

UMA BREVE ANÁLISE DAS PENAS ALTERNATIVAS DIANTE DA INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO

Antônio Mário de Arruda Pereira Filho¹

Jhonyson Henrique Dias Nobre²

Direito



RESUMO

No presente artigo, intenta-se compreender como se dá o processo de aplicação da pena após a constatação do crime, conseqüentemente, apontando o sistema penitenciário e sua problemática de não cumprir as funções da pena, principalmente a função ressocializadora, fazendo assim uma análise histórica das prisões e das atuais normas penais onde, para isso, serão utilizadas pesquisas bibliográficas. Para tanto, sob o prisma teórico, recorre-se à abordagem direta da teoria do crime e das penas. Sob o ponto de vista metodológico, possui método de abordagem dialético, sendo uma pesquisa qualitativa, e tendo um objetivo explicativo. Ao se discutir a ineficácia da pena privativa de liberdade, acredita-se que os substitutivos penais são essenciais para delinquentes que não necessitam ter a sua liberdade restringida.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema carcerário. Decadência. Ressocialização. Alternativas.

ABSTRACT

In this article, we try to understand how the process of applying the sanction after the crime is verified, thus pointing to the penitentiary system and its problematic of not fulfilling the functions, mainly the resocializing function. Therefore, we made a historical analysis of the prisons and present penal law where will be used bibliographic research. For this, from the theoretical point of view, a direct approach to the theory of crime and punishment is used. From the methodological point of view, it has a method of dialectical approach, being qualitative research, and having an explanatory purpose. In discussing the ineffectiveness of sanction deprivation of liberty, it is believed that criminal substitutions are essential for offenders who do not need to have their freedom restricted.

KEYWORDS

Prison System. Decadence. Resocialization. Alternatives.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal estabelece normas de conduta e tem na pena a consequência da desobediência destas que com todo o processo histórico pelo qual a pena passou, os suplícios deixam de ser a principal forma de punição e dão lugar as penas de privação de liberdade que passam a ser analisadas sob a luz da humanização das penas. Nesse contexto, faz-se mister assegurar direitos e garantias inerentes ao cidadão para que se possa atingir a ressocialização tornando possível o retorno do apenado a convivência social. O artigo busca, então, analisar os modelos de punições históricas e, diante da evolução, a eficácia do atual sistema de punição, assim como compreender dispositivos e teorias inerentes ao crime.

Durante muito tempo tinha-se a convicção otimista de que a prisão poderia realizar todas as funções da pena inclusive reabilitar o delinquente. Tal convicção modifica-se surgindo um cenário pessimista sem muitas esperanças sobre os resultados positivos da prisão sobre o apenado. Será que esse cenário reflete o sistema carcerário atual fazendo com que o mesmo não cumpra sua função principalmente no que diz respeito à função ressocializadora? É possível o afastamento da pena privativa de liberdade? Desse modo analisaremos aspectos históricos da evolução da pena, assim como o atual modelo de punição e suas alternativas.

Apesar de toda uma evolução pela qual a pena passou, sabe-se que a pena privativa de liberdade vivencia uma grave crise e vem recebendo severas críticas ao longo dos anos. Sendo assim a importância do estudo reside na indagação da sua eficácia, ou seja, se a pena privativa de liberdade, nos dias atuais, consegue atingir os fins aos quais se destina salvaguardando a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito.

Para análise da proposta desse artigo, adotou-se uma abordagem qualitativa de natureza explicativa onde é usada para averiguar determinado problema, ao tempo que busca identificar as causas para ocorrência dos fenômenos. Para isso foram utilizadas pesquisas bibliográficas, realizadas por meio de referenciais escritos, com método de abordagem dialético que implica em uma interpretação da realidade no contexto social e político.

2 BREVE HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO

A história da pena de prisão, indo por um caminho progressivo, é intrincada de tal forma que, ao tentar perseguir a sua evolução durante os períodos históricos, há uma carência de continuidade encontrando contradições e podendo equivocar-se a cada passo, o que gera uma divergência doutrinária na divisão de suas investigações. A origem da pena, conseqüentemente, também se torna difícil situar. O fato é que na antiguidade a ideia de privação de liberdade na perspectiva de sanção era desconhecida onde “o encarceramento não tinha caráter de pena e repousava em outras razões” (GUZMAN, p. 73 apud BITENCOURT, 2011, p. 28), quais sejam lugar de custódia e tortura.

Na perspectiva do poder de punir, esse poder sai da mão dos indivíduos e passa para o Estado, que “sintetizando uma luta secular em que se resume a própria história da civilização, suprimiu a autodefesa e avocou a si o direito de dirimir os litígios existentes entre os indivíduos” (BITENCOURT, 2015, p. 870). Esse direito recebe limites, ou princípios limitadores, diante das desproporcionais penas aplicadas pelo Estado aos indivíduos, característica principalmente dos regimes absolutistas, e que ganham força graças “as ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do iluminismo” (BITENCOURT, 2015, p. 49).

As ideias iluministas, que atingiram seu ápice na Revolução Francesa, criticavam a excessiva crueldade dos castigos presentes na legislação criminal da época e “abriu, pela primeira vez na história das ciências políticas e sociais, um grande e vigoroso debate sobre a pena de morte, largamente utilizada pelas legislações penais” (DOTTI, 2005, p. 143). Para os iluministas a pena deveria incidir no espírito do homem e evitando as penas físicas buscando sempre uma proporcionalidade entre crime e pena. Assim, como afirmava Cesare Beccaria (1999, p. 52), faz-se “necessário selecionar quais os modos da aplicá-las. De tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”.

Cesare Beccaria (2011), buscando a reforma do sistema punitivo, visualiza a atual finalidade preventiva geral da pena que aconteceria com a eficácia e certeza da punição, mas sem caráter aflagante. Seu pensamento caracteriza um antecedente a pena privativa de liberdade, uma vez que suas ideias a influenciaram no que diz respeito à humanização e racionalização. Nesse sentido, Beccaria “constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior” (BITENCOURT, 2011, p. 53).

A transformação da “prisão-custódia” para “prisão pena” surge com a criação de instituições denominadas de casas de correção (houses of correction ou bridewells) na Inglaterra e na Holanda que buscavam a reforma dos delinquentes por meio da disciplina e do trabalho. As casas de correção eram direcionadas a pequenas delinquências, aos crimes mais graves mantinham-se a aplicação de outras penas. Com essa transformação não há mais que se falar em lugar de simples custódia e sim um lugar de correção, sendo um antecedente importantíssimo para os primeiros sistemas penitenciários.

Diante das novas ideias na filosofia penal, destacamos os mais importantes sistemas prisionais: o sistema Filadélfia, celular ou pensilvânico onde havia um isolamento celular absoluto; o sistema auburniano que utilizava o trabalho em comum em absoluto silêncio; e o sistema progressivo que era cumprido em períodos ou estágios inicialmente na Inglaterra que chegou à Irlanda sendo introduzida mais uma fase.

Parece-nos que depois de tantas evoluções chegamos a um limite, a pena privativa de liberdade, “que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea” (FERRAJOLI, 2010, p. 378). Diante disso, constatam-se fases da prisão, um misto de altos e baixos para cada período da história. Essas mudanças ao longo de várias épocas começam pelo

Estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois o registro de seu fracasso, depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegaria à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos ou fracassos. (FOUCAULT, 2013, p. 251).

Cesare Beccaria (2011) fazia críticas ao sistema punitivo do seu tempo e depois de tantos anos a história está repetindo o passado, suas críticas enquadram-se no perfil atual das prisões onde no sistema penal de hoje, “segundo a opinião dos homens, prevalece à ideia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, indistintamente, no mesmo cárcere, não só os acusados como os condenados” (BECCARIA, 1999, p. 99). Beccaria, tendo dado início a um progresso de respeito à dignidade humana, naquele tempo já visualizava que para a ressocialização, a humanização e um controle do poder punitivo eram requisitos para tal finalidade.

3 DAS FUNÇÕES DA PENA

A pena “é a sanção imposta pelo Estado, por meio da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2014, p. 337). As penas privativas de liberdade podem ser consideradas um grande avanço diante das atrocidades cometidas períodos atrás, como retratado em linhas anteriores, e

[...] trata-se reconhecer que, para determinadas formas graves de ilicitude e para certas formas de comportamento humano, não existe outra providência estatal mais adequada visando à prevenção e à repressão da criminalidade. A supressão da liberdade do infrator é o contragolpe à lesão por ele provocada. (DOTTI, 2005, p. 448).

Diante das evoluções surgem teorias que discutem a respeito da função das penas, dentre as mais importantes, as teorias absolutas (retributiva) e relativas (preventiva). A primeira tem por finalidade retribuir as consequências causadas pelo autor, é voltada ao castigo do criminoso. Sendo assim “pune-se o agente porque cometeu o crime (punitur quia peccatum est)” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 230).

Na teoria relativa tem-se a pena como uma forma de intimidação, tendo sua finalidade preventiva e divide-se em prevenção geral e prevenção especial que se subdividem em outros dois de tal modo que

Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. (NUCCI, 2014, p. 337).

Com a redação do art. 59, do Código Penal, verifica-se a adoção da teoria eclética (intermediária, conciliatória ou mista) onde se pode afirmar que essa corrente tenta fazer uma junção das teorias absolutas e relativas,

[...] isso porque a parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios de retribuição e da prevenção. (GRECO, 2017, p. 589).

Desde a criação da pena até os dias atuais, a pena sempre teve seu caráter retributivo, porém “tem-se buscado instituir um movimento de política criminal humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora)” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 231). Identifica-se assim, na prevenção especial positiva, a função ressocializadora da pena buscando a reincorporação do autor à comunidade.

Como veremos a seguir, a concepção moderna que visa a reinserção do condenado a sociedade, assim como a função preventiva como o todo, não são satisfatoriamente cumpridas e por isso são passíveis de críticas, a função retributiva, por sua vez, extrapola o princípio da proporcionalidade e humanização da pena não tendo assim, o apenado, um tratamento justo o que, conseqüentemente, torna-se inalcançável os objetivos que o direito penal se propõe.

4 DO ENCAMINHAMENTO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A norma jurídica penal, tendo um preceito primário (*preceptum iuris*) que é a descrição detalhada da conduta e o preceito secundário (*sanction iuris*) que é a sanção aplicada coercitivamente pelo Estado (onde ele, o Estado, é o único responsável pelo direito de punir, é o chamado *Ius puniendi*) em razão da violabilidade da norma, a aplicação da mesma somente deve incidir quando a conduta estiver descrita na legislação, e essa tem a função exclusiva de ter normas incriminadoras, onde “o princípio da legalidade penal exige, pois, que só por meio de lei se descrevam condutas puníveis” (CUNHA JR, 2012, p. 743).

Ou seja, deve haver anteriormente uma lei que considere aquele fato como crime e traga a sua respectiva sanção, eis o princípio da legalidade onde nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada “sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente” (BITENCOURT, 2015, p. 51). Nessa perspectiva a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXXIX, reza que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, on-line).

Para se constatar crime, seguindo um conceito analítico e segundo a tradicional teoria tripartida, a ação deve ser típica, antijurídica e culpável. Onde a tipicidade “é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal” (BITENCOURT, 2015, p. 388). A antijuridicidade ou ilicitude determina se a conduta típica é desaprovada pelo ordenamento, contrária ao direito ou se há circunstâncias que autorize (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito).

A culpabilidade, como fundamento da pena, seria a possibilidade de aplicação da pena ao autor de um fato típico e antijurídico que para isso necessita de elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Diante disso, “tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estão de tal forma relacionados entre si que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior” (WELZEL, p. 73 apud BITENCOURT, 2015, p. 388).

A sanção ao indivíduo deve ser imposta pelo Estado por meio do devido processo legal e tem como uma das fases do procedimento judicial a ação penal que “é o direito de pleitear ao Poder Judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal” (NUCCI, 2014, p. 539). Passa a existir com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo Ministério

Público ou particular respectivamente. A primeira acontece em caso de ação pública, a segunda quando se tratar de ação penal privada. "O recebimento, de uma ou de outra, marcará o início efetivo da ação penal" (BITENCOURT, 2015, p. 871).

Na busca da aplicação da pena "encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito" (FOUCAULT, 2013, p. 100). O Brasil adota o sistema trifásico da dosimetria que de acordo com o código penal trata-se do cálculo da pena sobre o condenado, seu art. 68 tem a seguinte redação: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento" (BRASIL, 1940, on-line).

A Constituição Federal (CF) assegura a individualização da pena onde "toda imposição de pena submete-se a um processo de individualização" (CF, art. 5º, inciso XLVI) (CUNHA JR., 2012, p. 755). Sob uma perspectiva histórica foi uma conquista do iluminismo e, atualmente, com a dosimetria reforça-se a aplicação prática da individualização da pena e da certa discricionariedade (não arbitrariedade) ao magistrado que deve respeitar os critérios e fundamentar suas decisões.

Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (BITENCOURT, 2015, p. 783).

Portanto, existem três fases. A análise do art. 59, caput, do Código Penal consiste na primeira fase em que se analisam as circunstâncias judiciais do agente que incidirão sobre a pena fixada no tipo penal. São oito fatores que "fornecem ao julgador os critérios necessários à fixação de uma 'pena base' entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal" (MIRABTE; FABBRINI, 2011, p. 283) e devem ser ponderados pelo magistrado com a devida fundamentação.

Em seguida o julgador analisará as circunstâncias legais ou circunstâncias genéricas, que não integram a estrutura do tipo penal ficando dessa forma ao prudente arbítrio do juiz a quantidade de aumento ou diminuição. A análise das circunstâncias agravantes (art. 61 e 62, do código penal) e atenuantes (art. 65 e 66, do código penal) resultará na pena provisória, caracterizando assim a segunda fase.

A terceira fase trata-se da pena definitiva, em que se analisam as causas de aumento e de diminuição de pena. Trata-se de frações que incidirão sobre a pena encontrada na segunda fase ou sobre a pena-base caso não existam atenuantes ou agravantes.

A pena definitiva será calculada seguindo esse critério trifásico: fixação da pena base, aplicação das circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição, sendo indispensável a observância do Devido Processo Legal. Por fim, o

juiz determinará o regime de cumprimento da pena e se é possível à substituição por pena restritiva de direitos ou multa.

Ressalta-se que o juiz ainda poderá conceder a suspensão condicional da pena (art. 157 da Lei de Execuções Penais) que, como veremos linhas a frente, não se trata de um regime de cumprimento de pena, mas sim uma forma alternativa. “Assim, se resolver conceder o *sursis*, fica o magistrado obrigado a estabelecer o regime, pois o benefício pode não ser aceito pelo réu (ele é condicionado) ou pode ser revogado.” (NUCCI, 2014, p. 423).

Após o devido processo legal, o acusado entra na fase de cumprimento de pena. O Código Penal estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regimes (fechado, semiaberto e aberto). Quando “condenado o réu a pena privativa de liberdade que deva cumprir-se sob regime fechado, será ele recolhido a uma ‘penitenciária’, espécie do gênero ‘estabelecimento penal’, submetido ao que dispõe a Lei de Execução Penal (LEP) (BATISTA, 2013, p. 24).

É nessa perspectiva, da pena privativa de liberdade, que está o foco dos questionamentos, vez que se faz mister a indagação da sua eficácia principalmente no que diz respeito a ressocialização. Todos nós conhecemos o drama da grande maioria dos sistemas penitenciários e diante disso

[...] em um sistema penitenciário falido, como faremos para reinserir o condenado na sociedade da qual ele foi retirado pelo Estado? Será que a pena cumpre, efetivamente, esse efeito ressocializante ou, ao contrário, acaba de corromper a personalidade do agente? Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa útil para a sociedade? (GRECO, 2017, p. 590).

5 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A RESSOCIALIZAÇÃO

O direito penal não se restringe apenas ao Código Penal, “há outro conjuntos de normas que estão funcionalmente ligados ao direito penal: assim, o direito processual penal, a organização judiciária, a lei de execução penal, regulamentos penitenciários etc.” (BATISTA, 2013, p. 24). Apesar do termo ressocialização não está expresso no texto legal fica claro o objetivo ressocializador da pena no art. 1º, da Lei de Execução Penal, que diz, *in verbis*: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**” (grifo nosso).

Dentre os principais fundamentos da pena está a reabilitação que consiste no processo de recuperação do indivíduo, indivíduo esse que cometeu atos contrários ao convívio pacífico social e que por conta disso sofre a sanção imposta pelo Estado no exercício do *Ius puniendi*. Diante disso, surge à necessidade de transforma o indi-

víduo para que ele possa fazer parte da sociedade novamente, pois “paulatinamente se foi adquirindo consciência da necessidade de que a execução da pena de prisão fosse concebida como um sistema, como um tratamento que buscasse a reabilitação do recluso” (BITENCOURT, 2011, p. 97).

Porém, apenas o cumprimento do preceito secundário da lei que é a sanção, não é suficiente para que o indivíduo seja ressocializado. Sendo assim, a Lei de Execução Penal, que defende os direitos e deveres do apenado, traz diretrizes para Estado cumprir essa função, que é o retorno do indivíduo ao convívio social, conforme o art. 10 e art. 11, deste diploma legal.

Apesar de o apenado estar cumprindo a pena privativa de liberdade, ele não perde sua condição de cidadão e deve ter sua dignidade assegurada pelo Estado, pois está sob custódia desse. É por meio das referidas assistências que se tem uma base para o tratamento que deve ser realizado sem prejuízo a dignidade moral, física ou social e com a finalidade de reconstruir valores e desenvolver a reabilitação do apenado.

A teoria difere da realidade³, o sistema carcerário “nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada” (FERRAJOLI, 2010, p. 378). Apesar de hoje se ter a concepção de que a ressocialização é uma faculdade do condenado configurando assim chamado “tratamento ressocializador mínimo” a atual realidade faz com que o apenado não tenha essa opção para escolher. Diante da discrepância da teoria e realidade

[...] a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentaria de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. **Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do deve-ser e da interpretação da norma.** (BITENCOURT, 2015, p. 595, grifo nosso).

6 DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS

Diante do fracasso da pena privativa de liberdade tornou-se necessário a busca por outros meios surgindo assim alternativas para se evitar o encarceramento principalmente nas penas de curta duração, pois “ou o condenado é um delinquente habitual, e a condenação é totalmente ineficaz, ou então é um delinquente ocasional, e a condenação vai além do necessário” (POLA, p. 58 apud

³ Vide Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu os estados de coisa inconstitucional que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

BITENCOURT, 2011, p. 253). Como também nas penas aplicadas a criminosos primários de tal modo que se este tem boa formação moral o encarceramento irá lhe corromper afetando sua honra e dignidade.

A suspensão condicional da pena (*sursis*) tem sua origem discutida, mas, para maioria dos doutrinadores, a Bélgica foi a primeira a adotar o novo instituto valendo-se do projeto de Berenger apresentado ao parlamento francês. A suspensão condicional da pena “é uma alternativa aos meios sancionatórios tradicionais com que conta o moderno direito penal” (BITENCOURT, 2011, p. 245). Busca evitar os males causados pela prisão, na pena privativa de liberdade, por meio de condições impostas ao condenado conservando assim sua função retributiva e atingindo somente a execução da pena e não a condenação, uma vez que a condenação imposta permanece. Para concessão da suspensão condicional da pena o condenado, não superior a dois anos, deve preencher condições elencadas no art.77, do Código Penal.

O livramento condicional tem, na sua origem, uma ampla discussão, pois “não há dados suficientes para se oferecer certeza absoluta sobre as origens mais remotas da liberdade condicional” (BITENCOURT, 2011, p. 322). Quando o apenado passa por toda uma progressão mostrando-se reformado a pena já não cumpre mais sua função, sendo o livramento condicional um período de transição do sistema penitenciário para a vida em liberdade, porém vigiado e sob condições (de caráter obrigatório ou facultativo), vez que sua reforma pode ser simulada e diante disso seu livramento condicional poderá ser caçado.

O livramento condicional cumpre importante papel ressocializador, pois o benefício “pressupõe, essencialmente, o reajustamento social do criminoso, porque seu comportamento carcerário e suas condições revelam que os fins reeducativos da pena foram atingidos” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 322). Além disso, é um direito do preso desde que preencha determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva não precisando cumprir integralmente a pena privativa de liberdade e tendo o restante de pena que falta transformada em período de prova para o livramento condicional.

As penas restritivas de direitos “são penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas leves, promovendo-lhe a recuperação através de restrições de direitos” (NUCCI, 2014, p. 379). Tem como pressuposto da sua aplicabilidade os requisitos presentes no art. 44, do Código Penal, e suas espécies no art. 43, do mesmo diploma legal. Busca-se substituir a pena de prisão evitando o sistema carcerário o que tem sido uma solução, ainda que parcial, para que condenados a crimes menos graves não sofra os efeitos negativos do sistema carcerário. Assim,

[...] busca-se com as penas “restritivas de direitos”, complementando as alternativas por meio da multa, da suspensão condicional, dar solução mais realista e humana ao grave problema da prisão, ao menos quanto às penas de curta duração. (BITENCOURT, 2011, p. 286).

A pena multa caracteriza-se pelo pagamento de determinada quantia ao Fundo Penitenciário Nacional e trata-se de um direito do réu que apresenta os requisitos necessários. Para evitar o encarceramento as penas de até um ano podem ser substituídas por multa e, caso não seja paga, veda-se a conversão em pena privativa de liberdade tornando-se dívida ativa da Fazenda Pública. Sua aplicação difere do sistema trifásico sendo adotado o bifásico com o estabelecimento da quantidade de dias-multa e posteriormente a fixação do valor de cada dia-multa. Porém a pena de multa vem sendo bastante criticada por diversos fatores o que faz com que “nem as penas privativas de liberdade, nem as pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condição de satisfazer os fins que justificam o direito penal” (FERRAJOLI, 2010, p. 378).

Diante disso, busca-se com a suspensão condicional da pena, livramento condicional, pena restritiva de direitos e pena de multa, a diminuição da privação de liberdade de delinquentes, exceto aqueles em que a privação é realmente necessária visto que

[...] diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios da ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 322).

Os graves problemas que enfrentam a grande maioria das prisões, constatando assim a falência de medidas preventivas, retributivas e principalmente ressocializadoras, fazem com que as penas privativas de liberdade sejam recomendadas a serem aplicadas a condenações de longa duração ou condenados de difícil recuperação.

Há tipos de penas que podem ser alternativas a privação de liberdade e que alguns dessas já são colocados em prática, como nas penas alternativas supracitadas, porém, do modo que são colocados em prática, não podem ser considerados propriamente alternativas, vez que fazem parte da pena privativa de liberdade.

O intuito que se tem, com as penas “alternativas”, é mudar o objeto de privação, “nunca a total privação de liberdade pessoal, que entrega corpo e alma a uma instituição total” (FERRAJOLI, 2010, p. 386) e sim a privação de outros direitos. Busca-se suspender a aplicação da pena privativa de liberdade, pelo menos em uma perspectiva futura, tomando como exemplo o internamento carcerário que foi, no início da época moderna, uma medida preventiva e posteriormente transformou-se em pena principal. Desse modo intenta-se colocar como principal as penas “alternativas” que restringem outros direitos que, “por outro lado, permitem formas bem mais variadas e toleráveis de privação ou de restrição” (FERRAJOLI, 2010, p. 386).

7 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou trazer uma análise histórica, juntamente com perspectivas atuais, demonstrando que a crise que o sistema penitenciário passa na grande

maioria das prisões impossibilita a ressocialização. Isso traz a ideia de que no futuro, com o progresso da humanidade, exista uma superação da prisão por meio das penas alternativas que tem se desenvolvido a fim de evitar o encarceramento, pois, para pequenos crimes, o encarceramento termina por “dessocializar” o infrator.

A ressocialização, apesar de não ser apenas dever das disciplinas penais, necessita de uma política criminal que considere os problemas sociais que fazem com que o crime aconteça. Por ser atualmente a forma de sanção mais adequada para determinados crimes o encarceramento na busca da sua progressiva humanização, deve estar em permanente reforma de modo que perante a observação da realidade atual, faz-se mister mudanças principalmente nos padrões de gestão do sistema penitenciário que atualmente são, em sua grande maioria, ineficazes.

O desenvolvimento das sanções alternativas é um sintoma da crise vivenciada pela pena privativa de liberdade, que é um mal necessário, mas que necessita ser aplicada de forma correta, porém não se trata de um problema apenas do direito penal é também um problema político-social do Estado. Contudo, apesar das críticas e diante da realidade das penitenciárias, as funções preventivas da pena ainda servem a sociedade e ainda poderão ser mais eficazes principalmente no que se refere à ressocialização.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF**. Relator Min Marco Aurélio. DJ de 9 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. **Código Penal**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Data do recebimento: 27 de abril de 2023

Data da avaliação: 18 de maio de 2023

Data de aceite: 18 de maio de 2023

1 Acadêmico do curso de Direito, Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL,

E-mail: antonio.mario98@souunit.com.br

2 Acadêmico do curso de Direito, Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL,

E-mail: Jhonyson.henrique@souunit.com.br