

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

RAFAEL FECURY NOGUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Rafael Fecury Nogueira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-842-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, por ocasião da realização do XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 nas dependências do Centro Universitário do Pará - CESUPA, instituição sediada na belíssima capital do Estado do Pará, Belém.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 15 de novembro, reuniu pesquisadores de todo o país, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Congresso Nacional do CONPEDI, de um locus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da breve sinopse de cada um dos textos aqui reunidos:

O artigo intitulado “O crime como ‘mercadoria’: a mídia e a construção imagética do ‘homem delinquente’ no Brasil”, de autoria de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Vera Lucia Spacil Raddatz, problematiza a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de produção de alarma social diante da criminalidade na sociedade contemporânea e na construção imagética da figura do “delinquente”, reforçando a seletividade punitiva que caracteriza o sistema penal brasileiro.

Já o artigo de autoria de Rafael Fecury Nogueira, intitulado “A prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal: critérios para a sua admissibilidade e valoração”, analisa a disciplina da prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010) que, importando a norma italiana, pretende conferir critérios mais seguros e racionais para a prova indiciária.

Por sua vez, o artigo de Lucas Morgado dos Santos e Luanna Tomaz de Souza, sob o título “(Des)Encarceramento feminino nas Regras de Bangkok”, visa a compreender de que forma políticas de desencarceramento estão costuradas às Regras de Bangkok, bem como os avanços e os limites destas Regras em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

Sob o título “Controvérsias sobre competência de foro envolvendo as Forças Armadas”, Fernando Pereira Da Silva analisa as controvérsias sobre a competência de foro envolvendo as Forças Armadas e a insegurança jurídica advinda das interpretações destoantes do texto legal, considerando as controvérsias sobre se é competente a justiça comum ou militar para que julgue os processos oriundos do emprego dos militares.

O artigo “Desobediência civil e a greve de fome em presídios brasileiros”, de Evelise Slongo, discute a melhora das condições de vida dentro dos muros da penitenciária e como a greve de fome de presos é utilizada como meio de chamar a atenção das autoridades e da sociedade, configurando-se como um ato legítimo de desobediência civil.

O texto de Rafael Augusto Alves, sob o título “Execução antecipada da pena: constitucionalismo discursivo à brasileira”, aborda os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena (a partir da condenação em segunda instância), com o objetivo de estabelecer reflexões sobre o Constitucionalismo Discursivo e a sua capacidade de instituir a jurisdição constitucional como legítima mandatária popular a partir da representação argumentativa, conceito desenvolvido por Robert Alexy.

No artigo intitulado “Importunação sexual ou estupro? Os caminhos da satisfação da lascívia”, Ana Paula Jorge e Plínio Antônio Britto Gentil abordam a tipificação do novo crime de importunação sexual (Lei 13.718/18), evidenciando que os intérpretes divagam nos parâmetros para distingui-lo do estupro e estupro de vulnerável, ora baseando-se no emprego de violência, inclusive presumida, ora no contato entre corpos, ora na imprescindível participação da vítima, entre outros. O texto sugere, então, que se substituam essas distinções pelo seguinte: se no ato libidinoso houver contato do agente com órgão genital da vítima ou desta com o órgão genital daquele, o crime poderá ser estupro; ausente esse contato específico, hipoteticamente a conduta subsume-se ao tipo de importunação sexual.

Cássio Passanezi Pegoraro e Luiz Nunes Pegoraro abordam, no artigo “O direito à não autoincriminação: aspectos teóricos e práticos na legislação infraconstitucional”, o princípio constitucional da não autoincriminação de investigados, indiciados e réus em procedimentos de persecução penal, em consagração ao direito individual de não produção de provas contra si próprios, aprofundando a análise dos conceitos e reflexos legais do princípio em face de situações pontuais em que o mesmo acaba se afigurando como um efetivo ônus e não apenas um direito.

O artigo “O sistema democrático constitucional e sua influência no direito processual penal”, de autoria de José Serafim da Costa Neto e Maria Luiza de Almeida Carneiro Silva, parte do

pressuposto de que o Estado brasileiro possui como fundamento o sistema democrático constitucional, o qual é baseado em pilares centrais que garantem o funcionamento do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais, especificamente na seara do processo penal.

No texto intitulado “Os impactos da corrupção na efetivação do direito constitucional à saúde no Maranhão: uma avaliação a partir da operação ‘Sermão aos Peixes’”, Sandro Rogério Jansen Castro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, a partir de dados empíricos colhidos em operação realizada pela Polícia Federal, observam que a corrupção se revela como obstáculo à efetivação de direitos sociais no Maranhão, na medida em que os recursos destinados para a implementação de políticas públicas foram desviados para outros fins. Assim, a corrupção nesse modelo de gestão frustrou o direito constitucional à saúde no Estado.

O artigo de Ricardo Gagliardi, intitulado “Penas restritivas de direito: reinterpretação jurídica dos requisitos para a sua aplicação”, analisa os requisitos para a substituição das penas privativas de liberdade às restritivas de direito, frente à interpretação sistemática e conforme a Constituição, concluindo pelo direito à substituição em crimes em que for possível a aplicação de institutos despenalizadores, independentemente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, gerando menor grau de encarceramento e privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

Luciana Correa Souza, no artigo intitulado “Reflexões em torno das manifestações do direito penal do inimigo no Brasil”, analisa as manifestações do Direito Penal do Inimigo em face dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, buscando evidenciar a impossibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Por fim, o texto de autoria de Ezequiel Anderson Junior e Greice Patricia Fuller, sob o título “Riscos ao internauta: um enfoque penal”, explora estatísticas sobre crimes virtuais, o que permite uma visão panorâmica das principais ameaças ao internauta na perspectiva penal.

Os leitores que acessarão este livro, certamente, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são marcadas pelo viés crítico e pelo olhar atento à realidade contemporânea, o que reflete o compromisso dos pesquisadores brasileiros no âmbito das Ciências Criminais na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas e à sempre necessária filtragem constitucional e convencional.

É com grande satisfação, portanto, que os organizadores desejam a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ, Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Rafael Fecury Nogueira (CESUPA, Pará)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO: REINTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS REQUISITOS PARA A SUA APLICAÇÃO

RIGHT-RESTRICTING PENALTIES: LEGAL REINTERPRETATION OF THE REQUIREMENTS FOR SPECIFIED APPLICATION

Ricardo Gagliardi ¹

Resumo

O estudo analisou os requisitos para a substituição das penas privativas de liberdade às restritivas de direito, frente à interpretação sistemática e conforme a Constituição. Realizou-se revisão da doutrina especializada, das normas jurídicas e da jurisprudência brasileira, baseando-se nos saberes da criminologia clínica de inclusão social, a partir do paradigma de terceira geração das inter-relações sociais. Concluiu-se pela viabilidade jurídica da releitura proposta, permitindo-se o direito à substituição em crimes em que for possível a aplicação de institutos despenalizadores, independente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, gerando menor grau de encarceramento e se privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

Palavras-chave: Penas restritivas de direito, Penas alternativas, Aplicação da pena criminal, Substituição de pena, Inclusão social

Abstract/Resumen/Résumé

The study looked into the requirements for the substitution of custodial penalties by restrictive rights, through a systematic interpretation and according to the Brazilian Federal Constitution. It was carried out a systematic review of the legal doctrine, norms and brazilian jurisprudence, based on the knowlegde of social inclusion clinical criminology, within the third-generation of social interrelationships paradigm. There is a legal viability for the proposed reinterpretation. The possibility of replacing penalties when alternative punishment institutes are applicable, irrespective of the limiting requirements of the Criminal Code. This results in less incarceration and favors more ethical and dignified resolutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right-restricting penalties, Alternatives sanctions, Criminal penalty application, Replacement of the sentence, Social inclusion

¹ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). Especialista em Criminologia (ESMAT). Bacharel em Direito (Faculdade de Direito de Bauru). Juiz de Direito e Gestor Público.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O paradigma criminológico de terceira geração das inter-relações sociais (PIRES; DIGNEFFE, 1992, 37-43), especialmente esboçado pelo modelo da criminologia clínica de inclusão social (SÁ, 2015), estabelece que “as penas alternativas devem ter prioridade sobre a pena de prisão”, sendo estas utilizadas somente em hipótese excepcional, em caso de real necessidade (SÁ, 2015, p. 336).

O princípio da preponderância da pena alternativa (GAGLIARDI, 2018, p. 74-76) sobre a pena de prisão encontra previsão em vários dispositivos legais (BRASIL, 1940; BRASIL, 1984; BRASIL, 2011), extranormativos (BRASIL, CNJ, 2016, p. 20), e jurisprudenciais (BRASIL, HC 304328/DF, 2016; HC 317181/DF, 2016).

Dentre os diversos fatores da prevalência da aplicação das penas restritivas de direitos sobre as privativas de liberdade, como defende a ampla maioria da doutrina (BARATTA, 2011, p. 178-180 e 183-196; BITENCOURT, 2011, p. 161-204; COSTA JR, COSTA, 2012, p. 225; FOUCAULT, 2009, p. 250-277; MIRABETE, 2011, p. 256-257; SÁ, 2013, p. 60-61 e 114-119; SHECAIRA, 2013, p. 302-303), em harmonia com a perspectiva teórica referenciada, está a importância da “inclusão social” (PIRES, 2005), com papel ressignificado, por meio das possibilidades de alterabilidade e do encerramento antecipado da pena restritiva de direito, corolários dos princípios da necessidade e da suficiência da pena (GAGLIARDI, 2018, p. 76-78), da probabilidade de maior diálogo com a equipe interdisciplinar, e da maior viabilidade de valorização ao tornar a pessoa condenada o “protagonista na elaboração de estratégias de reinserção social” (SÁ, 2015, p. 360-361).

Enfatiza-se que a “inclusão social é que deve ser um pressuposto para a ressocialização”, e não o contrário, ou seja, “não é a ressocialização (entendida como a adequação social da conduta do indivíduo punido) que deve ser um pressuposto para a inclusão social (reintegração social)” (SÁ, 2015, p. 336).

No ambiente dogmático e pragmático, cabe ao juiz a possibilidade de substituição da pena de reclusão e detenção, em penas restritivas de direito, na hipótese de estarem presentes seus requisitos, na forma do art. 44 do Código Penal, e conforme seja necessário e suficiente para o alcance dos objetivos da pena: reprovação e prevenção do crime, como dispõe o art. 59, IV, do Código Penal, e harmônica integração social do condenado, assim como estabelece o art. 1º, da Lei 7.210/1984.

São requisitos cumulativos: pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos; crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; em qualquer que

seja a pena aplicada, se crime culposos; réu não reincidente em crime doloso, ou se reincidência não específica e a medida seja socialmente recomendável.

De acordo com pesquisa empírica realizada em um dos Estados da Federação entre os anos de 2015 e 2016 (GAGLIARDI, 2018, p. 223 e 228-229), demonstrou-se que em aproximadamente 32% das sentenças condenatórias com penas privativas de liberdade fixadas em até quatro anos não houve substituição à pena restritiva de direito. Segundo a mesma pesquisa, os motivos técnicos para os juízes não substituírem a pena privativa de liberdade fixada em até quatro anos para pena restritiva de direito foram, na sequência, da maior incidência para a menor: violência ou grave ameaça contra pessoa (44%); reincidência (20%); e não suficiência, baseado nas circunstâncias judiciais negativas (17%). Dado que chama a atenção é que em 19% das hipóteses da não substituição se deram sem fundamentação ou com fundamentos genéricos ou não previstos em lei ou em contraste à interpretação dos Tribunais Superiores. Este dado pode estar entrelaçado com resultado de pesquisa do IPEA (2015, p. 86), realizada em nove Estados, ao concluir, com base na percepção dos juízes entrevistados, que há, em muitos casos, a restrição às substituições, tendo em vista a falta de condições para a execução das penas alternativas e seu real valor sancionador.

Fazendo-se breve retrospecto, pode-se vislumbrar que houve evolução quanto ao tema no sistema legislativo brasileiro, no sentido de se aumentar as hipóteses de aplicação das alternativas penais.

O processo de produção das penas restritivas de direitos como alternativa penal ao encarceramento se apresentou no Código Penal pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984), no entanto, limitada a aplicação de pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos a qualquer tempo.

As inovações do sistema jurídico nacional foram crescentes nos anos seguintes, principalmente nos anos de 1988, 1995, 1998, 1999, 2002 e 2006, com a edição da Constituição da República e posteriores emendas constitucionais, e das Leis 9.099, 9.714, 10.259 e 11.313, respectivamente, encorajadas pelas Regras de Tóquio (regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990) (BRASIL, CNJ, 2016).

Dentro desse contexto, quanto ao momento de sua aplicação, as sanções restritivas de direitos podem ser aplicadas como penas ou medidas, ambas consideradas como alternativas penais ao cárcere.

As penas são aplicadas como efeito principal de sentença condenatória transitada em julgado e comporta um juízo de culpabilidade, o veredito sobre o mérito (CAPEZ, 2014, p. 428-429).

As medidas, por sua vez, são aplicadas antes de iniciada a ação penal, na forma do art. 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), e art. 76, da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, e não se analisa o juízo de culpabilidade, o que fez romper com o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio* (GRINOVER, et al, 1996, p. 14). Estas são medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, pois afastadas de plano as pretensões punitivas estatais originais, quais sejam, a imposição de um juízo de culpabilidade, e a consequência das penas de prisão e de multa, e também, sem a possibilidade de substituição ou conversão para penas privativas de liberdade (GRINOVER, et al, 1996, p. 18-20; CAPEZ, 2014, p. 428-429). As medidas ainda são aplicadas após iniciada a ação penal e antes da instrução processual e da sentença, na hipótese da suspensão condicional do processo (BRASIL, Lei 9.099, art. 89, 1995).

A Lei 9.099 (BRASIL, 1995), cumprindo o permissivo constitucional, a partir de sua redação original, foi responsável por autorizar a criação dos juizados especiais e definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, abrangendo todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Estabeleceu, outrossim, quatro medidas despenalizadoras e principalmente não prisionais, na seara penal e processual penal: nas lesões corporais leves e culposas passa a ser necessária, como condição de procedibilidade, a representação (art. 88); se houver composição civil de danos, como verdadeiro acordo entre as partes envolvidas (acusado e vítima), que passam a ser empoderadas, nas infrações penais de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, há a extinção da punibilidade (art. 74); não havendo a composição civil nas ações privadas e condicionadas, e nas hipóteses das ações públicas incondicionadas, se houver transação penal, com a aplicação de medidas alternativas, ocorre a extinção da punibilidade, surgindo como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 76); e a suspensão condicional do processo, na hipótese de crimes cominados abstratamente a pena mínima de até um ano (art. 89) (GRINOVER, et al, 1996, p. 18-20).

Posteriormente, a Lei 9.714/98 (BRASIL, 1998) impôs nova reforma ao Código Penal, inserindo novas hipóteses de penas alternativas e ainda ampliando de forma substancial as condições de tempo para a substituição da pena privativa de liberdade, em até quatro anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

A Emenda Constitucional nº. 22 (BRASIL, 1999) autorizou a criação dos juizados especiais federais. A Lei 10.259/02 (BRASIL, 2002) estabeleceu os juizados especiais criminais na Justiça Federal, e ampliou a definição das infrações de menor potencial ofensivo, abrangendo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. A 11.313/06 (BRASIL, 2006), acompanhando a jurisprudência e a doutrina majoritárias que entendiam como imprópria a definição jurídica diversa na Justiça Estadual e Federal das infrações de menor potencial ofensivo, alterou o sentido e reformou as referidas leis anteriores, passando a definir como infrações de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Regra geral, portanto, todas as contravenções penais e os crimes cominados com pena de até dois anos são considerados infrações de menor potencial ofensivo, e por isso, tendem a se resolver antes de iniciada a ação penal, por meio consensual. Os casos que envolvem crimes que têm a pena mínima cominada em até um ano, depois de iniciada a ação penal, por meio de acordo e cumprimento de condições e medidas restritivas de direitos, solucionam-se sem a necessidade de uma sentença de mérito. Nas sentenças em que houve a aplicação da pena em concreto de até quatro anos por crime, em julgamento de mérito da ação penal, devem ter as penas substituídas para penas alternativas, presentes os demais requisitos legais.

No entanto, permanece uma celeuma jurídica. Como se entender razoável e proporcional uma situação subsumida em suposto delito considerado de menor periculosidade social em que se poderiam empregar institutos despenalizadores com a adoção de medidas restritivas de direito, inclusive, sem o pronunciamento de um veredito de mérito, e depois, com a sentença de culpa, em caso assemelhado, confirmado o crime, impor pena mais gravosa e até encarceradora?

Ressalte-se a necessidade premente de se observar com maior rigor os meandros do princípio da igualdade material junto ao sistema de justiça criminal. Como aponta Silva (2006, p. 222-223), não se quer dizer que se deve aplicar a mesma pena em concreto para o réu que praticou o mesmo delito. Porém, as mesmas regras, penais, processuais penais e de execução penal, devem ser aplicadas a todos.

Nesse ponto, há uma aparente dicotomia, que se exacerba pela suposta incoerência do sistema penal frente ao princípio da igualdade material e das mais modernas teorias criminológicas, especialmente as que têm foco na inclusão social.

Entre os crimes há os que possuem maior ou menor periculosidade social.

De fato, a lei estabeleceu várias regras que diferenciam cada caso.

Por exemplo, a lei penal brasileira estipula regras limitativas para a aplicação da pena de prisão (regime fechado) e somente nas hipóteses nela descritas é que ela deve ser imposta, conforme os artigos 33 a 58, 59 a 76, e 77 a 82, todos do Código Penal (BRASIL 1940), artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), e artigo 118 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984). Entre as principais estão: quanto à determinação do regime inicial de pena para a imposição do regime fechado, deve-se observar a qualidade de ser ou não crime hediondo ou equiparado, o tempo de pena de condenação (se superior a oito anos), a agravante da reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis (pena fixada abaixo de oito anos); quanto ao regresso ao regime mais severo durante o cumprimento da pena, por ter o condenado praticado novo fato definido como crime doloso, e/ou praticado novo fato definido como falta grave, e/ou ainda sofrido condenação, por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Modelos legais regem a cominação do máximo e do mínimo da pena criminal, as regras de aplicação da pena em regime semiaberto (BRASIL 1940), os crimes de menor potencial ofensivo (BRASIL, 1995), e as hipóteses em que deve ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade (BRASIL, 1998). Observa-se que o patamar máximo de pena em quatro anos tem servido de paradigma para a fixação de regime de pena aberto, e suas substituições legais às penas alternativas (Art. 33, parágrafo 2º, “c”, e Art. 44, I, do Código Penal), bem como para a fixação de benefícios processuais como fiança de imediato pela autoridade de polícia judiciária (Art. 322 do Código de Processo Penal).

Esses índices, segundo os fatores legais, caracterizam a política criminal nacional e concretiza a diferenciação com relação à gravidade criminal, o que por certo se faz concluir não se tratar de situações consideradas graves.

Dessa forma, o objetivo do estudo é (re)analisar os requisitos legais para a substituição das penas privativas de liberdade, a partir de uma interpretação sistemática e conforme a Constituição.

Como fonte metodológica de pesquisa foi considerada a pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de literatura, das leis e da jurisprudência nacional, a fim de se desvendar a produção científica que retrate os modelos legais durante a fase de aplicação de pena criminal e sua substituição às restritivas de direitos, bem como que se correlacione com o modelo da criminologia clínica de inclusão social.

Esta abarcou a produção científica acerca do tema através de livros, artigos, dissertações e teses, nas bases de dados da biblioteca física da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), e de forma virtual, na base de dados dos periódicos da

Revista da ESMAT e dos bancos de teses da Universidade de São Paulo (USP), e da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Também realizadas pesquisas nos bancos de jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), e ainda em alguns Tribunais estaduais. Foi realizado estudo analítico de instrumentos normativos, manuais de condutas e pesquisas, produzidos ou encomendados por órgãos governamentais especializados, como Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ), Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), e outros entes, como Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Os fundamentos/resultados/conclusões encontrados serviram para a reflexão acerca do tema deste estudo e nortearam as considerações finais do autor.

2 REQUISITOS LEGAIS PARA A ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO

O inciso I, do artigo 44, do Código Penal, abrange os critérios, temporal, da natureza do crime e do elemento do tipo *violência ou grave ameaça à pessoa*. Ressalte-se que esses critérios são aplicados ao delito denominado *crime*, sendo excluídas as contravenções penais. Excluídos também os casos de violência contra a coisa (BITENCOURT, 2007, p. 482).

O tempo da pena, ente objetivo, refere-se ao concretamente aplicado na sentença ou acórdão, caso a primeira tenha sido reformada, de até quatro anos, não importando o regime prisional fixado. Se forem várias as penas aplicadas em uma ação penal para uma só pessoa, sendo as espécies de penas compatíveis, os tempos delas devem ser somados. Se ultrapassado o tempo legal, não mais cabe a substituição, devendo o juiz realizar a conversão e fixar o regime de pena privativa adequada ao caso (NUCCI, 2012, p. 330-331). Sobrevindo pena posterior que extrapole o tempo limite, em diversa ação penal, o juiz pode deixar de aplicar a conversão em pena privativa de liberdade se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 5º, 1940).

Para os crimes de natureza culposa, ente objetivo, não há o limitador tempo e nem o limitador referente ao elemento *violência ou grave ameaça*.

Da análise do tempo da pena a partir da condenação de pessoa em vários crimes vem a primeira reflexão. Mesmo a pessoa condenada a vários crimes, sendo a ela aplicadas penas de até quatro anos, a sua soma não extrai a característica dos fatos praticados estarem em rol considerado de menor periculosidade social. Além disso, a própria lei determina a possibilidade de não conversão à pena privativa de liberdade por condenação posterior se for compatível o cumprimento de pena alternativa aplicada anteriormente (CP, art. 44, parágrafo 5º).

A lei proíbe a substituição da pena privativa na hipótese da condenação por crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, mesmo se o tempo da condenação for inferior a quatro anos (BRASIL, CP, art. 44, I, 1940).

E aqui cabe uma segunda reflexão. Seria possível a substituição da pena nas infrações de menor potencial ofensivo ou nos crimes que de alguma forma seja possível a aplicação de medida despenalizadora, em ação penal, mesmo se praticada com violência ou grave ameaça à pessoa? Conquanto tal hipótese seja aparentemente de difícil ocorrência, por causa das anteriores medidas despenalizadoras, elas podem acontecer no caso de não terem sido aplicadas medidas ao acusado por algum motivo juridicamente possível, como por culpa do próprio acusado, pelo fato de já ter sido beneficiado (art. 76, parágrafo 2º, II, da L. 9099/1995) ou por não ter sido encontrado para a intimação que determinava seu comparecimento em audiência preliminar ou por não ter comparecido em audiência mesmo depois de intimado pessoalmente, ou por simplesmente não desejar o acordo (composição civil ou transação penal ou suspensão condicional do processo) ou por tê-lo descumprido sem apresentar justificativas, no bojo do procedimento penal.

A Corte Suprema já entendia autorizada tal substituição, não obstante a observação no aresto de que devem ser observadas outras restrições legais na imposição de determinadas penas alternativas, como a prevista no art. 46, do Código Penal, que prevê o prazo mínimo de condenação em seis meses para a substituição por pena de prestação de serviços à comunidade (BRASIL, STF, HC 83768/RJ, 2004).

Algumas considerações devem ser talhadas e observadas conjuntamente, diante da aparente antinomia.

Primeira. O fato de ser um delito praticado com violência ou com grave ameaça não lhe extrai o título de infração de menor potencial ofensivo, observadas, no entanto, as limitações constantes nas hipóteses de crimes praticados com violência doméstica contra mulher. Neste aspecto, a Corte Suprema, em 09.02.2012, ao reconhecer a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/06, destacou “as particularidades que lhe são inerentes” e a “desigualdade de gênero”, merecendo a proteção diferenciada (STF, ADI 4.424 e da ADC 19, 2012).

Nos casos envolvendo violência doméstica contra mulher, há um preceito expresso (art. 41, da Lei 11.340/2006) que afasta a aplicação da Lei 9.099/1995 aos *crimes*, desenhado por rigorosos estudos científicos, que tornaram sólida a referida política criminal, sobretudo, baseado em seus princípios moduladores próprios (Lei 11.340/2006, artigos 1º. a 3º). A referida lei não afasta, por si só, por outro lado, a possibilidade de substituição da pena para

restritiva de direito, embora, o STF realize a interpretação extensiva para proibir a referida substituição (BRASIL, STF, HC 137888/MS, 2017).

Segunda. O fato de o delito de menor potencial ofensivo ser violento ou com grave ameaça, por si só, não deve ser transformado em algo que acarreta um grave perigo social (NUCCI, 2012, p. 474), já que por política criminal, em contradição à norma discutida, foram estabelecidos vários meios despenalizadores estabelecidos em lei, por meios consensuais, como a necessidade de representação como condição de procedibilidade da ação penal pública, inclusive por expressa dicção legal, composição civil e transação penal, relacionado aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88, da Lei 9.099/1995). Mesmo posicionamento tem os autores (REALE JÚNIOR, 2013, p. 376; PRADO, 2013, p. 689; GRECO, 2008, p. 533).

Assim também se devem compreender os crimes considerados de gravidade branda ou leve, como as lesões corporais graves, já que por permissivo legal, admite-se a suspensão condicional do processo.

Ou seja, se a própria lei estabeleceu a possibilidade de nem haver ação penal por ato de vontade da vítima na hipótese de lesões compreendidas como de menor potencial ofensivo, se admitiu a possibilidade de realização de acordos, e ainda que haja ação penal foi autorizada a suspensão do processo, por que este requisito seria um empecilho à substituição para a pena restritiva de direito?

No entanto, a regra acima não se aplica aos casos de crime de lesão corporal no âmbito doméstico contra mulher, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, pois a pena máxima cominada é superior a dois anos, não sendo considerado de menor potencial ofensivo, e por dicção legal (BRASIL, Lei 11.340, art. 41, 2006), não se aplica os institutos da Lei 9.099/1995, principalmente depois da decisão paradigmática da Corte Suprema (BRASIL, STF, ADI 4.424/DF, 2012), ao conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo de lei referido, com eficácia *erga omnes* e efeitos retroativos (*ex tunc*), aplicando-se aos casos ocorridos anteriormente à prolação do referido aresto.

Observe-se, como dito, que o disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006 não se aplica às contravenções penais, não abrangendo, portanto, as vias de fato (BRASIL, DL 3.688, art. 21, 1941), mesmo se praticada com elementos de violência doméstica. Na linha da jurisprudência abalizada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 131160 / MS, 2016), à contravenção penal de vias de fato não se aplicam as hipóteses dos incisos I e II do art. 44 do Código Penal, já que por expressa normatização, não tratam da espécie “crime”. A única observação necessária quando da substituição da pena, se a referida contravenção de vias de fato for relacionada à

violência doméstica contra mulher, é a limitação legal estabelecida pelo art. 17 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação de certas penas restritivas de direito, como a prestação pecuniária, a prestação inominada consistente em cestas básicas, e na multa isolada. Entendimento contrário é do STJ (BRASIL, Súmula 588, 2017).

Terceira. A questão da ameaça ou outro crime considerado de menor potencial ofensivo, cometida com elementos de violência doméstica. O fato de o art. 41 da Lei 11340/2006 dispor que “não se aplica a Lei nº 9.099” aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, não significa dizer ter alterado o conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei 9.099/1995. Além disso, na hipótese do crime de ameaça, deve haver representação como condição de procedibilidade da ação penal pública, na forma do parágrafo único, do art. 147, do Código Penal, e o tipo penal não se tornou qualificado, o que faz justificar a diferença de tratamento relacionada ao crime de lesão corporal qualificado com elementos de violência doméstica contra mulher. Esses motivos são suficientes para se aplicar as penas restritivas de direito também a esse tipo penal e espécies correlatas, com exceção de algumas das penas alternativas, na forma do art. 17 da Lei 11.340/2006, como esclarecido acima. Reforce-se que a própria Lei 11.340/2006, em seu artigo 17, admitiu a possibilidade da substituição para penas restritivas de direito, ainda que essa admissão tenha sido relativa a apenas algumas de suas espécies, proibindo-se outras.

A resposta mais condizente aos argumentos acima revela que seria juridicamente possível e adequado constitucionalmente (princípio da razoabilidade) a substituição à pena restritiva de direito nos casos que envolvem infrações penais de menor potencial ofensivo e outros crimes em que se aplicam os institutos despenalizadores, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, com exceção ao crime de lesão corporal contra mulher, envolvendo violência doméstica (BRASIL, STF, HC 131219/MS, 2016), na forma da regra prevista no art. 44, I, do Código Penal (BITENCOURT, 2007, p. 482-483; COSTA, 2016, p. 161).

O inciso II, do artigo 44, do Código Penal, trata do critério subjetivo da reincidência em crime doloso. A reincidência tratada é a técnica, definida nos artigos 63 e 64, ambos do Código Penal. Se um dos crimes praticados for culposos, não se aplica o critério impeditivo.

A crítica maior a esse critério advém de Pires (2005). Segundo o autor, o fato de a legislação penal dar às penas alternativas uma interpretação reduzida, limitada, valorizando-as ao mínimo, inclusive, de excluí-la nas hipóteses de reincidência, pode ocasionar alguns efeitos perversos, como a manutenção de um sistema voltado à exclusão, tendo como referência principal a prisão.

Em regra, no sistema brasileiro, a reincidência veda a substituição da pena, porém, é preciso observar os dois critérios secundários que o excepciona. Entendendo o magistrado competente que a medida é socialmente recomendável em face da condenação anterior e a reincidência não houver se operado em decorrência do mesmo crime, pode o fazer, como estipula o parágrafo 3º, do art. 44, do Código Penal. Ambos os critérios secundários são cumulativos, sendo o primeiro deles de cunho subjetivo, e tornam relativo o critério principal.

Por isso, segundo Bitencourt (2007, p. 483), se houver reincidência específica em crime doloso, o impedimento é absoluto. Não sendo o caso, o critério torna-se relativo, pois vai depender da condição subjetiva: “medida socialmente recomendável”.

Reale Júnior (2013, pp. 377-378) faz crítica a esta situação por não haver motivos para a distinção entre as espécies de reincidência, já que a reprovação poderia ser maior diante da diversidade dos crimes praticados, caso sejam mais graves do que os outros considerados do mesmo tipo penal. Por isso, pode-se entender, por um critério de equidade e proporcionalidade, que mesmo que haja reincidência absoluta, poderia ser possível a substituição da pena, sendo critério balizador se a medida é socialmente recomendável.

Mas a que critérios o juiz levaria em consideração para delimitar esse conceito jurídico indeterminado? Como o juiz poderá aferir esse conceito?

Para Reale Júnior (2013, p. 376-377) há uma antinomia no texto, pois entende “incompreensível que, em face de condenação anterior à substituição, possa ser socialmente recomendável”. Para ele, a fim de se entender o termo vago, o juiz deve interpretar o texto autorizando a substituição na hipótese de reincidência genérica, mas examinando “o grau de reprovabilidade, a natureza dos delitos, as circunstâncias do fato anterior e do fato em julgamento, as condições pessoais do agente, idade, sexo, filhos menores, arrimo de família”. De certa forma, para referido autor essa seria a resposta.

Segundo Mirabete (2011, p. 269), devem-se observar as circunstâncias dos crimes, o antecedente e o apenado. Greco (2008, p. 533-534) expõe que o juiz ao avaliar tal situação no caso em concreto deve observar a dupla finalidade, de evitar o encarceramento desnecessário e de analisar o efeito preventivo da substituição. Esses dois fins podem ser extraídos da parte final do art. 59 do Código Penal, que se relaciona ao momento da fixação da pena pelo juiz.

Na jurisprudência, há precedentes que adotam para tal aferição a “medida suficiente” para a “prevenção e repressão da conduta incriminada”, sendo “consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais” (BRASIL, STJ, HC 334986/SP, 2016; STJ, HC 198186/RJ, 2014). No aresto (BRASIL, STJ, HC 239195/SP, 2012) considerou-se ainda como fator para a *medida socialmente recomendável* o fato de um dos crimes praticados para medir a

reincidência, ser de menor potencial ofensivo, e aqui se poderia incluir as hipóteses em que há a possibilidade de aplicação de outras medidas despenalizadoras, como a suspensão condicional do processo e os institutos da renúncia, retratação ou perdão do ofendido, nos delitos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada.

O que retrata a jurisprudência e a doutrina citadas é a aplicação dos preceitos constantes do *caput* do art. 59, do Código Penal, para se aferir, no caso em concreto, baseado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que vem a ser “medida socialmente recomendável”.

Portanto, pode-se concluir que a reincidência, específica ou não, deve ser analisada pelo juiz no momento de aplicação da pena e sua possível substituição à pena restritiva de direito, a partir do conteúdo jurídico principiológico detalhado acima.

O inciso III, do artigo 44, do Código Penal, elenca o critério da suficiência da substituição, com base em algumas das circunstâncias judiciais presentes do art. 59 do Código Penal. É um critério de natureza subjetivo-objetiva (COSTA JR.; COSTA, 2012, p. 226) e de grande valor, pois impinge efeitos no critério anterior, relacionado à reincidência de crime doloso, como já explanado, e ainda revela as condições mais próximas do caso em concreto e da pessoa condenada, a fim de satisfazer os objetivos da pena, da retribuição, da prevenção e da proporção da harmônica integração social do condenado. Nesse sentido, extrai-se que o referido critério deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 59, IV do Código Penal (REALE JÚNIOR, 2013, p. 378).

O critério da suficiência está ordenado ao senso de responsabilidade e autodisciplina da pessoa condenada¹, elemento analisado por meio das circunstâncias judiciais (REALE JÚNIOR, 2013, p. 414).

As condições sociais analisadas são a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos do crime, e as circunstâncias de fato.

Como entender a expressão “necessário e suficiente à reprovação e à prevenção do crime”, cunhada da última parte do *caput* do art. 59 do Código Penal? Como tratado acima, pela doutrina e pela jurisprudência, esse conceito indeterminado está estritamente ordenado às circunstâncias judiciais, sendo elas os critérios que servirão para balizar a conduta judicial, dentro de uma análise principiológica, abordando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Para fins de substituição, por exemplo, pode-se compreender como possível a substituição em favor do réu e do interesse público, se as circunstâncias judiciais negativas,

¹ Esses elementos são fundamentais para a permanência da pessoa condenada em regime aberto, na forma do art. 114, II, da Lei 7.210/1984.

mesmo com essa qualificação, forem necessárias e suficientes para a reprovação do crime e prevenção da pena (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 59, caput, última parte, 1940), com o uso da mesma inteligência interpretativa que se utilizou para a aplicação ou não de medidas cautelares diversas da prisão provisória, ao destacar que a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (BRASIL, CPP, art. 282, parágrafo 6º, 1941), inserido pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.

Essa conotação erigiu tal regra em princípio geral da pena criminal, que alguns denominam de princípio da suficiência da pena alternativa (GOMES, 2007, p. 724), a partir da decisão da Corte Suprema (BRASIL, STF, HC 103311, 2011; HC 84928, 2005), no sentido de se impor a pena de menor afliktividade, dentre as adequadas ao cumprimento dos critérios da necessidade e suficiência, preservando-se a preponderância da pena alternativa.

Significa que a intervenção da lei penal somente poderá ocorrer quando for necessário e relevante para a sobrevivência da comunidade e na medida em que for capaz de ter eficácia, e após a análise da compatibilidade entre o fato praticado e a consequência jurídica, sendo essa proporção a verdadeira condição da legalidade (PRADO, 2013, p. 171-176).

A análise das circunstâncias judiciais de maneira concreta pelo juiz materializa a motivação idônea exigida pela lei, conforme a súmula 719 do Supremo Tribunal Federal², conforme os seguintes precedentes da própria Corte Constitucional (BRASIL, STF, HC 139717, 2017).

Ou seja, a “gravidade” acerca da consideração impeditiva da substituição da pena insuflada pela lei e que deve conduzir o juiz está cunhada exatamente nos critérios da necessidade e da suficiência, dentro dos fins retributivos e preventivos da lei, e também ao que proporcione a harmônica integração social do condenado.

3 RELEITURA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À SUBSTITUIÇÃO DE PENA

Em face da necessidade premente de se fixar novos paradigmas aos requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade às penas restritivas de direito, conforme forte tendência legal ao delimitar os delitos de menor periculosidade social, especialmente estabelecidas pela Constituição da República, Lei 9.099/1995 e outras normas que alteraram o

² STF - SÚMULA 719 - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Código Penal e Código Processual Penal, frente aos precedentes jurisprudenciais e estudos de doutrinadores, em interpretação sistemática e constitucional, observando-se o critério da hierarquia para resolver as antinomias e a “regra de coerência” (BOBBIO, 2014, p. 94-95 e 108-111), estabelecem-se abaixo os requisitos necessários para a substituição à pena alternativa:

a) Elemento “tempo da pena aplicada” (pena em concreto):

a.1) Até quatro anos, na hipótese de crime doloso, analisado cada crime individualmente (não há relevância as penas superiores produzidas por concurso de crimes);

a.2) A qualquer tempo, se crime culposos, e em concurso de crimes culposos.

b) Elemento “crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”:

b.1) Não estar presente o elemento no tipo penal;

b.2) Se presente o elemento, ser delito de menor potencial ofensivo, ou que sofra suas influências, como na hipótese do art. 89 da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), ou da possibilidade de renúncia, retratação ou perdão pelo ofendido, excetuando apenas o crime de lesão corporal praticado com violência doméstica à mulher.

c) Elemento “reincidência”:

c.1) Não ser reincidente;

c.2) Se for reincidente, específica ou não, a substituição for socialmente recomendável, alicerçado nas circunstâncias judiciais;

c.3) Se envolver delito de menor potencial ofensivo, ou que sofra suas influências, como na hipótese do art. 89 da Lei 9.099 (BRASIL, 1995).

d) Elemento “suficiência da pena alternativa”:

d.1) As circunstâncias judiciais são favoráveis;

d.2) Há circunstâncias judiciais desfavoráveis, porém, a substituição é necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime;

d.3) Há circunstâncias judiciais desfavoráveis, porém, envolve delito de menor potencial ofensivo, ou que sofra suas influências, como na hipótese do art. 89 da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), ou da possibilidade de renúncia, retratação ou perdão pelo ofendido.

Para se entender a influência da necessidade desta alteração interpretativa, e legislativa, analisou-se dados empíricos produzidos em pesquisa científica (GAGLIARDI, 2018, p. 233-234). Detectou-se no referido estudo que em 38,2% dos casos das penas criminais aplicadas de até quatro anos, e que não houve substituição para pena restritiva de direito, poderia ter sido aplicada alguma das medidas despenalizadoras no sistema penal

brasileiro, considerados os delitos de menor potencial ofensivo; a suspensão condicional do processo; e a renúncia ou retratação ou perdão.

Verifica-se ainda na pesquisa (GAGLIARDI, 2018, p. 238-240) que das hipóteses em que não houve substituição de pena e seria possível juridicamente a aplicação de medida despenalizadora, a maior parte delas (58,2%), o regime aplicado foi o aberto. Em 33,3% dos casos foi aplicado regime semiaberto e em 8,4% o regime aplicado foi o fechado.

O regime aberto não se trata de cárcere, ainda se os Estados fossem dotados de estrutura adequada, como as casas do albergado. A maior parte das pessoas condenadas permanece em regime flexível de recolhimento domiciliar e ou somente interdições temporária de direitos, espécie de pena restritiva de direito, geralmente de menor rigor.

De acordo com a releitura proposta acima, supostamente, todas as hipóteses que circunscrevem a possibilidade de aplicação das referidas medidas despenalizadoras (índice de quase 40%), seriam casos de substituição de pena para restritiva de liberdade. A possibilidade de substituição se manteria mesmo se o delito fosse praticado com violência ou grave ameaça, ou se as circunstâncias judiciais fossem desfavoráveis ou mesmo se o réu fosse reincidente. A exceção estaria circunscrita às hipóteses em que a pena fosse incompatível com a pena de outras condenações (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 5º, 1940).

Além disso, somando-se as hipóteses reais de penas encarceradoras (41,7%), aplicando-se o entendimento jurídico acima, todas as referidas hipóteses, independente de regime de pena e os motivos legais, deveriam ter as penas sido substituídas para restritivas de direito.

O indicador de não-encarceramento iria aumentar a partir da primeira reflexão acima, acerca de se manter uma sistemática de substituição à pena restritiva de direito, considerada a pena individual aplicada de até quatro anos, independente de haver concurso de crimes.

Quer dizer que além de se aumentar os índices de aplicação das penas restritivas de direito, o que gera maior possibilidade de inclusão social, a interpretação influencia para reduzir os índices de encarceramento, o que faz evitar diversos males descritos pelos autores nominados de início.

O contexto dessas análises privilegia os princípios da preponderância, da necessidade, da suficiência, e da alterabilidade da pena alternativa (GAGLIARDI, 2018, p. 73-77; GOMES, 2007, p. 724; GRECO, 2008, p. 98-104), bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade material, minimizando-se os efeitos da seletividade penal, intervenção mínima e proporcionalidade (BARATTA, 2011, p. 203 e 207-208; GOMES, 2007, p. 842; GRECO, 2008, p. 65, 67 e 139; NUCCI, 2008, p. 72-73 e 75-76;

PRADO, 2013, p. 164, 171 e 709; REALE JÚNIOR, 2013, p. 17-20 e 31-32; SHECAIRA, 2013, p. 311 e 315; ZAFFARONI & PIERANGELI, 2015, p. 76-79), garantindo a prioridade e nova referência frente às demais sanções penais, mesmo que a pena alternativa aplicada, dependendo do caso, tenha maior rigor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propugnou-se pela reanálise dos requisitos para a aplicação das penas restritivas de direito, por meio da substituição às penas privativas de liberdade. As releituras propostas vinculam-se às normas que estabelecem regras de divisão acerca da gravidade do delito e a cominação de medidas despenalizadoras, principalmente ditadas pela lei 9.099/1995, leis de direito material e processual penal, a partir do mandamento constitucional.

Nessa senda, realizou-se um esforço hermenêutico, peculiar à dogmática jurídica, e não à criação de algo novo, ainda não descrito ou subsumido pela lei.

Pode-se observar que a legislação consolidou um modelo de alternativas penais, propondo instrumentos jurídicos que impeçam o processo ou o veredito de mérito ou a aplicação da prisão. Se tais instrumentos estão descritos e são cominados em vários tipos é porque há o entendimento de que essas condutas são de mínima ofensividade ou menor periculosidade social, portanto, incompatível com o cárcere ou penalização mais gravosa.

Desse contexto, em uma interpretação sistemática constitucional, privilegiando-se os princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, da preponderância da pena alternativa, da suficiência e da mínima afluência da pena para a reprovação e prevenção, a partir de estudos da criminologia, com base nos adágios da intervenção mínima e do modelo da clínica de inclusão social, os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, exceto o elemento “tempo da pena aplicada” (pena em concreto) por crime único, devem ser mitigados, a fim de excluir os demais quando a hipótese em concreto for compatível com as medidas despenalizadoras, ainda que apenas abstratamente.

Conclui-se desse estudo que se de uma conduta descrita como crime for cominada medidas despenalizadoras, como a composição civil de danos, a transação penal, a possibilidade de renúncia ou retratação da representação, e a suspensão condicional do processo, se a punição aplicada for de até quatro anos, considerado cada crime, a condenação a ser aplicada deve ser alternativa ao cárcere, independentemente de regime de pena e da quantidade de infrações. A possibilidade de substituição se manteria mesmo se o delito fosse praticado com violência ou grave ameaça, ou se as circunstâncias judiciais fossem desfavoráveis ou mesmo se o réu fosse reincidente.

Mesmo não sendo aplicável a hipótese acima (relacionada às medidas despenalizadoras), na opção de haver concurso de crimes ou de penas, se estas forem aplicadas em até quatro anos, consideradas individualmente, presentes os demais requisitos legais presentes no art. 44 da norma penal, as penas aplicáveis seriam as restritivas de direito.

A exceção estaria circunscrita às hipóteses em que a pena fosse incompatível com a pena encarceradora de outras condenações, conforme o art. 44, parágrafo 5º, do Código Penal. Outra exceção é a hipótese de crime de lesão corporal praticado com violência doméstica à mulher, tendo em vista previsão do art. 41, da Lei 11.340/2006 e seus preceitos.

Revelou-se ainda que a reinterpretação jurídica suscita efeitos pragmáticos relevantes durante a aplicação da pena criminal, ao privilegiar a restritiva de direito e reduzir as hipóteses de aplicação de pena de prisão (encarceradora).

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 17.ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio** - regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF, 2016. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Decreto-lei nº 2848, 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das contravenções penais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm >. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 7.209, 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm >. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei 7.210, 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 9.099, 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 9.714, 25 de novembro de 1998**. Altera dispositivos do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 10.259, 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 11.340, 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da CF, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Lei 11.343, 28 de junho de 2006**. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1036763/SP** (2017/0001578-0), 15 de fevereiro de 2017. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=69334642&tipo=0&nreg=201700015780&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170220&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 198186/RJ**, 05 de fevereiro de 2014. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=198186&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 239195/SP**, 07 de agosto de 2012. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=239195&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 334986/SP**, 03 de março de 2016. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=334986&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 588**, 13 de setembro de 2017. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=588&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424/DF**, 09 de fevereiro de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80617/MG**, 20 de março de 2001. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880617%2EENUME%2E+OU+80617%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hk6dw6t>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83768/RJ**, 30 de março de 2004. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883768%2EENUME%2E+OU+83768%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaf7x4ye>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84928/MG**, 27 de setembro de 2005. Relator: Ministro Cezar Peluso Primeira turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000092661&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103311/PR**, 07 de junho de 2011. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000176022&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 131160/MS**, 18 de outubro de 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28131160%2EENUME%2E+OU+131160%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jpvy6ct>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 131219/MS**, 10 de maio de 2016. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28131219%2ENU ME%2E+OU+131219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc5ksts>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 137888/MS**, 31 de outubro de 2017. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000335502&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 139717/SC**, 09 de março de 2017. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28139717%2E NUME%2E+OU+139717%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycoux4ol>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 141080/SP**, 27 de outubro de 2017. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=141080&classe=HC-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**, 29 de junho de 2016. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 719**, 24 de setembro de 2003. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Álvaro Mavrink. **Execução penal**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GAGLIARDI, Ricardo. **Microssistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins: diagnóstico, tendências e proposições**. 2018. 402f. Dissertação de mestrado em prestação jurisdicional e direitos humanos. Universidade Federal do Tocantins, 2018.

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

_____. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume II. 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Volume I. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

_____. **Direito penal do equilíbrio**. 3. ed. Niterói: Impetus. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas** – relatório de pesquisa. Rio de Janeiro - Secretaria de Assuntos Estratégicos: Livraria do Ipea, 2015. 100 p. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 27. ed. São Paulo: Atlas.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Volumes I e II. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Costa et al. Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação. **Boletim Científico**. Jan./mar., p. 53-67, 2002.

PIRES, Alvaro P.; DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pur une reconstruction du champ criminologique. **Criminologie**, v. 25, n. 2, p. 13-47, 1992.

PIRES, Alvaro P. Direito penal e orientação punitiva: um problema só externo ao direito? Em: KARAM, Maria Lúcia (coord.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVA, José Afonso de. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

ZAFFARONI, Eugêncio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.