

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A 'GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA' COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatela como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a inculcar na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

**AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE.**

**RESTRICTIVE RIGHTS PENALTY AS ALTERNATIVES TO THE PRIVATE
PENALTY OF FREEDOM.**

**Marcelo de Almeida Nogueira
Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento**

Resumo

O presente artigo científico tem por objetivo fazer uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade . É fato que , normalmente , os condenados voltam a delinquir . Pode- se pensar numa alternativa à esta verdadeira " falência " da pena privativa de liberdade . Nesta ordem de ideias , há que se lembrar que o próprio Código Penal dispõe das chamadas " penas restritivas de direitos " .As Penas Restritivas de Direitos parecem ter sentido , diferentemente da Pena Privativa de Liberdade. A Pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Palavras-chave: Direito penal, Pena privativa de liberdade : pena restritiva de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this scientific article is to analyze the effectiveness of the Deprivation Penalty. It is a fact that, normally, the convicted persons return to delinquent. One can think of an alternative to this real " bankruptcy " of the deprivation of liberty. In this order of ideas, it should be remembered that the Penal Code itself has so-called "restrictive rights penalties". Deprivation of Liberty. The Penalty cannot be seen, only, as a manifestation of State Power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Liberty deprivation: restrictive penalty of right

1 Introdução

O Homem, como sabemos, é um ser social, feito para viver em sociedade de forma harmoniosa. Só que muitas vezes essa harmonia é quebrada, seja por atos voluntários ou involuntários cometidos por seus membros. Tais atos muitas vezes geram simples desconfortos, como são os atos imorais - não ilegais -, atos que são resolvidos com pequenos acordos, como um pedido de desculpas por exemplo, visto que apesar de imoral, não é ilegal; porém em outros casos o desconforto ultrapassa o limite do que é legal e passa para o lado delituoso dentro de uma sociedade, transformando-se em um ou mais delitos.

Para restaurar a harmonia quebrada pelo delito e a fim de reequilibrar a sociedade, o Homem foi obrigado a criar formas para coibir tais ações delituosas. Criou assim as sanções penais, que tinham nos primórdios, a função básica de punir com severidade todos aqueles acusados de cometer qualquer tipo de infração que iria de encontro às leis vigentes naquela sociedade.

Mas o que são? Para que servem? Como defini-las? Quais tipos existem? Há formas alternativas? São perguntas feitas e que neste artigo traremos um posicionamento não como uma verdade real, mas sim, como um posicionamento contributivo que vislumbra alternativas de cumprimento de penas de forma que haja um “ganho social”, visto que através de medidas alternativas de sanções um apenado possa vir a ser ressocializado.

A forma de pesquisa utilizada foi através de obras escritas por renomados autores que tratam do assunto em pauta além da busca jornalística por matérias que mostram os resultados positivos que todos nós temos a ganhar como cidadãos. A verdadeira ressocialização.

2 Evolução Histórica das Penas

Antes de analisarmos as Penas Privativas de Liberdade que são adotadas nos dias de hoje – o que seria fácil –, é de vital importância voltarmos no tempo para podermos entender como tudo começou em relação às penas impostas; o porquê delas, suas finalidades e consequências para todos os envolvidos, os que as receberam, os que as adotaram e para a sociedade de uma maneira geral.

Para iniciarmos é de suma importância destacar uma das principais características do homem, que é a de não viver sozinho, em solidão. O homem nasceu para viver em sociedade, junto com os seus, com aqueles com quem se sinta bem.

Por este motivo nasceram o que eram chamados de clãs. Os clãs nada mais eram do que um grupo de pessoas que viviam em tribos, vivendo da caça e da pesca, em harmonia e com gostos e costumes em comum, sob regras determinadas entre eles. Regras estas que deveriam ser seguidas por todos, mas quando algum membro do clã cometia algo que era contrário aos costumes ou aprovação do restante de seus membros, pagava muitas vezes através de punições determinadas pelo grupo, punições que tinham naquela época um único objetivo: o de punir pelo seu ato errado sem qualquer tipo de compromisso com algum ensinamento.

Naquela época, e por total ignorância, o homem acreditava que estaria seguro apenas perto, próximo dos seus, e que se ficasse afastado do clã poderia ser vítima dos perigos que até ele desconhecia. Perigos esses que muitas vezes eram até mesmo de um clã para outro clã diferente em modos e costumes dos seus, tanto que muitas vezes os membros de clãs diferentes travavam batalhas entre si, onde o vencedor voltava para os seus, enquanto que o clã que tinha algum membro morto por um membro de um clã rival, deveria pagar na mesma moeda, ou seja, buscar a vingança e assassinar um membro do clã opositor.

Nota-se que desde aqueles tempos o sentido, a noção e os aspectos punitivos já mostravam um desenho do que estaria por vir na nossa humanidade. A punição como caráter mais vingativo do que o educativo, o que parece permanecer até hoje nos gostos de vários membros de nossa atual sociedade.

Durante os anos que se seguiriam, muitos tipos de penas nas mais diversas civilizações mundiais tornar-se-iam primordiais na essência da punição vingativa, como por exemplo o Código de Hamurabi¹ e sua Lei de Talião², que nada mais era do que o conhecido *olho por olho, dente por dente*, no que consistia que uma conduta errada tinha como a punição o pagamento na mesma moeda, ou seja, se alguém fizesse alguma coisa contra outra pessoa ou contra seu patrimônio, o ofendido, a vítima, tinha todo o direito de fazer com o acusado a mesma coisa que foi feita contra ela, tipo, se alguém matasse o filho mais velho de algum membro daquela sociedade, o pai ou a mãe do filho morto tinha o direito de matar um filho do

¹ Foi o primeiro código de leis da história e vigorou na Mesopotâmia, quando Hamurabi governou o primeiro império babilônico, entre 1792 e 1750 a.C.

² Era uma lei em que, quem cometesse o crime ou qualquer ato fora da lei tinha que pagar na mesma moeda.

acusado. Nota-se que a pena neste caso tinha a finalidade principal a vingança, não a ressocialização.

É importante destacar que esse tipo de pena não visava a ressocialização tampouco uma forma de dar ao acusado a oportunidade para que o mesmo pudesse refletir sobre os atos que havia praticado, mas sim, uma severa punição que servisse de lição para que os outros membros da sociedade em questão não tivessem vontade de fazer a mesma coisa, muito pelo contrário, vendo ou sabendo do exemplo dado como forma de punição, os outros membros da sociedade teriam total aversão para cometer os mesmos delitos, fazendo assim, a punição, com que o instinto coletivo da sociedade pudesse ter uma conduta de acertos e não de erros por ter visto o que aconteceria com quem cometesse algum tipo de conduta errada.

Ao longo do tempo muitas penas foram adotadas por diversas civilizações nos mais diversos períodos. Podemos citar na antiguidade a oferenda como exemplo de punição, onde havia um tipo que era o de oferecer algum tipo de animal – um bode, por exemplo – para que um determinado deus ou entidade divina pudesse perdoar o mal que havia sido feito por algum membro daquela sociedade, onde pegava-se um bonde, amarrava-se no animal um pedaço de pergaminho em que nele estava escrito o mal que tinha sido feito e soltava-se o animal no deserto para que aquele deus ou entidade divina aceitasse e perdoasse o membro ou até mesmo membros daquela antiga sociedade.

Outros tipos de penas que sem dúvida alguma tinham como a punição a barbárie foram amplamente utilizadas durante anos em diversos países, como na China, onde o livro das *Cinco Penas*³ determinava que a punição para todos os indivíduos que cometessem homicídio seria a morte, porém não uma morte qualquer, não, mas sim uma morte para deixar na lembrança da população a maneira que seria tratado todo aquele que cometesse tal ato delituoso, pois a punição nesse caso seria a morte em praça pública para que todos pudessem ver. Neste aspecto a China tinha na violência exacerbada talvez um dos ápices do caráter punitivo na humanidade, pois tratava por exemplo, aquele que havia cometido um roubo, com a perda de uma das mãos ou até mesmo um ou ambos os pés, aquele que cometesse estupro, com a castração de seu membro sexual.

O período da Antiguidade sem dúvida nenhuma ficou marcado, em questão aos tipos de penas, pelos cometimentos de muitos tipos de violência impostas pelos imperadores e/ou

³ Livro Chinês, que consagrava o talião e a vingança divina. A pena de morte era executada em público, a fim de servir de exemplo e purificação.

reis da época, como no Egito, onde as penas àqueles que cometiam algum tipo de transgressão eram as mais diversas, como por exemplo o confisco de bens, o trabalho escravo, a mutilação de membros do corpo e/ou a pena de morte, não necessariamente nessa ordem, impostos a todos aqueles acusados de crimes contra o faraó. Ressalte-se que nesse caso o trabalho escravo não tinha nada a ver contra aqueles considerados de raças diferentes, mas sim contra aqueles que cometiam crimes, fosse de qualquer raça.

Grandes filósofos, como Platão⁴ e Aristóteles⁵, também tinham suas opiniões sobre o motivo e a finalidade das penas impostas contra aqueles que cometiam crimes. Para Platão, o indivíduo melhoraria após o cumprimento das penas que lhes eram impostas, porque as penas eram advindas das leis, que tinham caráter divino, portanto, as penas levariam o indivíduo à reflexão, fazendo-o tornar-se melhor após o cumprimento das mesmas.

Já Aristóteles – que era discípulo de Platão – tinha um pensamento diferente. Para ele, a pena imposta àquele que cometia delitos serviria como exemplo para todos os outros membros da sociedade, porque quando os mesmos vissem o que aconteceria com eles caso cometessem os mesmos crimes, ou até mesmo outros, criaria um sentimento de medo, de pavor, de pânico tão grande que eles não teriam coragem para assim cometer tais delitos.

Com a chegada da humanidade à Era da Idade Média⁶, os atos de selvageria através das penas aplicadas aos acusados de cometerem delitos contra a sociedade permaneceram inalterados nas civilizações europeias, sobretudo devido aos bárbaros, que com a queda do Império Romano invadiram a Europa.

Caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervendo são apenas exemplos de como as penas naquela época eram aplicadas contra os acusados de terem cometido algum tipo de crime. Frise-se que não havia defesa e que uma vez acusado, o homem recebia uma penalidade deste tipo para que outras pessoas não cometessem atos criminosos.

⁴Filósofo matemático do período clássico da Grécia Antiga, autor de diversos diálogos filosóficos e fundador da Academia em Atenas, a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental.

⁵Filósofo grego durante o período clássico na Grécia antiga, fundador da escola peripatética e do Liceu, além de ter sido aluno de Platão.

⁶Período da história localizado entre os anos 476 e 1453.

Um grande fato noticiado por Michel Foucault⁷ foi durante a investigação de um homicídio, quando para saberem se o homem realmente era o autor do delito, foi-lhe determinado que andasse sobre ferro em brasa.

[...] na época do Império Carolíngio, havia uma prova para o acusado de homicídio em certas regiões do norte da França: o réu devia caminhar sobre ferro em brasa. Depois de dois dias, se permanecessem as cicatrizes, o réu era considerado perdedor da causa.

Durante este período medieval a Igreja exerceu grande influência nas decisões punitivas que as pessoas recebiam. Eram as chamadas decisões eclesiásticas, as quais tinham caráter totalmente sacrais.

Para o homem medieval todas as coisas eram derivadas de Deus, e por isso, coisas que eram julgadas erradas recebiam severas punições como castigo e em nome de Deus.

Como pudemos notar, as penas, desde os primórdios da humanidade, tinham caráter puramente punitivo, sem nenhuma intenção em fazer com que o punido fosse ressocializado, mas sim, recebesse uma terrível punição – geralmente a morte através da tortura – em praça pública, para que toda a população ou o maior número possível de cidadãos pudessem assistir o que aconteceria caso viessem a pensar em cometer algum tipo de crime.

Citaremos agora, para termos ideia de como eram as penas na Idade Moderna, a narração de Michel Foucault em sua obra “Vigiar e Punir”, de 1757:

[...] Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Gréve, e sobre um patíbulo que ali seria erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos a tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhes os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me.”⁸

⁷Filósofo, historiador das ideias, teórico social, filólogo, crítico literário e professor da cátedra História dos Sistemas do Pensamento, no célebre Collège de France, de 1970 até 1984

⁸FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, p.9.

Para tanto, estas punições geravam apenas medo e pânico na população, o que era o objetivo dos governantes para inibir qualquer tipo de possíveis delitos que pudessem vir a ser cometidos por qualquer um do povo. Ou seja, nada de melhor para o acusado, somente o fato de que ele serviria de exemplo a não ser seguido pelos outros cidadãos, tamanha barbárie com que era tratado.

3 As Penas Privativas de Liberdade hoje no Brasil

Para analisarmos as Penas Privativas de Liberdade que estão em vigor em nosso país, é preciso levar em consideração como as mesmas são tratadas no Código Penal.

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

SEÇÃO I

DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Regras do regime fechado

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Regras do regime semiaberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Como podemos observar, as Penas Privativas de Liberdade são divididas em Reclusão e Detenção.

A reclusão, conforme art. 33 do Código Penal, é dividida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção, em regime semiaberto ou aberto.

Existem muitos aspectos que envolvem as Penas Privativas de Liberdade, tais como o tipo de crime cometido, a conduta social do acusado, como por exemplo, sua Folha de Antecedentes Criminais, que pode ter um peso contra ou a favor do acusado, a reincidência ou não, são fatores que terão um papel fundamental na aplicação da pena e do regime que deverá ser adotado.

Talvez a grande diferença entre as penas de reclusão e de detenção está no regime fechado. Este regime, que é usado, conforme o art. 33, §2º, *a*, para condenados a penas superiores a oito anos, é o mais rigoroso, pois o condenado terá que começar a cumpri-la preso, dentro de uma Unidade Prisional de segurança máxima ou de segurança média, que torna ainda mais pesado o cumprimento da mesma.

Ressalte-se que quando uma pessoa recebe uma pena de reclusão, é porque o apenado cometeu um delito gravíssimo, como por exemplo o crime de homicídio, art. 121 do Código Penal, que tem pena abstrata de reclusão, de doze a trinta anos.

Podemos notar que o homicídio simples em si possui uma pena abstrata que é iniciada com seis anos, podendo chegar a vinte. Isto quer dizer que o apenado poderá começar

sua pena com um regime semiaberto ou até mesmo aberto, porém essa pena torna-se mais pesada conforme a gravidade do delito praticado pelo mesmo.

Como vimos, o problema do Brasil não está na severidade da sentença com que é tratado aquele que comete graves delitos, as penas privativas de liberdade estão aí para comprovar isso, mas um dos graves problemas é a alta população carcerária em nosso país, mesmo com os vários instrumentos que tratam dos benefícios penais, como regime de progressão de pena, regime semiaberto e regime aberto, conforme podemos observar nas matérias abaixo, a alta população carcerária sofre com riscos de doenças além da terrível rivalidade entre facções rivais.

Rebelião deixa ao menos 57 mortos em presídio no interior do Pará
Por Valor Com Folhapress e Agência Brasil — São Paulo
A Secretaria de Segurança do Pará confirmou que subiu para 57 o número de presos que foram mortos durante uma rebelião no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no Pará, na manhã desta segunda-feira (29). De acordo com o órgão, 16 detentos foram decapitados e o restante morreu por asfixia. (Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-ao-menos-57-mortos-em-presidio-no-interior-do-para.ghtml>).

Inteligência da PM do Rio vê risco de rebelião em presídios
CNN Brasil teve acesso exclusivo a documento; presídio no RJ já isola presos estrangeiros.
Um documento interno da Polícia Militar do Rio de Janeiro, ao qual a CNN **Brasil** teve acesso com exclusividade, aponta que a corporação prevê que medidas para evitar a proliferação do Coronavírus nos presídios possam causar rebelião e fuga entre os internos, da mesma forma que aconteceu em São Paulo nesta semana, depois de uma medida que suspendeu saídas temporárias. No caso paulista, mais de 1.300 presos fugiram.
(Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/19/inteligencia-da-pm-do-rio-ve-risco-de-rebeliao-em-presidios>)

Obviamente, diante do exposto, podemos observar que não é a falta de leis ou de penas o grande problema do Brasil em relação à criminalidade como um contexto geral, mas sim a falta de uma estrutura digna para os sentenciados.

4 As Penas Restritivas de Direito no Brasil

As Penas Restritivas de Direito são aquelas em que o condenado tem algum direito suspenso por determinado período, como por exemplo, proibição de frequentar determinados lugares.

Em seu então posicionamento, o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto⁹, foi muito feliz em sua colocação quando cita que uma pena em regime fechado é traumática, estigmatizante e onerosa para o cárcere.

As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois esta é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. [HC 97.256, rel. min. Ayres Britto, j. 1º-9-2010, P, DJE de 16-12-2010.]¹⁰

Em nosso ordenamento jurídico, através de nosso Código Penal, existem ferramentas que podem fazer, se empregadas de forma correta e com a devida atenção dada pelas autoridades competentes, com que muito do que acontece no Sistema Prisional diminua de intensidade, sobretudo em relação à superlotação e violência entre presos, entre outras coisas mais. São as Penas Restritivas de Direito, conforme consta em nosso Código Penal:

SEÇÃO II

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

⁹Jurista, advogado, magistrado, professor e poeta brasileiro. Foi ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2003 a 2012, tendo sido presidente daquela corte e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012.

¹⁰BRITTO, Ayres. HC 97.256. J. 1º-9-2010, P, DJE de 16-12-2010.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Interdição temporária de direitos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

Limitação de fim de semana

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Podemos observar o quanto de ferramentas existem para que os problemas da superlotação sejam diminuídos. O que realmente falta é vontade das autoridades para implantar mais esses tipos de sentenças em nosso cotidiano, pois assim poderíamos ter uma melhor e real ressocialização das pessoas que as cumprissem e teríamos no futuro uma melhora em nossa sociedade. Enquanto isso não se torna realidade, continuemos então com nossa explicação relativa às formas e tipos de Penas Restritivas de Direito.

Nas últimas décadas pudemos observar a explosão da violência nas metrópoles do nosso país. Mas o que levou realmente parte da população brasileira a optar pelo mundo do crime? Fatores como pobreza extrema, falta de perspectiva para uma vida melhor no futuro e falta de fé na educação são apenas alguns desses fatores que fizeram a criminalidade parecer sedutora e mais recompensadora para esta fatia da população que escolheu esse caminho.

Em continuidade por um caminho que parece muitas vezes que não tem retorno e em uma ciranda sem fim; ao ser preso e condenado, o cidadão depara-se com um sistema que faz de tudo para que ele não se torne um cidadão de bem, pois o que vemos é um Sistema Prisional covarde e totalmente despreparado e desinteressado para a ressocialização das pessoas que ali estão cumprindo suas sentenças, como podemos comprovar na reportagem abaixo, de 26 de abril de 2019.

Menos de 1/5 dos presos trabalha no Brasil; 1 em cada 8 estuda. Levantamento exclusivo do G1 revela números de presos que exercem algum tipo de atividade laboral e que estudam no país. A superlotação e o percentual de presos provisórios é maior que um ano atrás. Déficit de vagas chega a quase 300 mil. GloboNews mostra situação nos presídios.

(Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>)

Através dessa matéria exposta pelo G1, podemos ter a verdadeira dimensão do quão desinteressado o Estado está em relação à ressocialização dos presos. Dados contundentes de que de forma equivocada, a sociedade brasileira está preocupada apenas em colocar atrás das grades, mas que não se importa em como o preso sairá da prisão e como ele voltará a viver em sociedade.

A sociedade brasileira não está preocupada, e por esse motivo não cobra do Estado, na ressocialização dos presos, tampouco em quais condições eles estão sendo mantidos presos.

Temos maneiras de ao invés da privação de liberdade, adotarmos restrições de direitos, como prestação pecuniária, perda de bens e de valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana.

A grande verdade a ser dita é que o Brasil falhou e continua falhando em sua forma de dar a um cidadão, uma condição, uma chance de que ele possa se redimir de seus erros cometidos e começar uma nova vida, com uma nova profissão e com um novo nível intelectual que realmente o proporcione a perspectivas reais de maneira positiva.

“A sociedade e o estado esperam que o preso saia e recomece a vida longe do crime, mas a ele não é dado, durante todo o tempo que permanece no cárcere, nenhuma perspectiva, muitas vezes, de estudo e de trabalho”, afirma Máira Fernandes, coordenadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais do Rio de Janeiro e ex-presidente do Conselho Penitenciário do Estado.¹¹

A grande verdade é que a sociedade espera que o cidadão retome sua vida de maneira digna mas não quer dar o menor caminho para que ele chegue a uma real cidadania.

Debates sobre a violência no país são feitos diariamente e em todos os lugares e grande parte da população acha que a solução está na prisão dos delituosos e que todos os problemas estarão solucionados logo após a prisão, mas esquecem que no Brasil não existe pena de caráter perpétuo.

Apostar no encarceramento é investir na violência: a ação do Estado na produção do caos.

Por Camila Nunes Dias e Rosângela Teixeira Gonçalves, Núcleo de Estudos da Violência da USP. (Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-do-caos.ghtml>)

Para o Estado e grande parte da população brasileira, apostar em penas de privação de liberdade é a única solução para o combate ao crime e à violência, porém não possuem nenhum tipo de vontade para uma melhor ressocialização dos presos.

Mais grave ainda é verificar que, em regra, a resposta que essas mesmas autoridades oferecem são as mesmas promessas mágicas de sempre. As propostas – como podemos ver, por exemplo, no chamado pacote “anticrime” – apostam na continuidade do mesmo que vem sendo feito desde sempre, não se baseia em quaisquer das centenas de estudos e pesquisas que

¹¹Máira Fernandes, coordenadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais do Rio de Janeiro e ex-presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

estão à disposição das autoridades, não apresentam diagnósticos, metas, objetivos nem qualquer planejamento coerente que leve em consideração o quanto poderemos suportar – econômica, política e socialmente falando – a manutenção da política de encarceramento vigente e que reitera, fortalece e multiplica as condições para a perpetuação e a reprodução das tragédias. (Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-do-caos.ghtml>)

Como dizem Camila Nunes Dias¹² e Rosângela Teixeira Gonçalves¹³, a política do encarceramento é para o Estado e população a única solução para os crimes e violência instaurados em nossa sociedade como um todo, não há o menor senso de boa-vontade para aplicar com mais efetividade as penas restritivas de direito.

Em nosso país ainda se vive, mesmo que não de forma declarada, a política da Teoria Absoluta¹⁴, deixando de lado o art. 59 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É explicitado no Art. 59, IV do Código Penal que o juiz, desde que atendidos e preenchidos todos os requisitos determinados no *caput*, porém não há interesse social, somente o interesse da vingança, do toma lá, dá cá, o interesse em prender qualquer pessoa que cometa qualquer delito.

Como diz Greco¹⁵:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

É notório, como visto anteriormente, que há sim, em nosso ordenamento jurídico, leis e mais leis que buscam dar harmonia a nossa já tão combatida sociedade. Inclusive leis

¹²Socióloga, Graduada em Ciências Sociais, com licenciatura plena (2002), mestrado (2005) e doutorado (2011) em Sociologia pela Universidade de São Paulo

¹³Socióloga, Doutoranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC - UFABC. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

¹⁴ Teoria em que o Estado retribui ao apenado a condenação de acordo com o fato delituoso por ele cometido.

¹⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 22ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

que dão caminhos, que se forem seguidos, trarão mais resultados positivos para todos nós, como meios para uma verdadeira e concreta ressocialização. A sociedade não precisa como um todo, que órgãos governamentais ensinem a presos e até mesmo a crianças de comunidades carentes, atividades como capoeira e dança, mas sim, atividades educacionais que visem a busca pela excelência cultural. Fazer que a educação – a verdadeira educação, a que dá profissões – seja a verdadeira sedutora para as pessoas que buscam uma vida melhor após o cumprimento de suas penas.

Todos que sentam em bancos escolares dentro dos presídios ou fora deles, precisam enxergar que somente através do estudo, da educação, é que terão uma vida digna, poderão sim ter um caminho melhor.

5 Conclusão

Conforme todo o exposto nesse artigo científico pudemos verificar que é preciso mais do que leis e penas para que uma sociedade possa ter harmonia. É preciso antes de tudo, que haja uma unificação em prol da coletividade, na verdade, a verdadeira busca pelo conceito de nação – todos com um mesmo pensamento em busca de um ideal – que é a melhoria social como um todo.

Como já dizia Darcy Ribeiro¹⁶ em uma conferência em 1982: “Se os governantes não construírem escolas, em 20 anos faltará dinheiro para construir presídios”. E ao longo desses quase 40 anos, o que se fez em relação à educação foi simplesmente deixá-la à mingua.

Já não é nenhuma novidade perceber que o Sistema Prisional Brasileiro é uma universidade do crime, pois o homem entra no sistema carcerário para cumprir uma pena e acaba aprendendo como se faz coisas muito piores, porque dentro desses presídios há facções criminosas que torturam, matam, coagem, ameaçam todos que ali estão a entrarem para o crime organizado.

Nosso sistema prisional faliu, o regime fechado não ressocializa ninguém e por isso o que tem que ser revisto é a política de encarceramento que só faz com que seres humanos saiam dos presídios piores do que quando entraram.

¹⁶Antropólogo, historiador, sociólogo, escritor e político brasileiro.

Além disso, o que a sociedade tem que enfim entender é que o mais importante não é a entrada, mas sim a saída. Como sairá o cidadão que acabou de cumprir sua pena.

Há vários meios de ensinar o cidadão, mostrá-lo como podem existir boas perspectivas para uma melhoria em sua vida através do estudo e do trabalho ao cumprir Penas Restritivas de Direito. Nosso Ordenamento Jurídico, como vimos antes, nos dá uma gama de opções tais como: pagamento de multa, limitação de fim de semana, proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição do exercício de profissão, prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, entre outros meios que livrarão o preso do confinamento e darão a ele uma oportunidade para reflexão.

Para finalizar, é de vital importância que a sociedade pare de ver a pena imposta exclusivamente como um instrumento de vingança. A pena deve cumprir objetivos. Caso contrário vale apenas o arbítrio do Estado.

É preciso encontrar um sentido para a Pena Privativa de Liberdade. Ela não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Referências Bibliográficas

BECCARIA, Cesare Marchese di, *Dos Delitos e das penas*, Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

DIAS, Camila Nunes;**GONÇALVES**, Rosângela Teixeira. Apostar no encarceramento é investir na violência: a ação do Estado na produção do caos. G1, em 26 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-do-caos.ghtml>. Acesso em 06 de março de 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; Trad. Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1977.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 22ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

PENA: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. Âmbito Jurídico. O seu portal jurídico da Internet, 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>. Acesso em 06 de março de 2021.

TOLEDO, Luiz Fernando. Inteligência da PM do Rio vê risco de rebelião em presídios. CNN Brasil, em 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/19/inteligencia-da-pm-do-rio-ve-risco-de-rebeliao-em-presidios>. Acesso em 06 de março de 2021.

VELASCO, Clara;**REIS**, Thiago;**CARVALHO**, Bárbara;**LEITE**, Carolline;**PRADO**, Gabriel;**RAMALHO**, Guilherme. Menos de 1/5 dos presos trabalha no Brasil; 1 em cada 8 estuda. G1, em 26 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>. Acesso em 06 de março de 2021.