desse sistema. Foi a partir desse momento que houve o estudo da pessoa do delinquente, feito por Lombroso, ícone da Escola Positiva. Ferri também se destaca porque deu importância maior à prevenção. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38-42.

2. DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

A implantação do encarceramento enquanto pena, como modalidade de punição dos crimes, na qual condenados ficam reclusos²⁴, sendo cerceados no seu direito de ir e vir por força de uma sentença penal, foi perseguido pela sociedade liberal com fundamento na Revolução Francesa²⁵ e contribuiu diretamente para a formulação e para a construção dos sistemas penitenciários.

Nesse contexto surgem, por várias partes do planeta, os citados sistemas penitenciários. Dentre eles os mais importantes são: o sistema filadélfico, o alburniano, e o progressivo (Inglês, Irlandês).

Para falar sobre os sistemas penitenciários mais conhecidos, torna-se importante um breve conceito do que seja esse complexo mecanismo de aplicação da pena que apareceu com a sociedade contemporânea, e que de acordo com a enciclopédia jurídica compreende²⁶:

Os regimes e as formas de execuções das sanções, bem como o complexo dos estabelecimentos a isto, incluindo as casas de detenção, cadeias públicas e distritos policiais, o qual embora inadequado e absolutamente desaparelhado para o cumprimento da pena é utilizado para tal.

2.1 SISTEMA FILADÉLFICO (Pensilvânico)

Pode-se dizer que a pena de prisão é a privação da liberdade. Todavia, vale ressaltar que foi um grande avanço se levar em consideração as penas de suplícios

²⁴ Recluso: Aquele recolhido em convento, que vive em clausura, que não frequenta a sociedade por sentença condenatória, vive encarcerado. . Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995, p.833.

²⁵ Revolução Francesa: movimento de caráter liberal embasado na razão, que culminou com a queda do poder absolutista do rei, em 1789, na França. O movimento contou com a participação de vários grupos sociais, incluindo a população pobre das cidades, os pequenos produtores e comerciantes e os camponeses explorados pela servidão. Ao final do processo, os privilégios da nobreza por nascimento foram extintos. COTRIM, Gilberto. *História Global*. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 290.

²⁶ [http:// www. Sites a. com.br/ jurídico/dicionários/ dicionário. Html.](http://www.Sites.a.com.br/jurídico/dicionários/dicionário.html)

aos quais foram condenados muitos homens no passado como nos informa Manoel Pedro Pimentel²⁷, ela teve sua origem nos mosteiros da idade média. No sistema filadélfico procurava fazer com que o sentenciado ficasse o mais isolado possível, se caracterizando por ser bastante severo, explica Greco²⁸:

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia. Este regime iniciou-se em 1790 na Walnut Street jail, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então a mais completa aglomeração de criminosos.

A religião que já tinha perdido força após o advento do iluminismo, ainda exercia certa influência no sistema pensilvânico, visto que o apenado no cumprimento da sentença era estimulado a leitura da Bíblia com o objetivo de uma mudança do seu comportamento. Todavia essa interferência de cunho religioso estava prestes a desaparecer do Direito, em virtude da sociedade da época buscar cada vez mais os ideais da Secularização²⁹ e Laicização³⁰ do Direito.

De acordo com a maioria dos doutrinadores, as críticas logo apareceram, pois além de severo, o sistema não propiciava ao condenado condições para a readaptação social, visto que ele vivia em completo isolamento.

O isolamento do preso era feito de uma forma tão extrema que o passeio do condenado necessariamente se fazia isolado dos demais detentos, não contribuía para uma readaptação do sentenciado, porque o indivíduo só não tem como interagir com seus semelhantes, mas era uma forma de cumprimento de sentença menos severa do que as anteriores que poderia ser até a morte.

²⁷ PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 140.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 478.

²⁹ Secularização: processo pelo qual a religião deixa de ser o aspecto cultural agregador, transferindo para uma das outras atividades desta mesma sociedade este fator coercitivo e identificador. O ser-humano sente-se livre para buscar, de forma autônoma, seu próprio universo de significações em um mundo fragmentado. Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995, p.799.

³⁰ Laicização: Eliminação do elemento religioso ou eclesástico. Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995, p.536.

Com o preso isolado não se tinha condições de convívio social, o que sem dúvida alguma não ressocializava ninguém, ele também não trabalhava por força de norma, isso fazia com que o apenado não se qualificasse, e conseqüentemente quando se transformava em egresso, não tinha a mínima condição de se conseguir uma readaptação social desse homem, oportunizando que surgisse outro sistema que ficou conhecido como alburniano.

2.2 SISTEMA ALBURNIANO

Menos rigoroso que o sistema anterior, o sistema alburniano manteve como característica, a condição de completo silêncio entre os detentos. Nesse sistema havia a condição de trabalho a serem executados pelos presos, como os apenados não podiam emitir sons, eles desenvolveram uma espécie de alfabeto com gestos feito com as mãos, como aduz Mirabete³¹:

No sistema alburniano, mantinha-se o isolamento noturno, criou-se o trabalho dos presos, primeiro em suas celas e, posteriormente, em comum. Característica desse sistema penitenciário era a exigência de absoluto silêncio entre os condenados, mesmo quando em grupos, o que levou a ser ele chamado de silente system. Sua origem prende-se a construção da penitenciária na cidade de Alburn, do Estado de New York, em 1818, sendo seu diretor Elam Lynd. O ponto vulnerável do sistema, como afirma Manoel Pedro Pimentel, era a regra desumana do silêncio, da qual se originou o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é rígida. Como havia a possibilidade de castigos corporais caso não cumprissem a norma do silêncio, o sistema começa demonstrar suas fragilidades, visto que o apenado era atingido de forma psicológica, e o corpo era sempre ameaçado, a forma era impraticável, porque os homens necessitam viverem em constante comunicação³². O sistema não obteve o êxito esperado, pois com pouca diferenciação do sistema anterior, logo se procurou outra forma de cumprimento da pena, surgindo assim o sistema irlandês, que levava em consideração o comportamento dos apenados.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 250.

³² Os homens precisam se comunicar e se expressarem de diversas formas para ser cada vez mais eficiente. BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas: magia e Técnica, Arte e Política*. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.200.

Nesse sistema também não havia visitas, nem mesmo dos familiares, houve completa abolição dos exercícios físicos e do lazer, portanto não existia o entrelaçamento entre os condenados e a sociedade, bem como uma preparação quando se transformava em egresso do sistema prisional, motivado por uma indiferença em relação à instrução dos presos.

2.3 SISTEMA PROGRESSIVO (INGLÊS, IRLANDÊS) E A FINALIDADE RESSOCIALIZADORA DA PENA

Luiz Flávio Gomes³³ entende que a progressão é algo que deve começar assim que o detento adquira o direito, evitando que o condenado sofra danos além daquele que foi sentenciado pelo magistrado embasado na lei. Por isso a progressão tem que ser o mais breve possível para não promover a injustiça, caso aconteça, ela deve ser reparada com referência nos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O sistema progressivo que inspirou o legislador brasileiro repousa suas raízes na diminuição progressiva do rigor do regime de cumprimento da pena em paralelo aos méritos apresentados pelo condenado.

Aqui o comportamento do apenado, sua boa ou má conduta carcerária, o seu aproveitamento em relação às atividades laborativas desenvolvidas no curso da execução, são levados em consideração, para fins de concessão da progressão. E o que denomina-se hoje de elementos subjetivos do cumprimento da pena, que preza pela dignidade da pessoa humana³⁴, não restando dúvida que se trata de um sistema que vai reduzindo o rigor penitenciário sendo para isso necessário que o

³³ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.89.

³⁴ Dignidade da Pessoa Humana: Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2012.

preso preencha os supracitados requisitos demonstrando aptidão para retornar a sociedade.

Em regra os autores citam três fases da aplicação da pena neste sistema como expõe Greco³⁵:

Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico, como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema alburniano, bem como o isolamento noturno, passando depois de algum tempo para as chamadas public work-houses, com vantagens maiores, o terceiro período permitia o livramento condicional.

Como pode-se observar os sistemas penitenciários foram evoluindo ao longo do tempo, pois começaram de uma forma mais rígida para uma menos rigorosa. No início, era um cumprimento de sentença de modo que o condenado ficava totalmente isolado, o que de fato se constituía como uma agressão do ponto de vista psicológico. Todavia quando comparada com as penas de suplícios, era uma verdadeira revolução.

Foi com o sistema progressivo, no qual o apenado poderia até chegar ao livramento condicional, que se pode verificar uma verdadeira mudança na forma de cumprimento da pena, o sentenciado que demonstrasse os comportamentos exigidos para a progressão de regime conseguiria uma liberdade antecipada mediante certas condições, conferidas ao condenado que já cumpriu uma parte da pena imposta, nos termos do CP artigo 83³⁶.

É fácil identificar quando do cumprimento da sentença no sistema progressivo, não necessariamente o condenado cumpri toda a sua pena

³⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 479.

³⁶ BRASIL. Código Penal Brasileiro – Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/Lei/Del2848.htm. Acesso: abril/2014.

encarcerada podendo cumprir parte dela em liberdade, desde que observados alguns requisitos exigidos pela norma penal.

O direito à ressocialização está diretamente entrelaçado ao estado social de direito não se vincula ao estado totalitário, decorre dos princípios fundamentais que se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio. Os princípios que norteiam a ressocialização do delinquente na LEP dispõem em seus capítulos II e III, do Título II, as formas de assistências ao preso e ao internado e o trabalho como forma de terapia ocupacional e ajustamento social.

O condenado tem direito ao tratamento que possa favorecer à sua ressocialização, devendo o sistema penitenciário preparar bem e garantir sua reinserção social. O Estado tem obrigações para com o homem já que foi ele quem o instituiu e não o contrário, um de seus deveres é ofertar-lhe possibilidades para sua recuperação, ainda mesmo em caso de erro grave como é o crime com dolo, sendo este princípio previsto no art. 41 da Lei de Execução Penal (LEP), como tratamento reeducativo do homem que se encontra em situação desfavorável.

A dignidade da pessoa humana é o regente de toda a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer lei que violar essa norma é inconstitucional se constituindo como um princípio penal. Segundo Nucci³⁷ a dignidade da pessoa humana é: “O respeito devido pelo Estado ao ser humano, individualmente considerado, não podendo ser sacrificado em nome do interesse coletivo”, isso é tão importante que abrange todo o Estado Democrático de Direito.

O ser humano representa a motivação para o direcionamento das ações do Estado, pois é ele que deve ser os fins, não se pode sacrificar esse ente que foi o elemento principal na sua formação em favor de decisões pseudo-administrativas. O Estado deve estar sempre à disposição para tolher qualquer atitude que possa ferir esse direito que é totalmente fundamental para o desenvolvimento do humano como ser social.

Partindo das premissas do sistema progressivo, o ordenamento nacional previu três tipos de regimes de cumprimento de pena, a saber: regimes fechados, semi-

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007, p. 45.

abertos e abertos, todos assentados pelo princípio da individualização da pena e dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o art. 5º³⁸, 92 da LEP, e art. art. 5º inciso XLVI da CF³⁹.

Com relação à progressão tem-se a possibilidade no momento que se inicia o cumprimento da sentença, passando do regime mais rigoroso para o regime menos rigoroso, levando em consideração o art. 112 da LEP, desde que cumprido dois critérios, um objetivo e o outro subjetivo, tempo do cumprimento da sentença e comportamento recomendável, respectivamente.

Além disso, para uma maior possibilidade de o apenado exercer o seu direito de progressão do regime, a norma penal dispõe que várias pessoas tenham a competência para fazer o requerimento para a progressão, a saber, são: o próprio apenado, o diretor prisional, o advogado, o juiz de ofício e o Ministério Público, isso garante um avanço no cumprimento da pena, que coaduna com as garantias constitucionais.

O livramento condicional é um instituto tratado no artigo 83 do Código Penal, nos ensinamentos de Távora e Alencar⁴⁰: “O benefício que pode ser conferido ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, com o deferimento de sua liberdade sob determinadas condições que devem ser cumpridas sob pena de revogação do instituto”.

Coloca-se o criminoso em contato direto com a sociedade, é a última etapa do sistema penitenciário progressivo, Mirabete⁴¹ aduz que:

Nesse substituto penal, coloca-se de novo no convívio social o criminoso que já apresenta índice suficiente de regeneração, permitindo-se que

³⁸ LEP: Lei de Execução Penal art. 5º os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 92 o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo observado os requisitos da seleção dos presos, do limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

³⁹ Constituição Federal art. 5º inciso 46: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as privações seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social; suspensão e interdição de direitos.

⁴⁰ TÁVORA, Nestor. e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora jus Podivm, 2013. p 1.343.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. p. 335.

complete o tempo da pena em liberdade, embora submetido a certas condições. O livramento condicional é, portanto a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena que deveria cumprir preso.

Como é uma concessão jurisdicional da liberdade antecipada, o condenado passa por algumas exigências para poder adquirir o benefício de cumprir o restante da pena em liberdade, assim sendo ele não está submetido à discricionariedade do juiz, basta o apenado se enquadrar na norma.

O que se leva ao entendimento que o sentenciado tem direito ao livramento condicional, pois no momento em que ele preencher os pressupostos exigidos pela norma, o juiz deve concedê-lo, para que isso aconteça o criminoso tem que demonstrar que está pronto para o reajustamento social⁴² através de seu comportamento carcerário. Como é um incidente da execução, o juiz pode deferir por um simples despacho.

A dificuldade em relação aos egressos do Sistema Prisional, é que foi medida a sua conduta em relação aos presos, e no momento em que ele recebe o livramento condicional, o condenado vai ter um contato direto com a sociedade no todo.

Dessa forma há uma extrema necessidade de constante vigilância, pois não é recomendável deixar uma pessoa que cometeu crimes viver dissolutamente, até porque ele está precisando melhorar sua conduta dentro da sociedade. Por outro lado quando o preso, preenchendo os pressupostos exigidos pela norma, passa a ter o direito ao retorno social, este, deve ser garantido. Diante dessas circunstâncias, cumpre ao Estado garantir o direito do preso e ao mesmo tempo garantir a segurança da sociedade.

⁴² Reajustamento social: diz daquele que houve a quebra da conduta social posta pelo grupo no qual está inserido. Precisando ser trabalhado sua conduta para a partir de então ser reintroduzido na sociedade. Entre as formas mais eficazes para o ajustamento social, encontra-se a educação profissional, bem como programas regularizados pelo Estado, inserindo o egresso do Sistema Penitenciário em postos de trabalho, criando a cultura do trabalho entre os condenados. BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas: magia e Técnica, Arte e Política*. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.210.

.Ainda no sentido de buscar a ressocialização valorizando o mérito do apenado, prevê nosso ordenamento os institutos da remição e detração da pena. O primeiro é a diminuição de tempo do condenado no sistema prisional, através de dias trabalhados, a cada três dias trabalhados reduz um dia da pena aplicada, servindo também para incentivar o apenado ao costume do trabalho. O segundo é a detração, pelo qual se computa na pena privativa de liberdade, o tempo da prisão provisória como afirma Jesus⁴³, em conformidade com o art. 42 CP,

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo 41 do CP, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

O renomado doutrinador também faz uma referência ao o art. 42 do CP que na ocasião não menciona a detração, quando o condenado esteve em hospital comum, mas por analogia Damásio de Jesus compreende que a detração é possível no caso em tela. Lembrando que para a aplicação do princípio da detração, deve haver o nexo de causalidade entre a prisão provisória e a pena imposta.

No mesmo entendimento preconiza o STJ que, a detração é um instrumento para fazer uma compensação à pessoa que estava com seu direito de locomoção cerceado sem uma condenação posta, visto que o direito de ir e vir são garantias constitucionais.

Ocorre que, nada obstante, isso o Estado não tem desenvolvido um trabalho eficaz no sistema carcerário para propiciar ao apenado possibilidades concreto para uma plena ressocialização dos egressos das prisões.

Nesse sentido, verifica-se o desrespeito ao principio da individualização da pena, quando se mantém um apenado por ausência de investimentos na capacitação do preso para o retorno ao convívio social com condenados mais perigosos, aumentando sua periculosidade, sendo que é exatamente, o Estado o

⁴³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2005. v. 1. p.526.

responsável pela possibilidade de propiciar ao condenado, com a pena privativa de liberdade, o meio eficaz para a sua ressocialização.

Nesse contexto sabe-se que o cumprimento da pena na forma que priva a liberdade de alguém, não tem conseguido ressocializar os detentos, pois com um sistema carcerário superlotado, e uma educação voltada para o trabalho feito de forma capenga, pouco se tem contribuído para os anseios da sociedade.

Não se pode falar em ressocialização quando não se prepara o apenado para ser útil a sociedade, quando não oferece a ele a oportunidade de alguns conhecimentos que possa ser transformado em labor, quando o tratamento dispensado a ele, em face da superlotação, é desumano e degradante.

A privação de liberdade de um homem é tão importante, que só deveria ser utilizada em ultimo caso, como explica o comitê de Ministros do Conselho da Europa⁴⁴: “A privação de liberdade deve ser como ultimo recurso e, portanto, ser aplicada apenas em situações em que a gravidade do crime torna qualquer outra sanção ou medida claramente inadequada”. E ainda assim, quando privado de sua liberdade, não pode jamais ser privado da sua dignidade⁴⁵.

Assim é que, mesmo sendo a pena privativa de liberdade, a reprimenda penal mais utilizada no mundo ocidental, sofre ela várias criticas por onde é aplicada. No entanto não se pode deixar de utilizá-la nos casos denominados mais graves, onde pela relevância da ofensa causada à sociedade, o cárcere torna a medida mais recomendável.

O Código Penal Brasileiro em seu art. 33, parágrafo 1º, disciplina quais são as modalidades de penas privativas de liberdade, e locais onde devem ser cumpridas as penas. Nos crimes mais danosos a sociedade, o apenado deve cumprir pena, quando em regime fechado, nas instituições conhecidas como penitenciárias, local no qual os sentenciados podem ser submetidos a trabalhos diurnos e repouso durante a noite.

⁴⁴ Comitê de Ministros do Conselho da Europa: Recomendação Nº R (99) 22 do Comitê de Ministros de Estados membros, 30 de setembro de 1999.

⁴⁵ LEP: art. 3º ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Os condenados aos regimes semi-abertos, devem cumprir suas penas nas colônias agrícolas, industriais e ou similares, os ditos apenados estão sujeitos ao trabalho durante o dia nos próprios estabelecimentos prisionais, dependendo do comportamento podendo prestar trabalhos externos, vinculado a esse tipo de regime está a possibilidade da permissão para realizar cursos profissionalizantes, bem como instrutórios.

Aqui cumpre fazer a diferença entre trabalho obrigatório⁴⁶ que é um direito e dever do apenado, que está previsto no ordenamento jurídico contribuindo para sua ressocialização, e o trabalho forçado⁴⁷ que é proibido por norma, como o condenado pode recusar o trabalho não guarda característica de trabalho forçado, todavia resulta em falta grave sua recusa, dificultando benefícios durante a execução da pena.

A punição mais simples para a pena privativa de liberdade se encontra no regime denominado de aberto, nos quais os apenados devem ficar em casas de albergado ou similar. O estabelecimento deve está localizado na área urbana, para o condenado não ficar afastado da sociedade, e nem distante da família, sendo necessário ao apenado trabalhar de dia e se recolher a noite, normalmente o condenado cumpre esse tipo de pena em sua própria casa, em virtude da deficiência de vagas nesses locais.

Todavia, ocorre muitas vezes de o Estado não conseguir fazer cumprir sua própria lei, eis que faltam vagas e estabelecimentos penais adequados, caso em que a jurisprudência, tem entendido pela possibilidade de o apenado cumprir a pena em regimes menos gravosos, ainda que em desacordo com a sentença penal condenatória.

Nestes termos encontra-se o entendimento do STJ⁴⁸, levando em consideração o art. 117 da LEP, revela uma demonstração que estamos

⁴⁶ LEP: art. 50, inciso VI, Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que inobservar os deveres previstos no inciso V do art. 39 desta lei. Que na oportunidade: constitui deveres do condenado a execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

⁴⁷ Constituição Federal: art. 5º, inciso XLVII, alínea c

⁴⁸ STJ, HC 186065/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 1º/7/2011. Encontrando-se o condenado cumprindo pena em regime mais gravoso do que lhe fora imposto, em razão de inexistência de

caminhando para uma valorização da dignidade da pessoa humana, muito embora a passos não muito largos.

Assim em se tratando de condenado, a LEP trata em seu art. 39, um rol de deveres que ele tem que cumprir enquanto estiver preso, todavia a mesma lei em seu art. 41 trata dos direitos do preso, nos quais o Estado deve garantir, já que são necessários para que o apenado tenha uma vida carcerária ou não, de forma digna e saudável.

O Estado possui legitimidade para a aplicação da sanção penal com base em sua soberania, é o ente, a quem pertence o monopólio do poder, no sentido de impor as punições penais sobre aqueles que de alguma forma descumprem a lei, justificando a sua intervenção na aplicação da pena.

Por outro lado, para que o exercício do poder do Estado sobre o cidadão seja de fato legítimo, é extremamente necessário que haja o respeito aos direitos humanos, bem como as garantias individuais, caso esses direitos não sejam respeitados não existe legitimidade estatal, e sim arbitrariedade, que é característica de um Estado ditatorial opressor.

Dessa forma, com esse ânimo e com escopo de fazer valer os valores constitucionais que norteiam as diretrizes do poder de punir do Estado, é que deve ser seriamente observado no ordenamento jurídico do Brasil, o que se refere aos direitos e as garantias fundamentais.

Em se tratando de sanção penal, o exercício do poder punitivo deve ter como bússola o princípio da dignidade da pessoa humana, para que a aplicação e a fundamentação da pena sejam de fato harmônicas com o previsto pelos legisladores.

Esse direito de punir ainda encontra limitação como, por exemplo, o decurso do tempo para a aplicação da sanção, como decidiu o STJ.

STJ - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL EDcl no AgRg no REsp 1073824 RS 2008/0155578-7 (STJ)

Data de publicação: 01/03/2010

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA PERDA DO **JUS PUNIENDI** ESTATAL PELO DECURSO DO TEMPO. PRESCRIÇÃO SUSCITADA. OMISSÃO CONFIGURADA. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM BASE NA PENA EM CONCRETO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. 1. A Defesa, na ocasião em que interpôs o agravo regimental, afirmou ter havido perda do **jus puniendi** estatal, em razão do decurso do tempo. Entretanto, a aduzida prescrição da pretensão punitiva não foi analisada pelo Colegiado, razão pela qual os embargos declaratórios devem ser acolhidos para suprir referida omissão. (...) 3. Uma vez restabelecida a sanção penal imposta em primeiro grau de jurisdição, é de reconhecer a perda do **jus puniendi** estatal. A prescrição deve ser calculada com base na pena de 02 (dois) anos de reclusão, conforme art. 110, caput, do Código Penal. Assim, a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo se dá após o interregno de 04 (quatro) anos, como determina o art. 109, V, do Código Penal. (...).

Por outro lado, mesmo o Estado tendo o poder de punir o cidadão que comete o delito, encontra limites dentro do ordenamento jurídico, o decurso do tempo faz com que aconteça a perda do *jus puniendi*⁴⁹, dessa forma o cidadão não fica a disposição por tempo indeterminado para receber a sanção penal, como foi decidido pelo STJ, no julgado acima.

Em se tratando do direito de punir o Estado tem usado em larga escala a pena privativa de liberdade que não tem rendido bons frutos, o que nos leva a pensar num outro modelo do cumprimento de sentença que traga uma resposta mais satisfatória para a sociedade.

Além do mais a situação no qual se encontra o sistema prisional brasileiro é de extremo caos, pois falta desde estrutura física até material humano, não são poucas as reportagens nos grandes jornais do país, que mostra a realidade dos cárceres brasileiros. Um sistema prisional lotado, e com altíssimo grau de violência,

⁴⁹ *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como *direito de punir* do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 691.

comprovando que dessa forma não atinge aos fins da pena, muito menos contribui para ressocializar o apenado.

Como já foi comentada antes, a pena privativa de liberdade foi relevante em comparação as penas corporais, contribuindo decisivamente para que elas fossem abolidas, naquele momento se constituía como uma resposta mais humanitária sendo, para aqueles que cometiam os delitos, uma resposta mais justa e proporcional.

Hoje, esse sistema que denominamos de clássico é cheio de falhas que comprometem seu funcionamento, no século XIX a pena de prisão foi muito difundida tendo bastante aceitação se convertendo na principal reprimenda penal, porque se acreditava fortemente que poderia recuperar o delinquente, hoje a sociedade já não nutre tanta expectativa na pena de prisão, em virtude de não conseguir reabilitar os apenados.

Os problemas são tão sérios em relação ao sistema prisional que além de não ressocializar ainda colabora para uma dessocialização do apenado, já que na prisão praticamente não tem políticas para lhes proporcionar um ajuste social, aprendendo apenas uma conduta de convivência com os reclusos que é bem distante do que a sociedade espera.

Seria ideal que os reclusos colocassem em prática os valores da sociedade que existe fora do cárcere e não os valores dos reclusos como tem acontecido, evitando que eles se transformem em homens que cometem crimes com habitualidades, principalmente os crimes hediondos que resigna a sociedade.

É preciso que se distancie o mais rápido possível do cárcere e da violência, todavia a prática tem demonstrado que é muitas vezes, na prisão que o apenado mais se aproxima da violência e do crime.

A esperança que a sociedade tinha em relação ao sistema prisional atualmente, tem se convertido num pessimismo exacerbado, já que os resultados dentro da prisão são muito aquém da necessidade social, as prisões se parecem muito mais um amontoado de pessoas, bem similar a um campo de concentração

que não preserva à integridade física e moral das pessoas, do que lugar onde presos tutelados pelo Estado cumprem suas penas.

Essas pessoas devem ser tratadas com respeito, não é favor, é direito previsto no ordenamento jurídico. Com tratamento inadequado e cruel não se reunirá condições para recuperar os condenados, bem como para renascer na sociedade a confiança nesse tipo de punição.

Em se falando em integridade física e moral Silva⁵⁰ explica que é um bem que não pode ser agredido, visto que:

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei. Mas a Constituição foi expressa em assegurar o respeito à integridade dos presos.

É de extrema necessidade que a integridade física e moral sejam preservadas para que as pessoas possam gozar de outros direitos não cerceados pela condenação, o legislador foi atento e garantiu na constituição federal logo no início da Carta Constitucional, no art.5º, XLIX⁵¹.

A perda da liberdade traz para a pessoa do condenado uma terrível experiência, pois com sua liberdade cerceada longe da sua família e seu grupo social, logo ele percebe quão grande será sua dificuldade para mudar a realidade que lhe rodeia, até porque as pessoas com as quais ele passa a conviver no cárcere não podem ajudá-lo já que elas mesmas precisam ser ressocializadas, nesse sentido a prisão se apresenta para o condenado como um lugar onde tudo é negativo.

⁵⁰ Em relação à integridade moral do ser humano, José Afonso da Silva explica que a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social as pessoas e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social. A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.198,200.

⁵¹ Constituição Federal: art.5º inciso XLIX: É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Art.5º inciso III: Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Outro problema sério no sistema prisional é o isolamento do recluso que produz graves efeitos psicológicos para quem passa por uma experiência dessa natureza. O isolamento não se enquadra na sua necessidade quando conseguir a liberdade, pelo contrário representa um mundo totalmente diferente da realidade fora dos presídios, portanto, é uma medida que dessocializa o condenado ao invés de ressocializá-lo.

Além disso, outro problema do apenado é a superpopulação carcerária, que no Brasil é muito notória, sendo ela a raiz de inúmeros outros problemas do sistema prisional, que com a insalubridade, favorece a disseminação de doenças e pode levar ao óbito por AIDS e Tuberculose que nunca foram erradicadas do sistema prisional.

Com a superpopulação carcerária também aumenta a possibilidade do aparecimento de grupos organizados dentro do sistema prisional, bem como fica difícil conter a indisciplina e a violência.

Esses grupos organizados dentro do sistema prisional são muito nocivos à sociedade, porque arregimentam pessoas que estão cumprindo pena em sua primeira condenação prejudicando a ressocialização delas.

Sobre o assunto Michel de Foucault⁵² afirma [...] “a prisão torna possível, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si e hierarquizados para todas as cumplicidades futuras”, [...] se constituindo como fator de dessocialização dos condenados, porque a primeira coisa que ele aprende com os colegas mais experientes é escapar dos rigores da lei.

O objetivo ressocializador dentro do ambiente prisional torna-se muitas vezes inviável também pela corrupção de determinados agentes penitenciários, o que propicia as lutas pelo poder e regalias, e o recluso ao invés de se recuperar aprende dentro do próprio sistema privativo de liberdade os meandros imorais para adquirir uma posição que lhe traga compensação.

A corrupção impregnada nos estabelecimentos prisionais é de forma tal, que mantém os envolvidos na dependência uns dos outros, o corruptor que normalmente

⁵² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Vozes, Petrópolis: 1999. p.222.

detém o poder econômico ou pelo terror, está sempre exigindo lealdade do corrompido, gerando um ambiente de insatisfação e dissimulação⁵³.

Por outro lado o corrompido sofre ameaças e assédios de outros grupos, a qualquer momento pode mudar de lado e desencadear uma verdadeira batalha dentro da prisão, num ambiente dessa natureza cada vez mais o condenado se distancia da recuperação.

Vinculado a um poder paralelo muitos presos são submetidos a uma hierarquia não institucional que na menor falha paga-se com a vida, os chefes obrigam os que estão sob sua dependência a assumirem e cometerem crimes dentro do sistema prisional, nascendo nesses indivíduos o sentimento que deve fazer qualquer coisa para se manterem vivos, não guardando nenhum apego pelo respeito a dignidade da pessoa humana, já que sua própria, por falha do Estado, não está resguardada.

A aplicação da pena de prisão já não se concretiza como humanização dos castigos como foi no passado, com explica Leonardo Sica⁵⁴:

A prisão, seja explicada como necessidade de humanização dos castigos cruéis e planejamento histórico de disciplinamento do corpo e alma conforme Foucault, seja, na linha iniciada por Rusche e Kirchheimer, reconstruída atualmente por Melossi e Pavarini, como consequência de profundas modificações nas formas de acúmulos do capital e a proliferação dos atentados contra a propriedade, não é mais compatível com o programa de em Direito Penal humanista e moderno.

A humanização dos castigos diga de passagem, tem seu firme fundamento na ideia de direitos humanos. Assim como no passado as penas de suplícios foram contestadas, na atualidade, as penas privativas de liberdades têm sido criticadas,

⁵³ Dissimulação: É o despistamento da vontade hostil: escondendo a vontade ilícita o agente ganha maior proximidade da vítima. Finge amizade. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007, p. 383.

⁵⁴ SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

pois não tem se configurado como fator de humanização do condenado, e muito menos atendido aos anseios da sociedade, que é recuperação do delinquente.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico pátrio, oferece como alternativa à prisão, as penas restritivas de direitos, dentre elas, a pena de prestação de serviço à comunidade, que funciona como fator de ressocialização, ela tem adquiridos bons resultados na prática, se constituindo como elemento diferenciador na vida do apenado.

Se contrapondo ao cárcere, as penas alternativas têm se constituída como instrumento de controle social, que se ajustam as mudanças dos modelos de convivência dos cidadãos, reduzindo consideravelmente a violência punitiva estatal na busca da evolução e do respeito na humanização do condenado, bem como se adaptando as práticas do mundo sem fronteiras.

Apesar de ter contribuído para eliminar as penas de suplícios, a pena de prisão não tem correspondido as expectativas da sociedade, não tem recuperado os condenados, e não pode, já que o preso se encontra num meio no qual os valores sociais são bem distintos dos valores da sociedade que está fora do cárcere.

Hoje os penalistas tendem a desenvolver uma preocupação maior com a pessoa do condenado, dentro de uma visão humanista, visto que a tendência deles são buscarem medidas a serem adotadas na punição do infrator, e que possam de alguma forma proporcionar a possibilidade de adaptação do condenado no convívio social, pois essa adaptação trará um maior ganho para a sociedade num todo.

Dessa forma com objetivos de adaptar o condenado em convívios com seus pares Volk⁵⁵ “afirma que a pena deve ter traços de prevenção, todavia na atribuição da pena, não de serem consideradas as repercussões que devam ser esperadas para a vida futura do agente na sociedade”.

⁵⁵ VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.11.

O referido autor entende que dentre essas repercussões deve-se compreender também, entre outros, o efeito de ressocialização que se espera de uma punição, que é a reinserção do agente na sociedade, porque se esses objetivos não se tornarem realidade, a pena que foi imposta torna-se infrutífera porque só a retirada do infrator do seio da sociedade não representa na totalidade os fins da pena.

3. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO INSTRUMENTOS DE RESSOCIALIZAÇÃO E EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A pena restritiva de direito surge na Rússia, por volta do ano 1926, consistindo basicamente em trabalhos correcionais, com vigilância cerrada, aos modos do regime político por que passava a Rússia socialista, tendo se expandido por todo o mundo ocidental, dentre eles o Brasil.

As referidas penas restritivas de direitos emergiram pela ineficácia da pena privativa de liberdade, visto que o sistema carcerário pouco ou quase nada tem contribuído para reinserção social dos egressos do sistema penitenciário.

É uma pena consistente na restrição de direitos, diversos da liberdade, configurando uma pena autônoma, substitutiva da pena privativa de liberdade, de acordo com o art. 44 do CP.

Nesse sentido, conceitua Magalhães Noronha⁵⁶:

A pena restritiva de direitos é aquela que consiste na inibição temporária de um ou mais direitos do condenado, ou então na perda de parte de seu patrimônio, imposta em substituição e cuja espécie escolhida tem relação direta com a infração cometida.

Percebe-se pelo conceito de pena restritiva de direitos que esta, como dito, atinge direitos distintos da liberdade, é uma imposição penal que genericamente não onera o erário público com essa reprimenda. Ao contrário, o Estado ainda tem um ganho, pois diminui a população carcerária, e oportuniza ao condenado o contato com a sociedade, o que, por outro lado, facilita sua inserção social valorizando sua condição de cidadão.

Compartilha desse entendimento Leonardo Sica⁵⁷ [...] “o cumprimento da pena junto à comunidade, se possível, com a participação ativa desta releva-se vital

⁵⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1999, p. 178.

⁵⁷ SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

para a recuperação do sistema penal”. Reduz o uso e a duração da prisão é o caminho para romper com a secular tradição da violência punitiva.

Nesse contexto as espécies penas restritivas de direitos inauguradas pela Lei 9.714/98 e previstas Código Penal do Brasil, no art. 43, são:

I – prestação pecuniária II – perda de bens e valores III – prestação de serviços à comunidade IV – interdição temporária de direitos V – limitação de fim de semana

A prestação pecuniária como o próprio nome diz é o valor pago em dinheiro que como MIRABETE⁵⁸ ensina, consiste:

No pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública, privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Por disposição expressa, não pode ser inferior a um salário mínimo nem superior 360 vezes esse salário.

Segundo Jesus⁵⁹, é importante ressaltar que a natureza dessa sanção encontra respaldo na Constituição Federal, art. 5º, XLVI.

Para boa parte dos doutrinadores, dentre eles Mirabete⁶⁰, deve-se observar a ordem de preferência dos beneficiários da pena de prestação pecuniária, em primeiro na preferência é a própria vítima, seguidas dos dependentes entidades públicas com destinação social, e por ultimo entidades privadas com destinação social. Lembrando que; se o juiz verificar que houve o descumprimento da pena por motivos injustificáveis, o apenado pode sofrer a prisão, pela conversão da pena restritiva de direitos em privativas de liberdade nos termos do art. 181 da LEP.

⁵⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 269.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2005. v. 1. P.537.

⁶⁰ BGH: Supremo Tribunal de Justiça alemão. VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.27.

A perda de bens e valores, por sua vez leva em conta o prejuízo causado pelo infrator, bem como o lucro auferido por ele com a prática do ilícito.

A vítima e seus herdeiros podem ser ressarcidos de seu prejuízo, aduz Greco⁶¹ que:

A vítima do delito, seu representante legal ou seus herdeiros ainda poderão, transitada em julgado a sentença penal condenatória, promover-lhe execução, no juízo cível, para o efeito de reparação do dano, nos termos do art. 63 do código de processo penal.

Todavia, deve-se levar em consideração que se faz necessário que a sentença tenha sido transitada em julgado, para poder ensejar direito da vítima e seus sucessores promoverem uma execução na esfera cível.

Apesar de a ação ser nociva à sociedade, torna-se justo a execução feita pela vítima porque é a pessoa mais prejudicada, já que foi ela quem sofreu o dano direto da ação do infrator.

Assim expressa o art. 45, § 3º, do CP, a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. Quanto as espécies de bens e valores, explica Greco⁶²:

Os bens de que trata o parágrafo 3º do art. 45 do CP, podem ser bens móveis ou imóveis. Valores são tanto a moeda corrente depositada em conta bancária como todos os papéis que, a exemplo das ações representam importância negociáveis na Bolsa de Valores.

⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 537 e 538.

⁶² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 536.

Os bens que são tratados aqui diferem daqueles elencados no art. 91 do CP⁶³, pois enquanto a perda de bens e valores para esse tipo de pena refere-se aos que integram, lícitamente, o patrimônio do infrator, e que estão livres de qualquer embargo jurídico, o confisco, por outro lado, de que trata o art. 91 do CP relaciona-se aos bens adquiridos de forma ilícita pelo agente que vai sofrer a incidência da pena. Também difere da punição do art. 243 da CF, consistente na expropriação da gleba por motivo de cultivo de drogas.

Tornando a aplicação da pena eficaz, porque priva de lucro o infrator, a benesse do crime não permanece com ele, conseqüentemente diminuindo seu patrimônio e servindo de exemplo para que outros não se sintam atraídos à prática do crime.

Tanto a prestação pecuniária, como a perda de bens e valores constituem punições de caráter financeiro, que não afetam a liberdade do condenado, bem como o seu corpo, se encaixando perfeitamente no modelo humanista da punição, visto que além da pessoa punida se encontrar livre e em contato com seus pares, diminui a população carcerária, e ainda contribui para o Fundo Penitenciário Nacional, no caso da pena de perda de bens e valores, que sem dúvida possibilita mais investimento no sistema prisional, que tanto carece de recursos.

Não se confunde com a pena de multa prevista no Código Penal art.49 que direciona o valor ao fundo penitenciário, que é uma reprimenda muito antiga desde o tempo do Êxodo⁶⁴, a prestação pecuniária é uma inovação na legislação.

Caracteriza-se também como uma expressão na valorização da dignidade da pessoa humana, por dois motivos, primeiro porque evita que o condenado tenha sua liberdade cerceada, evitando seu contato com um ambiente insalubre como são as instituições penais no Brasil; segundo porque possibilita ao apenado a condição de uma inserção social, já que ele, apesar de cumprindo pena, continuará interagindo com a sociedade o que facilita tal inserção.

⁶³ Código Penal artigo 91, alínea *b* do inciso II, são efeitos da condenação: a perda em favor da união, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé: do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁶⁴ Êxodo, segundo livro da Bíblia dos Hebreus, figura entre os livros denominado de Pentateuco, ou Torá, ou simplesmente livros da lei, costuma-se atribuir a Moisés os escritos desses livros. BÍBLIA SAGRADA. *Nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

A interdição temporária de direitos consiste numa perda da capacidade temporária para o exercício de determinada atividade. As penas de interdição temporária de direitos, já estavam contempladas no Código Penal de 1.940, que na oportunidade era conhecida como penas acessórias, com a reforma penal promovida pela Lei nº 7.209/84, ela passou a categoria de pena principal, com o objetivo de proibir, restringir e suspender direitos e funções previstas no ordenamento jurídico pátrio.

A previsão legal da pena de interdição temporária de direitos está exposta no art.47 do Código Penal⁶⁵ que assim dispõe:

Art. 47 as penas de interdição temporária de direitos são;

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

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

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de frequentar determinados lugares e

V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

São penas que devem ser aplicadas em conformidade com as condições do apenado, como explica Jesus, essas penas de direitos devem ser individualizadas, procurando o juiz adequá-las ao fato e às condições do condenado.

A pena de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, aplica-se aos condenados que cometem crimes no exercício da função pública, bem como de mandato eletivo, sendo reprimenda temporária, que não se confunde com a punição imposta em decorrência do artigo 92 do Código Penal, que é a efetiva perda da função ou do mandato de forma definitiva, conforme explica Greco⁶⁶:

⁶⁵ BRASIL. Código Penal Brasileiro – Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.gov.br/ccivil_03/Decreto/Lei/Del2848.htm. Acesso: abril/2014.

⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 540.

A proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, tem caráter temporário, razão pela qual não se confunde com o previsto no art. 92 do Código penal, que diz ser efeito da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Com relação ao inciso I do art. 47 do CP quando o agente receber a pena, a autoridade deverá em 24 horas após o recebimento do ofício expedido pelo juiz da execução, baixar o ato para suspender as funções do condenado, só assim se concretiza a punição.

Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam da habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, são medidas aplicadas contra profissionais liberais, que no exercício das suas atribuições profissionais cometeram fato delituoso, essas pessoas necessitam de habilitação do ente público para poder exercer sua função, e quando condenado, ficam temporariamente impedidos de exercer sua atividade.

São profissionais como médico, engenheiro, advogado que se enquadra dentro dessa norma, a interdição pressupõe que agente tenha sido condenado, ou que exista perigo que ele venha cometer novos crimes, com explica Volk⁶⁷:

A interdição do exercício profissional é uma medida de segurança (BGH⁶⁸, MDR⁶⁹ 56, 143). Ela pressupõe que o agente tenha sido condenado – ou somente não o tenha sido, porque sua inimputabilidade está provada ou não pode ser excluída – por um fato antijurídico, cometido com abuso de sua profissão ou ofício ou com violação grave de um dever a ela inerente. Outra condição é que exista o perigo de que ele venha a cometer, caso continue atuando em sua profissão, ramo profissional, ou ofício, fatos importantes fundados num abuso da profissão ou na violação de deveres da profissão o de ofício.

⁶⁷ VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.383.

⁶⁸ BGH: Supremo Tribunal de Justiça Alemão. VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.27.

⁶⁹ MDR: Revista Mensal de Direito Alemão. VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.29.

É uma pena que não se confunde com as punições que geram as mesmas consequências, pois o órgão ao qual o profissional está vinculado pode suspender o membro filiado após comprovado à prática ilícita, impedindo que ele possa desenvolver suas atividades. Dessa forma a OAB pode suspender o advogado, o Conselho Regional de Medicina pode fazer a mesma coisa com o médico, sem impedir que a ação penal perca sua eficácia. A punição imposta pelo órgão ao qual o profissional está vinculado é totalmente distinta da sentença imposta pela ação penal.

A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, visa a suspensão de autorização ou de habilitação com previsão no art. 47 do Código Penal, visa impedir, ainda que temporariamente, que o agente de um ilícito culposo cometido no trânsito continue a trafegar pelas vias, provocado pela imprudência e negligência do motorista no trânsito, no que difere da reprimenda do art. 92 do CP onde referida inabilitação pode ser permanente. Como afirma Mirabete⁷⁰:

A aplicação da pena de suspensão de habilitação do Código Penal, ou a de suspensão e proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo, do Código de Trânsito, não afasta a inabilitação permanente para dirigir veículo, quando este for utilizado para a prática de crime doloso. Trata-se, agora, de efeito da condenação do art. 92, III do CP. Também não afasta a aplicação de medidas administrativas previstas no CTB.

Cumprido ressaltar que a suspensão de habilitação para dirigir, é uma medida que deve ser aplicada aos casos que essa punição seja adequada, Já que existe o problema quando a punição atinge a pessoa que é profissional do volante, e conseqüentemente necessita da habilitação para adquirir o sustento seu e de sua família.

No caso como esse, melhor seria aplicar outra pena restritiva de direitos em substituição, visando não deixar o trabalhador incapacitado para o exercício de sua função, a menos que o condenado seja obstinado a não querer cumprir as normas

⁷⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 274.

de trânsito, colocando em risco toda a comunidade, desta feita o ideal é a punição da suspensão de dirigir para que se retire o perigo, mesmo que de forma temporária, dependendo da situação, mesmo de forma definitiva.

Na pena de proibição de frequentar determinados lugares opera-se uma substituição da pena privativa de liberdade, pela proibição de frequentar determinados locais indicados pelo magistrado como explica Mirabete⁷¹:

A pena não pode ser aplicada de forma genérica ou imprecisa e o juiz deverá especificar expressamente na sentença quais os lugares que o sentenciado não pode frequentar. Além disso, é evidente que essa fixação deve guardar relação com o delito praticado e com a pessoa do agente, como forma de prevenir a prática de novo crime pelo condenado.

A dificuldade na eficácia dessa pena está na quase impossibilidade de o Estado juiz fazer a correspondente fiscalização.

Todavia mesmo o juiz fixando os lugares que o apenado não podem frequentar, ficando determinado pelo menos certo número de lugares que ele possa ou não ir, não foi pouco as críticas em relação a essa modalidade de pena, pela extrema dificuldade de se realizar a fiscalização, o cumprimento que foi determinado pelo respectivo juiz.

A proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos, com o advento da Lei nº 12.550/11 passou a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio, como outra modalidade de pena não privativa de liberdade, trata-se de mais uma interdição temporária de direitos, que é a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos, que foi inserido no art. 47 do Código Penal, inciso V.

A limitação de fim de semana, segundo a redação do Código Penal art.48, consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo dentro do período da permanência do apenado no local indicado pelo juiz da sentença,

⁷¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 274.

serem ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Por fim, e sendo sem dúvida, a mais importante dentre as penas restritivas de direitos a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, que segundo a Lei nº 9.714/98, consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, estando de acordo com a Constituição Federal em seu art.5^o⁷², XLVI, *d*.

Trata-se de uma sanção de caráter personalíssimo⁷³, na qual o condenado pode mitigar o dano causado à sociedade prestando-lhe um serviço pessoal e diretamente.

É uma reprimenda penal adequada aos crimes de leve e média gravidade, porquanto contribui para fortalecer os laços comunitários e promovem a integração do apenado, conforme explica Sica⁷⁴:

Reforça os laços comunitários inclusive aqueles rompidos pela prática do crime e viabiliza o processo de diálogo, evitando a dessocialização e, sem dúvida, promovendo a interação social. Contribuindo para o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade e reafirmação da validade das normas de atuação do poder público.

Reforça os laços comunitários porque a pessoa que recebe esse tipo de punição, não precisa ficar fora do convívio social, além do mais no cumprimento da sentença, o condenado presta um serviço no qual ele mantém contato direto com a sociedade, isso facilita a interação entre o autor da infração penal e a sociedade, que é a maior interessada na punição do criminoso, e na sua recuperação.

⁷² Constituição Federal: art. 5º, XLVI, *d*: a lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, a prestação social alternativa.

⁷³ Segundo Luiz Flávio Gomes “ sobressai, desde logo, o caráter personalíssimo da prestação de serviços: ninguém pode prestá-lo no lugar do condenado, consoante o princípio da personalidade da pena CF, art. 5º, inc. XLV”. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. Ed.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.148.

⁷⁴ SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 186.

O cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas têm características próprias, possibilita a criação de vínculos afetivos entre o prestador dos serviços e os beneficiários dessa prestação visto que eles estarão interagindo quando no momento do cumprimento da sentença.

Desenvolve no sentenciado uma sensação de utilidade, já que percebe que seu trabalho colabora para um bom funcionamento na entidade que o acolheu, o que sem dúvida colabora para o seu crescimento como pessoa, bem como sua inserção social.

Respeita a dignidade da pessoa humana porque permite que o condenado possa cumprir sua pena sem os efeitos do encarceramento que normalmente causa muito danos para quem passa por um trauma dessa monta, a prestação de serviços à comunidade e entidades públicas é uma reprimenda que tem contribuído bastante para a recuperação de apenados.

Outra grande importância nessa modalidade de punição é que não retira o apenado do seio de sua família, podendo ele exercer sua função laborativa, que conseqüentemente proporciona uma autoestima, não deixando o infrator isolado na sociedade, fazendo com que essa pessoa cumpra o que foi determinado, e ao mesmo tempo respeitando a dignidade da pessoa humana, já que ele estará desenvolvendo uma completa interação com seus pares.

É uma sanção totalmente constitucional, pois não se confunde com o trabalho forçado, visto que não é contra a vontade do condenado, pelo contrário é uma punição humanitária, já que evita o encarceramento do mesmo, e ainda leva em consideração a aptidão do condenado, obedecendo ao princípio da individualização da pena.

O condenado deve trabalhar no mínimo uma hora de tarefa por dia, visando não prejudicar seu sustento e de sua família, podendo trabalhar mais tempo se assim o desejar, conforme Greco⁷⁵:

⁷⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 539.

Embora o § 3º do art. 46 do código penal diga que as tarefas terão a duração diária de uma hora, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, podemos entender esse tempo como mínimo exigido do condenado, uma vez que se por sua vontade tiver o interesse de abreviar a execução de sua pena. Assim poderá fazê-lo, haja vista que o § 4º do ar. 46 do Código Penal diz que se a pena substituída for superiora um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo art. 55, nunca inferior à ½ da pena privativa de liberdade.

Todavia, devemos lembrar que o tempo abreviado não pode ser inferior a metade da pena privativa de liberdade para não perder o caráter educativo, social e coercitivo da sanção penal aplicada.

A aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, positivado no Direito brasileiro, tem se mostrado como solução para os crimes de menor potencial ofensivo, por três motivos, o primeiro de cunho econômico, pois o cidadão encarcerado é muito dispendioso para o ente estatal, o segundo é o trabalho como qualificação do apenado, que possibilita a entrada dessas pessoas no mercado de trabalho, o terceiro é que a prestação de serviço à sociedade nas penas alternativas traz benefícios para a coletividade, bem como para o apenado, sendo uma forma de valorização da dignidade da pessoa humana.

Referidas espécies de penas restritivas revelam, quase que intuitivamente, que o objetivo destas, enquanto sanção penal, não se restringe a punição do agente, buscando também educa-lo para uma vida em sociedade, estimulando sua evolução enquanto cidadão.

Todavia, para podermos ter o efeito esperado da sentença condenatória que livra o infrator do cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o Estado fazer as devidas inspeções para que de fato a sentença seja cumprida de acordo com o que foi determinado. Com relação a essa fiscalização assim expressa o professor Dias Júnior⁷⁶:

Uma vez condenado o criminoso, cabe ao Estado acompanhar e fiscalizar o cumprimento da pena a ele imposta, a fim de garantir que a reprimenda aplicada cumpra as três finalidades que comumente dela se esperam, quais

⁷⁶ DIAS JÚNIOR, José Armando pontes. *Controle Judicial dos Atos Discricionários da Administração Penitenciária*. Ceará: Ed. Premium, 2009, p. 17.

sejam, a retribuição em face do delito praticado, a prevenção, desestimulando a prática de novos delitos, e a ressocialização, tornando o apenado apto para o sadio retorno ao convívio social.

Nota-se a grande necessidade do Estado em fiscalizar o cumprimento das penas em questão, porque se assim não for, perde-se a eficácia da reprimenda, principalmente por criar no infrator o sentimento de impunidade, não atingindo os objetivos da pena, dentre as quais, a tão buscada ressocialização.

3.1 - O OBJETIVO RESSOCIALIZADOR E O DIREITO FUNDAMENTAL A DIGNIDADE DO APENADO

Foi procurando a humanização da pena, que estudiosos das mais diversas áreas de conhecimento têm se dedicado a trabalhos que visam à substituição da pena privativa de liberdade⁷⁷, ganhando força a ideia de substituí-la por penas restritivas de direitos outros, o que demonstra uma maior tolerância com relação a quem comete crimes de menor potencial ofensivo e a busca por uma justiça social mais condizente com um Estado democrático e humano.

Isso porque, as referidas penas possuem, como dito, para além de um caráter sancionador, uma natureza de sanção educativa e ressocializadora. Podendo, a título de exemplo, ser imposto ao condenado a obrigação de participar de palestras, nas quais, ao mesmo tempo em que estará aprendendo novos conhecimentos, estará também interagindo com outras pessoas, o que serve de instrumento e estímulo a ressocialização do apenado.

Guilherme Nucci⁷⁸ define a opção pelas penas restritivas como um movimento denominado fuga da pena, iniciado a partir dos anos 70, quando se verificou, o

⁷⁷ Substituição da pena privativa de liberdade: Cuida o juiz nesse momento de verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa. Se conceder *sursis*, não estará fixando um regime de cumprimento de pena, mas uma forma alternativa para cumprir a pena. Portanto, não se trata de substituição. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007, p. 378.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007, p. 339.

fracasso do tradicional sistema punitivo no Brasil, explicando que não é simplesmente uma pena “não privativa de liberdade”, mas que vai muito além. A punição objetiva a recuperação do apenado, o que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, de uma forma mais condizente com o Direito Ocidental, se contrapondo a punição tradicional preocupada preponderantemente em punir e segregar, que no Brasil demonstrou graves sinais de fracasso.

Pode-se afirmar que citadas penas constituem uma inovação que visa à valorização da pessoa humana e o ajuste com os princípios pregados pelas Nações Unidas, evitando o encarceramento desnecessário do agente ao tempo em que também o pune pela infração das normas sociais.

Sobre as espécies de controle de conduta, afirma Volk⁷⁹ que:

com o controle de conduta também se busca, ao mesmo tempo, além do objetivo da ressocialização do condenado que a ele é submetido, a proteção da sociedade contra outros crimes do condenado sujeito à medida (BVerfG⁸⁰ 55,28).

E segue explicando Volk⁸¹, que:

O principal objetivo político–criminal da lei é a restrição da pena privativa de liberdade de curta duração. Por isso, ela é substituída pela pena de multa no âmbito da pequena e, mais além, também da média criminalidade. Penas privativas de liberdade inferiores a seis meses devem ser impostas apenas em casos excepcionais (BGH).

⁷⁹ VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.377.

⁸⁰ BVerfG : Decisões do Tribunal Constitucional alemão. VOLK, Klaus. *Direito Penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes . Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.377.

⁸¹ VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.297.

Como podemos observar o legislador alemão não abandonou a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade em todos os casos, mas reconhece sua aplicabilidade em casos excepcionais (BGH 24, 165).

Pelo que podemos afirmar que as penas que apenas restringem direitos ainda diminui a população carcerária, na medida em que deixa de custodiar os condenados que cometeram crimes mais leves, oportunizando a estes apenados a manutenção do seu contato com a sociedade, o que facilita sua inserção social.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1.988, o Brasil fez reformas no sistema penal, por meio da Lei 7.209/84 e 7.210/84 - lei de execução penal (LEP) - que alteraram o Código Penal vigente e inauguraram um novo modelo da execução penal no Brasil.

A Lei 7.209/84 gerou uma grande mudança na redação do CP no que diz respeito às modalidades de penas, dando destaque para os artigos 43 e 44, que passaram a disciplinar as penas restritivas de direitos, sendo alterada, posteriormente, pela Lei 9.714/98, que, especificando as penas restritivas de direito, se preocupou em humanizar as sanções aplicadas no Brasil.

A Lei nº 9.714/98 traz em seu bojo novas formas de aplicação da sanção penal, que são inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a denominação de penas alternativas, visando oportunizar aos condenados o cumprimento da sentença fora do cárcere, passando a ter uma aplicação bastante aceitável socialmente.

Após a aprovação da lei, ela passa a dar suporte para a afirmação das penas restritivas de direitos. Apareceram algumas críticas, mas o fato é que tem colaborando bastante com os cofres públicos, tendo em vista que o preço de manter um condenado em cárcere é bem elevado para o Estado. Além de evitar que pessoas que cometem crimes de menor potencial ofensivo se misturem com criminosos perigosos, colaborando expressivamente para diminuir a população reclusa.

Nesse contexto, as Regras de Tóquio que foram formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente, para a prevenção do delito e do tratamento do delinquente, com objetivo de criar soluções alternativas à prisão, diminuir a criminalidade no âmbito universal e a população carcerária, bem como escopo de reinserção social dos apenados, surgiu com a resolução nº 45/110 em 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

As Regras de Tóquio visam assim criar uma mentalidade na sociedade no que se refere à justiça penal, procurando um entrelaçamento entre os atores do processo, vítima infrator e sociedade. Sempre com o intuito do respeito da dignidade da pessoa humana.

Pode-se inferir que as Regras de Tóquio, são normas que se enquadram no ideário de direitos do cidadão preconizado na Revolução Francesa, que atingiu seu mais alto ponto, no ano de 1948, quando a organização das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Demais disso e sob as influências das normas promovidas pelas Nações Unidas e as Regras de Tóquio, o Brasil editou a Lei nº 9.099/95⁸², Lei dos Juizados Especiais, que sem dúvida procurou conferir celeridade aos processos que apuram as infrações de menor potencial ofensivo, buscando a não aplicação da pena privativa de liberdade.

Referida lei prima pela adoção de medidas alternativas ao cárcere, promovidas pela possibilidade de adoção da transação penal, quando as partes (MP, e acusado) assim o acordarem, nos termos do art.76 da referida Lei, que assim dispõe:

Art. 76 da Lei dos Juizados Especiais

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificado na proposta. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e

⁸² Brasil. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/9099.htm. Acesso em: 07 de maio. 2014. A lei foi criada para dá uma celeridade processual nos casos estabelecidos pela norma, tem sido de muita valia para as causas de menor potencial ofensivo e de menor valor pecuniário, todavia nos últimos anos tem perdido um pouco de sua eficácia em virtude de uma demanda muito grande de processos. O Juizado especial é conhecido na sociedade como juizado das pequenas causas.

seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Todavia, da análise do dispositivo percebe-se que é preciso para a aplicação, que alguns requisitos sejam observados, porque o parágrafo segundo traz os critérios que proíbem a proposta da transação penal, sendo uma delas a necessidade de concordância do infrator para a validação do ato.

Com esses elementos, os juizados especiais criaram muitos benefícios para a sociedade, e, conseqüentemente, para o ordenamento jurídico pátrio, em decorrência da velocidade com que são declaradas as sentenças e da natureza das penas aplicadas, o que se coaduna com as orientações das Nações Unidas.

Da mesma forma o “Sursis Processual”⁸³ do art. 89 da Lei 9.099/95, também funciona como um instituto despenalizador de natureza política criminal, explicitando que:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a 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 da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Nesse contexto, e em que pese sua importância, a suspensão condicional do processo não constitui direito subjetivo do acusado, mas sim uma faculdade posta a disposição do Ministério Público por medida de política criminal, no exercício da ação penal. Além disso, quando o Ministério Público oferecer a proposta, ainda deve passar pelo crivo do magistrado processante. A suspensão é resultante do acordo de vontades e da conformidade com a lei e o caso concreto, constituindo mera expectativa de direito.

⁸³ Sursis: Suspensão condicional da pena. Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995, p.835.

É, certamente, uma resposta menos gravosa que o Estado impõe ao condenado, uma reprimenda (Para Leonardo Sica⁸⁴, é sem sombra de dúvida uma pena, eis que sua aplicação remete aos requisitos do sursis do art.77 do CP) fundada em imposições vinculadas as penas restritivas de direitos, mas que, também por isso, se apresenta como uma forma de humanizar o direito.

Como nas outras punições que visam à substituição da pena de reclusão. A aplicação da pena restritiva de direito deve ter ligação com a infração penal cometida pelo agente, como justifica Greco⁸⁵:

Assim, por exemplo, imagine a hipótese em que o agente é surpreendido portando e utilizando, antecipadamente, o gabarito das questões que seriam solicitadas em determinado concurso, fornecido, indevidamente, por algum servidor público inescrupuloso ou mesmo por ele adquirido através de algum outro meio ilegal. Nesse caso, o candidato que estava participando do certame poderá ser condenado pela prática de crime de *fraudes em certame de interesse público*, com redação conferida pela lei nº 12.550/11.

Para que a punição encontre respaldo no Direito posto, tem que haver um elo entre a prática delituosa e a punição imposta, isso torna a reprimenda adequada, já que a ação praticada pelo delinquente foi coibida e punida de modo coerente e racional atribuindo a pena um visível caráter educativo /pedagógico.

Em conformidade com a LEP, em seu art.155 a execução terá início a partir do primeiro dia do comparecimento do condenado ao local do cumprimento da pena. A dificuldade nessa punição é motivada pela falta de locais do cumprimento da sentença, visto que temos poucas casas de albergados. Todavia é uma punição de grande valia quando pensamos na ressocialização do apenado, pela possibilidade dele passar a maior parte dos dias junto da sua família, bem como trabalhando e interagindo com a sociedade.

Por outro lado o referido regime de cumprimento de pena se caracteriza por um tipo de punição que atinge a liberdade do condenado, pelo menos nos finais de

⁸⁴ SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

⁸⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 542 e 543.

semana, segundo Mirabete⁸⁶ foi um método para fracionar a aplicação da sentença, nos tipos de condenações de curta duração.

A lei nº 7.210/84 e a lei nº 9.714/98 apresentam uma série de mecanismos que torna viável a implantação das medidas que valoriza a dignidade da pessoa humana, merecendo destaque a pena de prestação de serviço à sociedade que serve como uma reparação do dano causado pelo apenado, e segundo porque quem está cumprindo a pena tem a possibilidade de demonstrar suas habilidades profissionais, além de ser obrigação de o Estado proteger aquele que está em situações mais desfavoráveis, no objetivo de equilíbrio social.

Nesse sentido, é importante lembrar que durante a execução desse tipo de pena há possibilidade de mudanças pelo juiz, sempre com decisão motivada e na busca de adequá-la às condições pessoais do apenado, bem como encaixar no padrão das individualidades das instituições nas quais o apenado deva cumprir a reprimenda.

Além do mais o apenado que trabalha apresenta um comportamento social diferente dos que não trabalham, ou seja, os indivíduos que trabalham estão mais propensos a participar dos programas de ressocialização e, conseqüentemente, a reincidir menos do que os outros que não participam, isso demonstra um efeito ressocializador da pena da prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas com base na lei 9.714/98.

Por isso se acredita que com as penas alternativas diminuiremos o número de pessoas cumprindo pena no sistema carcerário, ao mesmo tempo quando não se priva alguém de sua liberdade está diretamente colocando em prática uma verdadeira expressão da dignidade da pessoa humana, que se coaduna com a Constituição Federal, bem como a lei nº 9.714/98 e o Código Penal art. 46.

Além de valorizar a dignidade da pessoa humana, por deixar o apenado em liberdade, o Estado na aplicação do *jus puniendi* propicia a ele a condição de desempenhar um trabalho, sendo fruto do Direito Constitucional.

⁸⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 275.

Em termos práticos a substituição das penas privativas de liberdades por restritivas de direitos é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas para a sua aplicação é necessário levar em consideração os seguintes fatores previstos no artigo 44 do Código Penal.

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

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

§ 1º (Vetado).

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

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude de prática do mesmo crime.

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

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

Essas penas não se aplicam por si, já que são substitutivos penais. O que acontece é que na hora da fixação da pena, poderá ser feita uma conversão, se o apenado se encaixar nos pressupostos exigidos pelo art. 44 do CP.

Se por acaso o condenado não preencher os critérios preestabelecido pela norma, só resta uma coisa a ser feita pelo magistrado, sentenciar o infrator a uma condenação de pena privativa de liberdade. E se assim não fosse, em pouco tempo poderia se perder a eficácia da pena substitutiva motivada pela aplicação de forma indiscriminada.

Para que o condenado seja contemplado com a substituição da pena privativa de liberdade, deve estar presente elementos objetivos e subjetivos, o primeiro tem relação com o tempo da condenação e o segundo com a natureza do ilícito penal, dessa forma para os crimes dolosos exige-se os requisitos objetivos como expressa o art. 44CP, em seu inciso I, limitando em no máximo quatro anos a condenação para que o apenado tenha direito ao substitutivo penal.

Diferentemente dos crimes culposos, como aduz Nucci⁸⁷: [...] “todos os crimes culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena”, a norma não estabeleceu uma contagem de tempo, basta se enquadrar como crime culposo, que a reprimenda penal substitutiva é aplicada.

Outra observação que se faz em relação a essa reprimenda penal, é que o condenado não pode ser contemplado com quaisquer das penas restritivas de direitos quando a infração é cometida mediante violência, como justifica Greco⁸⁸: [...] “se no ato do crime ele o tenha cometido com violência ou grave ameaça à vítima, nesses casos, mesmo a pena permanecendo no limite estipulado pelo inciso I, o agente não poderá ser beneficiado com a substituição”.

A previsão da conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdades está abalizada nos parágrafos quarto e quinto do artigo 44 e artigo 45 ambos do CP.

Segundo Greco⁸⁹: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativas de liberdades quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”.

O caráter pedagógico das penas restritivas de direitos é tão relevante que o legislador disciplinou que o seu descumprimento importa na conversão em privativa de liberdade conforme o artigo 181 da LEP⁹⁰.

Art. 181da lei de execução penal. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007, p. 341.

⁸⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 531.

⁸⁹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 139.

⁹⁰ Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984: Institui a Lei de Execução Penal. No Capítulo I dispõe sobre as penas privativas de liberdade, bem como a regressão de regime.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) Não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) Não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) Recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) Praticar falta grave;
- e) Sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tinha sido suspensa.

§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras *a*, *d*, *e*, do parágrafo anterior.

§ 3º a pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interdito ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras *a*, *e*, do § 1º. Deste artigo.

Assim apesar do ordenamento jurídico pátrio ter previsto as penas não privativas de liberdade, o não cumprimento do que foi determinado na sentença, faz com que a pessoa beneficiada com a pena restritiva de direitos, possa cumprir pena privativa de liberdade então substituída.

Essa fórmula escolhida pelo legislador tem legitimidade porque as penas do sistema alternativo se comportam como uma sanção penal, portanto têm seus efeitos. Isso significa que uma pessoa ao qual lhe foi aplicada uma pena de caráter substitutivo, necessário é o cumprimento da sentença para não sofrer o dano do encarceramento.

Isso não se caracteriza como um retrocesso penal, visto que o delinquente teve a oportunidade de cumprir a pena restritiva de direitos e não cumpriu, ou então porque lhe sobreveio uma sentença condenatória de natureza privativa de liberdade, em qualquer das hipóteses supracitadas, o apenado demonstra que, a sentença restritiva de direitos não foi suficiente como reprimenda para lhe ressocializar e manter distante da criminalidade, restando ao juiz da execução a correspondente conversão da pena como determina a lei de execução penal.

Apesar da aplicação da pena privativa de liberdade ser recomendada pelo instituto da conversão, o ordenamento jurídico brasileiro tem demonstrado que tende cada vez mais a aplicar as penas restritivas de direitos.

Acontece que existem casos nos quais a sentença não privativa de liberdade não consegue ter uma plena eficácia, tornando necessário o Estado encontrar outras formas para atingir os seus objetivos, nesse diapasão constitui-se como justo a conversão, aja vista ter sido tentada a execução das sanções restritivas de direitos.

A dignidade da pessoa humana é tão importante que mesmo o indivíduo condenado por uma sentença que necessita de vigilância como nos casos das restritivas de direitos. Essa supervisão deve estar alicerçada na ideia de readaptar o condenado e evitar a reincidência.

Nesse viés explica Gomes⁹¹[...] “a supervisão deve ser exercida conforme condição específica prescrita em lei”, oferecendo oportunidades para fortalecer os vínculos com a comunidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está entrelaçado nos valores morais e éticos do mundo Ocidental, é um princípio fundamental que está previsto na Constituição Federal de 1988. Foi alçada a condição de fundamento da nova república, está previsto logo no artigo 1º, inciso III, não é um direito dado ao cidadão é um bem inerente ao fato de nascer humano.

Mais do que isso, independe da vontade das pessoas e em que elas acreditem, é pelo princípio da dignidade da pessoa humana que se procura preservar essa qualidade (a dignidade) intrínseca a qualquer pessoa, em todos os setores da sua vida em sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana para Kant⁹²:

É a matéria ou o fim de todas as máximas moldadas pela lei moral, por conseguinte independente de normas jurídicas, e normas religiosas e de normas consuetudinárias o ser racional já possui o referido princípio em sua

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.88.

⁸⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.p. 58.

legislação moral, o respeito à humanidade reside, antes de tudo, na própria razão

Foi positivado no Direito para poder alcançar uma plena eficácia na proteção desse bem, que é muito importante para o desenvolvimento do homem como ser social, e que às vezes só pela moral e ética não se consegue.

Um bem dessa natureza não pode ficar na dependência das religiões e costumes, deve ser preservados pelo ordenamento jurídico, já que visa o respeito à humanidade que é inerente à própria razão.

No âmbito da execução penal o referido princípio é sem dúvida o responsável pela evolução da humanização da pena, as que rechaçam as penas de morte e de caráter perpétua, ao mesmo tempo em que inspira o regime progressivo e as próprias penas restritivas de direitos.

Hoje as penas restritivas de direitos impedem as punições consideradas desumanas, principalmente maus-tratos e torturas, e possuindo a missão de proporcionar a recuperação de apenados.

É o princípio norteador de todo ordenamento jurídico, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito. No Brasil vigora, ainda, o Decreto nº 6085/2007⁹³, que disciplina a convenção contra penas de torturas, punições cruéis, desumanas e degradantes, que se coadunam as Regras de Tóquio, bem como o capítulo II da lei nº 7210/84 LEP, que na oportunidade rege os direitos dos presos.

Como se pode observar são normas que se encaixam na CF e no pacto de São José da Costa Rica para a universalização dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário.

O princípio da proporcionalidade, trata-se de um desdobramento do princípio da razoabilidade, dessa forma o princípio da proporcionalidade vincula o Estado-juiz a abster-se de praticar atos além daqueles efetivamente necessários para atender as finalidades públicas. Justificando, que o poder público deverá estar em conformidade

⁹³ Decreto nº 6.085 de 19 de Abril de 2007 Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002 .

com a lei formal, vincula até o legislador que tem limitação na criação de normas, não sendo possível reduzir direitos fundamentais conquistados pelo cidadão. A respeito do princípio da proporcionalidade expõe Mirabete⁹⁴:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida, e, num aspecto prevencionista, um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido á sanção penal.

É uma responsabilidade social que o Estado tem com a pessoa do condenado, evitado punições desvirtuadas das práticas ofensivas cometidas pelos infratores, a punição é uma reprimenda que deve ser em conformidade com o delito, não ficando a disposição de quem vai aplicar a pena.

Nesse aspecto, representa um procedimento de aplicação de norma jurídica que visa concretizar um direito fundamental no caso concreto.

Desse modo, segundo o ensinamento de Rogério Greco⁹⁵, o Estado como regulador do convívio social, visa resguardar os bens mais inerentes destas relações, o que denota a aplicação do princípio da intervenção mínima, como modo emprego de política criminal, quando observados que os outros ramos do Direito não sejam capazes de assegurar tais preceitos.

Conduz o magistrado na aplicação da sanção penal a um efeito proporcional ao mal causado pelo agente, nunca um tormento desvirtuado do critério trifásico de aplicação da pena.

Não há uniformidade em sua apresentação doutrinária, existindo certa divergência. Com base na constituição federal e confirmada no direito processual, deve ser interpretado como um superprincípio, assim explica Távora e Alencar⁹⁶:

⁹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003. P. 57.

⁹⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 76.

⁹⁶ TÁVORA, Nestor. e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora jus Podivm, 2013. p 75.

O campo da atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado com um superprincípio, talhando a estratégia de composição no aparente conflito principiológico. Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios do próprio Estado, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

É uma tentativa de obrigar o Estado a não promover uma proteção deficiente ou arbitrária, como preceitua a súmula 523 do STF⁹⁷, busca-se com esse princípio valorizar a dignidade da pessoa humana, já que limita o maior ente, que é o Estado, de imprimir sanções completamente díspares com a realidade fática.

Demais disso, a dignidade da pessoa humana enquanto valor inato a cada ser demanda que sua individualidade, suas notas distintivas e particulares sejam observados, inclusive, quando vem a sofrer uma sanção penal do Estado.

Segundo Greco⁹⁸ “A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação. É a fase que cabe ao legislador, dentro de um critério político, de valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando a pena de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade”.

Nesse sentido o princípio da individualização da pena que segundo Nucci⁹⁹, é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticados crimes idênticos. Cuida, exatamente de particularizar a reprimenda estatal porque, independente da prática da mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

⁹⁷ SÚMULA 523 STF: A ausência de defesa implica na nulidade absoluta do processo, e a deficiência, em nulidade relativa. TÁVORA, Nestor. e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora jus Podivm, 2013. p 75.

⁹⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal: Lições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p.71

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.34.

Como base no princípio da individualização da pena, o STF proferiu julgamentos de grande repercussão nacional em matéria criminal. Na jurisprudência atual da Suprema Corte, não têm sido toleradas normas legais que usurpem do juiz a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto.

Já com HC 82.959-7, relatado pelo Min. Marco Aurélio, confirmou-se a tese de que é inconstitucional o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990¹⁰⁰, que, em sua redação original, vedava a progressão de regime em crimes hediondos, minimizando dessa forma os efeitos da punição.

Embora o citado princípio seja mais usual nas condenações ao regime fechado, quando o apenado deve passar por um exame criminológico¹⁰¹ para obtenção de elementos para sua classificação, em respeito à sua individualidade. Também quando o agente for condenado a pena restritiva de direito deve o magistrado se pautar pelo princípio da individualização para fins de definir qual dentre as penas restritivas de direitos será mais eficaz para ressocialização do condenado, levando em consideração aspectos do crime e da personalidade. .

Assim com embasamento na LEP e na Constituição Federal, esse princípio condiciona que deve ser impostas aos infratores sanções particularizadas de acordo com a natureza circunstanciais dos delitos e as características de cada indivíduo.

Também se deve respeitar sempre a aptidão do apenado no sentido de adequá-lo as características dele, para uma reintegração social, a partir de uma pena mais justa, eficaz e humana, condizente com um Estado Democrático de Direito como é o Brasil

¹⁰⁰ Lei de crimes hediondos. Legislação Penal Extravagante. www.planalto.gov.br. Lei nº. 8.072, de 25 de Julho de 1990. Acesso em junho de 2014.

¹⁰¹ Exame criminológico : Visa a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução, (art.8º da LEP e art.32, caput, do CP). Necessário a todos os indivíduos condenados ao regime fechado. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 121.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia se propôs a fazer um estudo sobre as penas restritivas de direitos como um instrumento de ressocialização do apenado, e, desta feita, expressão da dignidade humana, analisando as penas substitutivas das penas privativas de liberdade, e a eficácia destas na ressocialização do apenado.

Ficou constatado durante a elaboração da monografia que a pena privativa de liberdade representou um avanço, se comparado com as penas de suplícios praticados no passado, todavia também se verificou que ela hoje não atende aos interesses da sociedade, pois não ressocializa os condenados, nem cessa a reincidência.

Alguns deles têm até aumentado sua periculosidade quando estão cumprindo penas encarcerados, provando assim o fracasso do sistema prisional, o que justifica a mudança na aplicação das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos.

A previsão das penas restritivas de direitos em substituição às privativas de liberdades em nosso ordenamento jurídico tem contribuído decisivamente para um tratamento mais humanitário dos apenados, além de diminuir consideravelmente os problemas no sistema carcerário, em especial a superpopulação dos presídios. A aplicação dessas penas tem se constituído definitivamente como alternativa socialmente utilitária ao cárcere.

Outro ponto positivo, é que a punição com penas restritivas de direitos oportuniza ao condenado uma forma de integrá-lo na sociedade, diminuindo os estigmas do cárcere e favorecendo assim a sua ressocialização.

Isso porque cumprindo as penas de restritivas de direitos, o apenado se submete a uma sanção de caráter repressivo-educativo sem perder o contato com seu grupo social e com a dinâmica da vida em sociedade.

Essas restrições de direitos apresentam algumas dificuldades em virtude do Estado não ter uma fiscalização eficaz sobre as pessoas que estão cumprindo as penas.

Todavia apesar destas dificuldades, a aplicação das penas restritivas de direitos tem sido uma grande aliada, tanto do Estado, da sociedade, e do próprio condenado, pois evita que este tenha sua liberdade totalmente cerceada, ao mesmo tempo em que poupa o erário público, porque os gastos com os encarcerados são bem elevados, e ainda favorece a ressocialização evitando, com isso, a sensação de impunidade.

No tocante da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas se verifica sua importância pela possibilidade da criação de vínculos afetivos entre os prestadores dos serviços e os beneficiários dessa prestação.

Desenvolve no sentenciado uma sensação de utilidade, já que percebe que seu trabalho colabora para um bom funcionamento na entidade que o acolheu. Respeita a dignidade da pessoa humana porque permite que o condenado possa ficar com seus pares, e também não há necessidade da perda do seu emprego e nem a quebra da convivência familiar.

Vale salientar que a aplicação das penas restritivas de direitos é uma forma de valorizar o condenado como ser humano, mostrando que existe a possibilidade de sua recuperação e reeducação, aumentando consideravelmente sua autoestima no cumprimento da sentença.

As penas restritivas de direitos tem demonstrado mais eficácia que as penas privativas de liberdades, eis que livra o apenado dos danos psicológicos decorrente do encarceramento, o que facilita sua recuperação.

Além disso, é totalmente condizente com o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, beneficiando o apenado que não tem sua liberdade cerceada e a sociedade que tem certa recuperação dos danos causados pelo apenado, além de praticamente não gerar gastos para o Estado.

Enfim, diante desta realidade pode-se afirmar que as penas restritivas de direitos, se constituem como verdadeiro instrumento para a ressocialização do apenado, ao favorecer um tratamento humanitário, no âmbito da repressão penal evita o crescimento dos condenados no sistema prisional que se encontra seriamente saturado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Tradução de Martin Claret. São Paulo, 2002.

BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas: magia e Técnica, Arte e Política*. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BÍBLIA SAGRADA. *Nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro* – Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.gov.br/ccivil_03/Decreto/Lei/Del2848.htm. Acesso: abril/2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: maio/2014.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a *Lei de Execução Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: maio/2014.

_____. Lei de crimes hediondos. Legislação Penal Extravagante. www.planalto.gov.br. Lei nº. 8.072, de 25 de Julho de 1990. Acesso em junho de 2014.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os *Juizados Especiais Cíveis e Criminais* e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/9099.htm. Acesso em: 07 de maio.2014.

_____. Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. *Altera dispositivos do Decreto-Lei* no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 nov. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm. Acesso em: junho/2014.

BGH: Supremo Tribunal de Justiça Alemão. VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BVerfG: Decisões do Tribunal Constitucional alemão. VOLK, Klaus. *Direito Penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Comitê de Ministros do Conselho da Europa: Recomendação Nº R (99) 22 do Comitê de Ministros de Estados membros, 30 de setembro de 1999.

DIAS JÚNIOR, José Armando pontes. *Controle Judicial dos Atos Discricionários da Administração Penitenciária*. Ceará: Ed. Premium, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Vozes, Petrópolis: 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Ed. 14. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. Rogério. *Código Penal Comentado*. Ed. 5. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

_____. Rogério. *Direito Penal: Lições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

Magno dicionário brasileiro da língua portuguesa. Coordenação Raul Maria Jr. São Paulo: *Difusão Cultural do Livro*: 1995.

MARTINS, Jorge Henrique Shaefer. *Penas alternativas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

MDR: Revista Mensal de Direito Alemão. VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. ed. 20. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 34ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2007.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2012.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STJ, HC 186065/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 1º/7/2011.

TÁVORA, Nestor. e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora jus Podivm, 2013.

VOLK, Klaus. *Direito penal*. Tradução por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

www.dicionarioinformal.com.br/profilaxia%20social/acesso em junho de 2014.

[www. Sites a. com.br/ jurídico/dicionários/ dicionário](http://www.Sitesa.com.br/jurídico/dicionários/dicionário). Acesso em junho de 2014.