

A questão da pena privativa de liberdade

Marcelo Lessa Bastos

Sumário

Introdução

A pena privativa de liberdade

1. Teorias sobre o direito de punir do Estado.
2. Classificação das penas.
3. Objetivos da pena privativa de liberdade e a realidade atual.
4. As espécies de pena privativa de liberdade.
5. A aplicação da pena.
6. Os regimes prisionais. Execução progressiva.

Exame criminológico;

Progressão de regime;

Vedação à progressão.

7. A remição.

8. A detração.

9. Limite de penas.

10. Alternativas à pena de prisão.

Outras propostas

Conclusão

Bibliografia

Introdução

Sugere o tema seja feita uma abordagem sobre a questão da pena privativa de liberdade.

Tida como a principal pena dentro de uma visão hoje, por muitos, considerada como limitada do Direito Penal, está o ergástulo a ser constantemente verberado, surgindo, em decorrência, inúmeras propostas de alternativas à pena de prisão.

Fala-se em abolicionismo, em Direito Penal mínimo, em intervenção mínima (ou em mínima intervenção), em descriminalização, em despenalização, etc.

A discussão encanta por seus respeitáveis argumentos, todos saídos de mentes das mais iluminadas.

Porém, é necessário trazer à colação um pouco de responsabilidade, porque se é verdade que o Direito Penal não é solução para nada, também não é menos verdade que ele é a esperança de paz social.

Pretende-se, neste modesto ensaio, fazer uma abordagem clássica da pena privativa de liberdade, cotejando-a com os impulsos liberais deste final de século, para descortinar, ao final, um ponto de equilíbrio, animado pelo bom-senso, capaz de atender à demanda penal, causando ao apenado o menor mal possível, porém sancionando-o, para que o próprio Direito Penal consiga se desincumbir de seu principal objetivo: a tutela dos bens jurídicos tidos por mais valiosos, onde a proteção dos demais ramos do Direito, sozinha, se mostra insuficiente.

Sem radicalismos, porém sem utopia, tentemos tratar do assunto.

A pena privativa de liberdade

1 – Teorias sobre o direito de punir do Estado.

Investigando a origem do direito de punir do Estado, três correntes básicas se formaram a respeito de sua natureza e das finalidades da pena, a saber:

. As Teorias absolutas (de retribuição ou retribuicionistas) - que tem como fundamento da sanção penal a exigência da Justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime. A pena é uma retribuição ao cometimento do crime. Será um mal justo, oposto ao mal injusto do crime. É a retribuição justa do mal injusto. É a pena quem restabelece a ordem jurídica lesada pelo crime. Não possui ela nenhum fim utilitário, para os adeptos desta teoria, que tem expoentes como o filósofo Kant, Hegel, Bekker, Stahl, etc. Sem sucesso, procuravam eles não confundir esta retribuição com castigo, ora atribuindo-a um caráter divino (Bekker e Stahl), ora moral (Kant), ora jurídico (Hegel e Pessina). A teoria vingou na Escola Clássica, porém, a ausência de preocupação com a pessoa do infrator, como anota Manoel Pedro Pimentel[1], foi o ponto fraco da referida Escola, que a tornou vulnerável às críticas mais sérias.

. As teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas) - o crime não é a causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. À pena era dado um fim exclusivamente prático, em especial o da prevenção. Era uma intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto. Sendo o Estado a convivência humana de acordo com o Direito e sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo através da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação), já dizia o precursor do Positivismo, Feuerbach. Como ele, Romagnosi, Jeremias Bentham e Beccaria advogavam que a pena só poderia ser aplicada em razão de sua utilidade. Diziam que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas se justifica pela sua utilidade. A finalidade da pena seria, assim, a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e a prevenção especial, ao impedir que o delinqüente pratique novos crimes, corrigindo-o. Garófalo, acrescentando, acentuava que o fim da pena deveria ser a readaptação do criminoso ao convívio social. A sanção seria um meio de defesa social adaptado à personalidade do delinqüente. Romagnosi chegou a sustentar não ser necessária a punição quando se tivesse a certeza moral de que o delinqüente não reincidiria.

. As teorias mistas (eccléticas) - são marcadas pelo endereço retributivo, sendo a pena, concomitantemente, um meio de educação e de correção. O caráter intimidatório é característica conjuntural. Essas teorias fundem as duas correntes anteriores, sendo o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas. A pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção. Objetiva a pena transformar o criminoso em um “novo homem”,

respeitador da ordem social e da lei, de sorte que a eficácia da pena está em relação direta com a estatística da reincidência[2].

Desde a origem até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente retributivo, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, porque a retribuição, sem a prevenção, é vingança, e a prevenção, sem a retribuição, é desonra[3]. A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais proclama o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade (item 14).

2 – Classificação das penas.

Doutrinariamente, as penas classificam-se em[4]:

- a) corporais;
- b) privativas de liberdade;
- c) restritivas de liberdade;
- d) pecuniárias; e
- e) privativas e restritivas de direitos.

As *penas corporais*, em seu sentido estrito, atingem a própria integridade física do criminoso. São os açoites, as mutilações e a morte. Dizia-se serem as únicas adequadas aos brutos e degredados, que só se sensibilizariam por estímulos materiais e pelo temor dos castigos, proclamando-se, ainda, a vantagem de dispensar a pena de prisão e todos os seus inconvenientes. Com relação à pena de morte, seus defensores entendem que é a única capaz de realmente intimidar o delinquente perigoso, sendo um meio eficaz e econômico de proteção à sociedade. As penas corporais cruéis foram abolidas na maioria dos países civilizados, embora permaneçam em algumas nações, como, por exemplo, no Irã.

As *penas privativas de liberdade*, objeto de nosso estudo, são as mais utilizadas nas legislações modernas, em que pese o consenso da falência do sistema prisional. Pode-se dividir em prisão perpétua e temporária. São originárias de outras penas: enquanto

aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés, etc.), os condenados ficavam privados da liberdade. Depois, a prisão passou a ser a própria pena.

As *penas restritivas de liberdade* limitam, em parte, o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão. Exemplos são o banimento (perda dos direitos políticos e de habitar o país), degredo ou confinamento (residência em local determinado pela sentença), desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima), etc.

As *penas pecuniárias* são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo modalidades a multa e o confisco. A primeira consiste no pagamento de determinada quantia pelo autor da infração penal, calculada segundo determinados critérios. A segunda consiste na perda de bens, por parte do sujeito ativo da relação criminal, podendo ser executada contra sucessores nos limites do patrimônio transferido.

As *penas privativas e restritivas de direitos* são as que retiram ou diminuem direitos dos condenados. Dividem-se em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Como efeito da condenação, pode ocorrer, ainda, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e a inabilitação para dirigir veículo.

3 – Objetivos da pena privativa de liberdade e a realidade atual.

Como já assinalado, a pena privativa de liberdade, consoante a teoria mais aceita sobre o direito de punir do Estado, não tem o objetivo apenas de castigar. Antes disto, visa ela a recuperar o delinqüente, devolvendo-o sadio ao convívio social.

O advento da pena privativa de liberdade contribuiu decisivamente para a eliminação das penas corporais, as mutilações, etc.

Contudo, não tem ela correspondido às expectativas, restando hoje um verdadeiro descompasso entre sua execução e seus fins. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles que, em liberdade, deverá obedecer[5].

Não obstante isto, em que pese o reconhecido fracasso do sistema prisional, não há como negar que continua sendo ela o único recurso aplicável para os delinqüentes de alta

periculosidade. A prisão é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social[6].

Tal constatação seduz às idéias de alternativas à pena de prisão. Os mais empolgados chegam à despenalização e ao abolicionismo.

4 – As espécies de pena privativa de liberdade.

O Código Penal faz menção a duas espécies de pena privativa de liberdade: a reclusão e a detenção. A Lei das Contravenções Penais aduz, ainda, a uma terceira: a prisão simples.

Não há diferença ontológica entre elas.

As diferenças são meramente formais. Nos termos do art. 33 do Código Penal, apenas a reclusão admite o regime inicial fechado. Além disto, diferenças existem no que pertine à aplicação de medida de segurança detentiva, que tem vez nos delitos apenados com reclusão (art. 97 do Código Penal). Há, ainda, efeitos processuais, como, v.g., a afiançabilidade, ainda em sede policial, dos delitos apenados com detenção e prisão simples, podendo a Autoridade Policial a conceder (art. 322 do Código de Processo Penal).

Hodiernamente, a tendência é a abolição da diversidade de espécie de penas, com a adoção de uma pena única, orientada no sentido da unificação do sistema prisional. Esta pena unitária se faria diferenciar na execução através dos instrumentos relativos à individualização. Tal tendência já é observada no Código Penal de Portugal (art. 40), do Panamá (art. 46, I), da Alemanha (§ 38) e no Código Penal Tipo para a América Latina (art. 42)[7].

5 – A aplicação da pena.

Como é de sabença geral, o sistema brasileiro é o trifásico, onde o Juiz escolhe a pena-base dentro da escala penal abstratamente prevista para cada delito, em seguida percorre circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas para, por fim, aplicar as causas especiais de aumento e de diminuição de pena (arts. 59 e 68 do Código Penal).

“a pena correta, a pena justa, é a pena necessária” – Franz Von Liszt, na aula inaugural da Universidade de Marburgo (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*)[8].

É exigência constitucional (art. 5º, LXVI) a individualização da pena. Na linha da teoria eclética, deve a pena aplicada ser o suficiente para prevenir e reprimir o delito, causando ao apenado o menor mal possível. Daí, deve ser fixada no quantum exclusivamente necessário ao desempenho de seu mister. Aliás, o próprio art. 59 do Código Penal, acolhendo o princípio da pena necessária do genial Von Lizst, estabelece que o Juiz fixará a pena “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Traz-se à colação o ensinamento de Goethe, citado por Radbruch: “quer se tenha de punir, quer se tenha de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente”[9].

6 – Os regimes prisionais. Execução progressiva.

São três os regimes prisionais:

- . Fechado;
- . Semi-aberto; e
- . Aberto.

No regime *fechado*, o cumprimento da pena se dá no interior de penitenciária (art. 87 da Lei das Execuções Penais) e o condenado fica sujeito a trabalho diurno (interno, em princípio, conforme art. 34 do Código Penal) e a isolamento durante o repouso noturno. A Lei de Execuções estabelece as condições mínimas da penitenciária (arts. 88, parágrafo único, 89 e 90). Infelizmente, no Brasil não há vontade política para implementar essas condições, que são condenadas a não saírem do papel.

No regime *semi-aberto*, que não deixa de ser “semi-fechado”, a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar. A Lei de Execuções Penais dela cuida nos arts. 91 e 91. A idéia de prisão semi-aberta apareceu na Suíça, com a construção da prisão de Witzwill, que ficava localizada na zona rural, abrigando os sentenciados que trabalhavam como colonos de uma fazenda, com pouca vigilância e muita confiança nos apenados[10]. “O trabalho ao ar livre, nos estabelecimentos semi-abertos, é muito gratificante para o preso, que assim retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social”[11]. Ocorre que a grande maioria dos criminosos provêm dos grandes centros urbanos, o que levou o legislador a optar pela diversidade de estabelecimentos semi-

abertos, incluindo os industriais e similares. É permitido o trabalho externo que, contudo, é excepcional (art. 35 do Código Penal).

No regime *aberto*, é realçada a autodisciplina e a responsabilidade do condenado, já que cumpre sua pena sem qualquer vigilância, devendo trabalhar (externamente, como regra) durante o dia e se recolher à noite. A origem mais remota da prisão aberta se deu em New York, quando, em 1868, se fez a primeira experiência, através da “probation system”. Depois, ingressou no Direito Britânico (1907), Belga (1915), Sueco (1918), Australiano (1920) e Francês (1951)[12]. Os arts. 93/95 da Lei de Execuções Penais cuidam do estabelecimento adequado para o regime aberto, chamado Casa de Albergado. Mais uma disposição que, infelizmente, a vontade política brasileira relegou ao papel. O regime aberto é o último estágio antes da reinserção total do indivíduo ao meio social.

Para que se determine o regime prisional, o legislador adotou o critério do mérito do condenado, da quantidade da pena e da primariedade (vide art. 33 do Código Penal). É importante frisar que, muito embora o legislador trace uma escala no § 2º do art. 33, a primeira leitura poderia levar o intérprete a concluir que, v.g., um réu condenado a quatro anos de reclusão jamais poderia iniciar o cumprimento de sua pena no regime fechado, o que não é verdade. O § 3º do mesmo artigo não deixa a menor dúvida de que a tabela anterior é uma mera orientação, cabendo ao Juiz se ater às mesmas circunstâncias que teve de percorrer na fixação da pena-base (circunstâncias judiciais) na hora de fixar o regime prisional. Assim, em um crime de furto, cuja pena cominada é de 1 (um) a 4 (quatro) anos, tendo o Juiz a fixado no máximo, é muito razoável que possua, igualmente, elementos para levarem-na ao regime fechado, malgrada a aplicação pura e simples da tabela referida alhures sugerisse o regime aberto. O que a Jurisprudência tem rechaçado, com toda a razão, é o fato de o Juiz fixar a pena no mínimo legal, este mínimo correspondendo, pela tabela, a regime mais brando, e fixá-lo de forma mais severa. Ora, se não teve elementos para fazer com que a pena saísse do mínimo legal, igualmente não o tem para adotar um regime mais severo, porquanto o § 3º do art. 33 do Código Penal atrela este àquela.

- **Exame criminológico**: feito para a individualização da execução da pena, por uma comissão interdisciplinar, prevista nos arts. 7º/9º da Lei de Execuções Penais, chamada Comissão Técnica de Classificação. Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado e sua classificação[13]. Visa o exame a adequar a execução da pena privativa de liberdade à personalidade do condenado, de modo que seja dado a cada condenado os benefícios possíveis segundo seus méritos.

- **Progressão de regime**: o próprio Código prevê vários mecanismos que têm por objetivo evitar o encarceramento do condenado e, se assim tiver de ser, fazer com que ele passe o mínimo de tempo possível na prisão. A progressão de regime é um desses mecanismos. A idéia é que o réu inicie o cumprimento de sua pena em um regime e, segundo seus méritos, vá, aos poucos, progredindo, passando a regime mais brando, como forma até de ir preparando o condenado para, aos poucos, ser reinserido no convívio social.

- **Vedação à progressão**: leis como a de crimes hediondos (Lei 8.072/90) vedam a progressão de regime, ao estabelecerem que a pena será integralmente cumprida em regime fechado. Tais diplomas normativos são o resultado de uma corrente doutrinária, com reflexos no Legislativo, que ficou conhecida como “Movimento da Lei e da Ordem”. Esse movimento tem recebido várias críticas (Luiz Flávio Gomes, Alberto Zacarias Toron, Damásio Evangelista de Jesus, etc...), por pregar a necessidade de penas severas, com regimes rigorosos, sobretudo para os autores de crimes graves.

Que nos perdoem os ilustrados críticos, mas o Movimento não nos parece equivocado, principalmente num momento em que a Segurança Pública chega ao nível da quase guerrilha urbana.

Os referidos críticos asseguram ser inconstitucional a vedação à progressão, por arranhar o princípio da individualização da pena, que tem sede na Magna Carta. Ocorre que o art. 5º, XLVI, estabelece que “*a lei regulará a individualização da pena*”. Ou seja, o constituinte entregou ao legislador infraconstitucional as regras sobre a individualização da pena, e este decidiu que pela não-progressão em alguns casos. Neste contexto, aliás, diga-se que a própria Constituição, principiológica que é, destacou um tratamento severo aos crimes hediondos e figuras equiparadas (art. 5º, XLIII), no que o legislador, autorizado por ela, acompanhou seu espírito.

Leis mais recentes, como a de tortura, dispuseram de modo diferente da lei de crimes hediondos, no que pertine ao regime prisional, estabelecendo o fechado apenas para o início do cumprimento da pena, o que tem levado aqueles críticos a afirmarem que teria ocorrido revogação da imposição do regime fechado integral. Data venia, a regra de interpretação é de que a norma especial prevalece à geral, o que não significa dizer que a revoga em sua totalidade. O que houve foi, tão-somente, em nosso entender, derrogação, ou seja: para a tortura, o regime fechado é apenas inicial; para os demais crimes hediondos e figuras equiparadas, ainda é integral.

7 – A remição.

Visa a abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. À cada três dias de trabalho, se abate um dia na pena imposta (arts. 126 da Lei de Execuções Penais).

O instituto está consagrado no Código Penal Espanhol (art. 100) e teve origem remota no Direito Penal Militar da guerra civil espanhola, estabelecido que fora pelo decreto de 28 de maio de 1937 para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais[14].

O tempo remido se computa, também, para concessão do livramento condicional e indulto (art. 128 da Lei de Execuções Penais).

Eis aí mais um instituto que, acertadamente, visa a diminuir o tempo de efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Nada mais indicativo de recuperação do condenado do que sua adaptação ao trabalho.

8 – A detração.

Estabelece o art. 42 do Código Penal que deve ser computado na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em estabelecimentos psiquiátricos.

Prisão provisória, aqui referida, é aquela antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória. Nada mais justo do que o tempo pelo qual o condenado ficou preso, naquele processo, mercê de medida cautelar, seja computado no tempo pelo qual foi sentenciado.

Ocorre que há grande controvérsia na Doutrina, a respeito do alcance da detração, havendo entendimentos restritos e entendimentos mais liberais.

A orientação restrita, e hoje em declínio, afirma que a prisão a ser computável na pena deve se relacionar com o fato que é objeto da condenação. Parece-nos, data venia, a orientação mais acertada.

Todavia, a Doutrina inclina-se no sentido de abranger, também, a prisão ocorrida no processo, embora por outro crime, determinando-se a detração por uma conexão formal[15].

Numa posição liberal, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado

cumpra pena tenha sido praticado anteriormente à sua prisão[16]. Seria uma hipótese de *fungibilidade* da prisão.

A detração é também aplicada para cômputo do prazo da prescrição da pretensão executória (art. 113 do Código Penal). Por falta de previsão legal, não há que se falar em detração na pena de multa.

A lei não se refere expressamente à contagem da detração nas penas de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana. Entretanto, entende-se por reconhecê-la, por ser medida de equidade. O prazo de prisão cautelar deve ser descontado no tempo de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana, porque solução diversa estaria a dar tratamento mais severo ao condenado nessas penas do que àquele que não fizesse, por suas condições pessoais, jus às mesmas[17].

9 – Limite de penas.

Estabelece o art. 75 do Código Penal que “*o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos*”. Havendo várias condenações, após as devidas somas das penas, unifica-se-as em 30 (trinta) anos, para atender ao dispositivo supra.

Indaga-se: os vários benefícios, tais como livramento condicional e progressão de regime, incidem sobre o total bruto ou sobre o total unificado?

Entende o prof. Álvaro Mayrink da Costa[18] que a base será a pena unificada, porque, do contrário, “estariamos vedando o direito de petição ao benefício que é o anseio e a esperança de liberdade de todo o condenado”.

Data maxima venia, nada mais iníquo do que este entendimento, que iguala um “serial killer” (condenado, por exemplo, a 300 anos de prisão, por dez assassinatos) a um assassino eventual (condenado a 30 anos). Ambos sairão da prisão na mesma época, a se adotar o entendimento do renomado penalista.

Parece-nos mais razoável que os benefícios da execução da pena incidam sobre o total bruto, ou seja, sobre a pena aplicada. O que vier primeiro, aproveitará o condenado. No exemplo acima, o condenado a 300 anos teria que aguardar 50 anos para ter direito à progressão do regime fechado para o regime semi-aberto, conforme art. 112 da Lei das

Execuções Penais. Sairá, em definitivo, com 30 anos, em face do art. 75 do Código Penal. No geral, ainda está lucrando 20 anos. Já aquele condenado a apenas 30 anos de prisão, sairá com 5 anos, à guisa de progressão, o que é muito justo. Injusto seria quem matou 10 pessoas, sendo condenado a 300 anos de prisão, sair dela com 5 anos, juntamente com aquele que matou apenas uma, sendo condenado somente a 30 anos.

Em tempo: as expressões “matou apenas” e “lucrando” acima estão empregadas com a finalidade exclusiva de realçar nosso entendimento.

10 – Alternativas à pena de prisão.

Reconhece-se que a prisão é um mal necessário, da qual não se pode abrir mão. Todavia, reconhece-se, também, que este mal, podendo, deve ser evitado.

O próprio Código Penal apresenta algumas alternativas à pena de prisão, tais como:

- . As penas restritivas de direitos
- . Prestação de serviços à comunidade;
- . Interdição temporária de direitos;
- . Limitação de fim de semana.
- . A pena pecuniária
- . Multa.

A pena de *prestação de serviços à comunidade* consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, tais como hospitais, escolas, etc., vindo regulamentada no art. 46 do Código Penal, sendo certo que deve-se aproveitar as aptidões do condenado, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho normal (até porque seria difícil aferir a aflição da pena). Sem dúvida, parece-nos a melhor de todas as penas, por estimular o lado social do condenado, relegado quando de sua empreitada criminosa.

A pena de *interdição temporária de direitos*, que vem regulamentada no art. 47 do Código Penal, consiste na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

Já a pena de *limitação de fim de semana*, art. 48, consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, período no qual poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Interessante anotar que essas penas, consoante art. 44 do Código Penal, não vêm cominadas na parte especial e, em tese, sempre são aplicáveis, em substituição à pena privativa de liberdade, nos termos colocados naquele dispositivo legal. V.g., qualquer pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano, presentes os demais requisitos (subjetivos), pode ser substituída por pena restritiva de direitos. É uma grande alternativa à pena de prisão.

Outra alternativa é a pena *pecuniária*, ou seja, a pena de multa, mormente a chamada *multa substitutiva*, que se aplica independente de cominação na parte especial, substituindo a pena privativa de liberdade aplicada em quantidade não superior a seis meses, na forma do art. 60, § 2º, do Código Penal.

Finalmente, cita-se a *suspensão condicional da pena*, o sursis, previsto nos arts. 77/80 do Código Penal. Aplicada pena privativa de liberdade que não pôde ser substituída, ainda assim poderá sua execução ser suspensa, mediante a submissão do réu a determinadas condições, que por ele têm de ser aceitas em audiência admonitória (art. 160 da Lei de Execuções Penais), presentes, é claro, os requisitos objetivos e subjetivos contidos nos dispositivos do Código Penal acima mencionados. A suspensão, logicamente, não alcança as penas restritivas de direito e a pena de multa. Cumpridas todas as condições pelo período de tempo estipulado (chamado período de prova) sem que tenha havido revogação, fica extinta a pena privativa de liberdade (art. 82 do Código Penal).

- **Outras propostas**: têm sido muito festejadas outras propostas de alternativa às penas privativas de liberdade, como, por exemplo, a imposição ao condenado de entrega de cestas básicas a entidades assistenciais. Artificialmente, fixa-se um valor à guisa de multa, convertendo-o in natura. Isto vem sendo utilizado com sucesso nos Juizados Especiais Criminais, mercê de transação penal. Naquele Juízo, onde se trabalha com o consenso, não há dificuldade para se dar vazão à criatividade.

Recentemente, o Código de Trânsito Brasileiro deu um importante passo no sentido das alternativas à pena de prisão, criando a *multa reparatória*, que consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou seus sucessores, de quantia calculada com base no sistema de dias-multa do Código Penal, sempre que ocorrer prejuízo material resultante da infração penal. Esta multa, por coerência, não pode exceder ao prejuízo da vítima e, em caso ação de indenização civil, será descontado o valor já pago. Vide art. 297, Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, no momento em vacatio legis.

Conclusão

O conhecido fracasso do sistema prisional é agasalho para o abolicionismo penal ?

Desde já, podemos adiantar que a resposta é negativa.

É certo que o Direito Penal não é a solução para absolutamente nada. É certo que as desigualdades devem buscar alento nos demais ramos do Direito, notadamente no Direito Administrativo e no Direito Civil. O Direito Penal deve ser a ultima ratio, ou seja, só deve ser chamado a intervir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes para a tutela do bem jurídico.

Não se olvida dessas assertivas, que são verdadeiros dogmas da Ciência Penal.

Ninguém duvida de que o sistema de prisões não cumpre com seus objetivos, consoante a Teoria Eclética, já vista. Voltar ao retribucionismo Kantiano seria uma atrocidade, que ninguém, nos dias atuais, seria capaz de defender.

O que é preciso descortinar, todavia, é que nunca houve, no Brasil, vontade política para implementar o sistema prisional. A Lei de Execuções Penais é uma das mais modernas do mundo, porém jamais saiu do papel, pelo simples fato de falta vontade política.

Anota-se, também, que não é apenas o sistema prisional que se encontra fracassado. O próprio sistema de penas alternativas não funciona, ou melhor, funciona somente se o condenado quiser. Quem acha que existe algum mecanismo eficaz de controle do cumprimento das condições do sursis, por exemplo? Alguém acha que a prestação de serviços à comunidade é levada a sério?

O que dizer, hoje, da pena de multa, após o advento da lei que acabou com a conversão da multa não paga em detenção (Lei n.º 9.268, de 01-04-1996)? Tanto se festejou a mais completa desmoralização da pena de multa, que já nunca foi paga, agora então ...

Antes de se pensar em reformas do sistema prisional, e do próprio Direito Penal como um todo, entendemos que se deva pensar em executá-lo. Pouquíssimas mudanças precisam ser feitas, tanto no Código Penal, como na Lei de Execuções Penais. Nesta última, pensamos, quase que nenhuma mudança precisa pois, como já dito, é lei de Primeiro Mundo.

É verdade que as penitenciárias estão superlotadas e, se de uma hora para outra, fossem cumpridos todos os mandados de prisão que já estão expedidos e aguardam o êxito, simplesmente não se teria lugar para colocar todo mundo. Mas, e daí? Revogam-se as ordens ergastulatórias? Será que então o razoável seria que nós, cidadãos de bens, nos

escondêssemos em nossas casas porque não se tem onde colocar os criminosos que, por conseguinte, passam a ser os nossos carcereiros?

Confiamos em que uma diminuta dose de bom-senso seja capaz de auxiliar no encontro das respostas a essas reflexões.

Estimular as penas alternativas é correto. Abolir a pena de prisão é irresponsabilidade. Que bom seria se os ávidos defensores desta última tendência empregassem suas forças para fazer com que o Estado, apenas, implementasse a Lei de Execuções Penais! Teríamos, v.g., o condenado alojado em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em ambiente salubre pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, com área mínima de 6m² (seis metros quadrados) – art. 88 da citada Lei. Se assim fosse, não seria uma boa coisa?!

A descriminalização de algumas condutas, tais como determinadas contravenções, não deixa de ser uma proposta interessante. Porém, para as que permanecerem incriminadas, é imprescindível que se dê efetividade à sanção imposta. Seja ela a prisão, seja ela alguma alternativa, o que importa é que seja efetiva.

O apenado tem que ser afligido de alguma forma. É preciso que seja incomodado. Do contrário, absolutamente de nada adiantará sua condenação, após longo e penoso processo, já vitorioso por ter escapado de alguma nulidade ou mesmo da prescrição. É preciso que se saiba que pena não é presente; pena é retribuição utilitária, não recompensa!

As penas devem ser justas, sem dúvida. As prisões devem ser humanizadas, ninguém discorda. O que não se pode festejar é a hipocrisia dos aproveitadores que, antes mesmo de procurarem implementar o que de bom se tem, pretendem arruinar o que, mesmo mal e precariamente, ainda que por uma ótica obsoleta, pelo menos funciona.

É verdade que temos muito pouco. Conservemos o que ainda temos, melhorando para que tenhamos mais ...

Bibliografia

1 - BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo, Hemus, 1983;

2 - CONVERSACÕES ABOLICIONISTAS, UMA CRÍTICA DO SISTEMA PENAL E DA SOCIEDADE PUNITIVA. São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997;

3 - COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1992, v. 1, t. II;

- 4 - DELMANTO, Celso. Código Penal Anotado. São Paulo, Saraiva, 1984;
- 5 - FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1982;
- 6 - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1983, v.1;
- 7 - LUNA, Everardo da Cunha. A pena e o novo Código Penal. *Justitia*, 90/24;
- 8 - LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 3;
- 9 - MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 1968, v. 3;
- 10 - MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo, Atlas, v. 1;
- 11 - NORONHA, Magalhães. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 1978;
- 12 - PACHECO, Wagner Brússolo. A prisão-albergue no Estado do Pará. RT 582/227;
- 13 - PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983;
- 14 - PITOMBO, Sérgio de Moraes. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. RT 583/313;
- 15 - RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Trad. Portuguesa;
- 16 - TOLEDO, Francisco de Assis. O papel do juiz na individualização da pena. *Ensaios Jurídicos, o Direito em Revista*, IBAJ, 1996, v.2;
- 17 - WESSELS, Johannes. Direito Penal, parte geral, aspectos fundamentais. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

Trabalho final apresentado no módulo de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação "Lato sensu" - especialização em Direito Público - sob orientação do Professor Eduardo Slerca, em 1997.

Marcelo Lessa Bastos é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Penal Especial e de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Campos e da FEMPERJ.

- [1] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 129.
- [2] COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro, editora Forense, 1992, v. 1, t. II, p. 263.
- [3] LUNA, Everardo da Cunha. **A pena no novo Código Penal**. *Justitia*, 90/24.
- [4] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo, editora Atlas, 1990, v.1, p. 248/249.
- [5] PIMENTEL, Manoel Pedro. Ob. cit., p. 185/186.
- [6] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 254.
- [7] COSTA, Álvaro Mayrink da. Ob. cit., p. 286.
- [8] TOLEDO, Francisco de Assis. **O papel do Juiz na Individualização da Pena**. *Ensaios Jurídicos, o Direito em Revista*, IBAJ, v. 2, p. 240.
- [9] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Portuguesa, p. 313.
- [10] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 257.
- [11] PIMENTEL, Manoel Pedro. Ob. cit., p. 142.
- [12] PACHECO, Wagner Brússolo. **A prisão-albergue no Estado do Pará**. RT 582/227.
- [13] PITOMBO, Sérgio de Moraes. **Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico**. RT 583/313.
- [14] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 263.
- [15] MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1968, v. 3, p. 134; NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 239/240; JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1983, v.1, p.485; LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v.3, p. 152.
- [16] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 303; DELMANTO, Celso. **Código Penal Anotado**. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 38.
- [17] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit., p. 265.
- [18] Ob. cit., p. 290.

Disponível em: <http://200.255.4.99/artigos/qtpl.htm>
Acesso em: 3 de setembro de 2007
