

2. As Penas e Medidas Alternativas

As penas e sanções, aplicadas aos homens ao longo da história, tiveram funções sociais, econômicas e políticas diversas que atendiam aos anseios de determinada época e atuavam na manutenção da ordem existente no momento. Assim, para compreendermos o avanço que representam as Penas e Medidas Alternativas hoje, é necessário que façamos uma breve retomada das formas de penas aplicadas e suas reais funções.

2.1. Contexto sócio-histórico do surgimento das penas alternativas à pena de prisão

Pensar em pena nos remete a lembrar as diversas formas de repressão já presenciadas pela humanidade para punir aqueles que contrariaram as normas estabelecidas e regras vigentes em uma sociedade num determinado momento. Para Bitencourt¹, a história do Direito Penal consiste na análise do Direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente. Para o autor, a importância da conotação assumida pelo Direito Penal somente será compreendida tendo como referência seus antecedentes históricos. Assim, desde os primórdios da humanidade já foi possível constatar indícios de penalidade fundamentados no senso de justiça de cada época. As sociedades sempre se viram preocupadas em coibir os comportamentos não aceitáveis. As penas impostas em cada momento histórico tiveram suas funções sociais, econômicas e políticas diversas que atendiam aos anseios de determinada época e atuavam na manutenção da ordem existente.

A pena então se tornou o meio indispensável para corrigir aqueles que por ventura transgredissem a moralidade das regras impostas socialmente e culturalmente pela maioria. Nesse contexto emerge o Direito Penal enquanto regra de conduta social, sendo o primeiro arcabouço jurídico organizado a surgir².

As penalidades eram no início apenas reações instintivas de cuidado individual fomentado, promovido pela vingança privada da própria vítima, de seus

¹ BITENCOURT, C. R., Tratado de Direito Penal, v. 1, p. 25.

² COSTA JR, P. J., Curso de Direito Penal, p. 12.

parentes ou do agrupamento social a que pertencia. Assim, a primeira forma de pena a ser considerada na história da humanidade é a vingança privada, que proporcionava à pessoa que sofreu um dano o direito de exercer a sua vingança. Sem parâmetros estabelecidos, a penalidade imposta pelo sentimento de vingança muitas vezes superava a agressão sofrida³. Na vingança privada não se impunham limites e a não havia observância da proporcionalidade entre o ato ilícito cometido pelo sujeito e a pena aplicada. Assim, os castigos eram movidos pelas emoções, o que extrapolava o mal sofrido e afetava outras pessoas da convivência do infrator. Posteriormente, com o surgimento do Código de Talião é que se começa a evidenciar a idéia de proporcionalidade entre o revide e a agressão sofrida, constituindo-se um avanço em relação à vingança privada. Esse código postulava o “olho por olho”, “dente por dente”, o que significava uma punição de mesma medida ao crime cometido.

Na Antiguidade e na Idade Média, confundiam-se entre si o Estado, a política e a religião, pois se afirmava que o soberano recebia o poder dado por Deus. O rei era o próprio Estado possuindo o poder da legalidade e de justiça e a pena era um castigo pelo qual se expiava o crime cometido, que era também considerado um pecado. Porém, com a evolução das sociedades e o surgimento do Estado, este passa assumir a função de punir e a desenvolver as leis que regem a punibilidade.

Dentre as modalidades de pena dessa época, conforme assinala Bitencourt, as mais utilizadas como a pena de morte, as penas corporais com mutilações e açoites e a tortura eram usadas como forma de descobrir a “verdade”. Mayrink da Costa⁴ diz que também eram utilizados a decapitação, o afogamento e a crucificação. Sutherland⁵ especifica ainda que além dessas, existiam a perda financeira, a degradação social e expulsão do grupo e o exílio ou degredo.

Assim, eram aplicadas penas consideradas cruéis, como a pena de morte e as penas corporais que se constituíam em torturas e castigos físicos. Os criminosos eram condenados a pedir perdão em praça pública, e a execução também era feita em público. Esse procedimento era chamado por Foucault de “o suplício”, constituindo-se em um verdadeiro “espetáculo dos horrores” e é

³ COSTA JR, P. J., *Curso de Direito Penal*, p. 12.

⁴ MAYRINK DA COSTA, A., *Direito Penal. Parte Geral*, v.1, p. 15.

⁵ SUTHERLAND, E. H., *Princípios de Criminologia*, p. 376.

descrito por ele como: “... condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas sinal de rancor ou de cumplicidade...”⁶.

Os castigos físicos possuíam características altamente ceremoniais, sendo executados como uma “melancólica festa de punição, uma cena”. Seu objetivo era firmar a peculiaridade sacral da pena, que era baseada na expiação da alma, para ensejar a divindade do soberano.

Tais penas tiveram uma importância fundamentalmente política, onde era necessário ao soberano, que representava o estado, se impor perpetuando o sistema e impedir revoltas através do exemplo.

A crucificação era utilizada pelos assírios, egípcios, persas, gregos, cartagineses e os romanos. Em Roma, essa pena era utilizada principalmente para escravos e rebeldes. Para judeus e romanos, quanto mais alta a cruz, mais grave havia sido o crime. A execução iniciava-se com açoites e varas. Depois, sua cabeça era imobilizada e suas mãos eram atadas a uma forquilha que serviria de estaca ou cruz. No trajeto até a crucificação o acusado era levado sob golpes e agulhadas. A crucificação era uma morte demorada. Por vezes, as pernas dos crucificados eram quebradas para que a morte se desse mais rápido⁷.

A decapitação consistia em separar a cabeça do corpo, geralmente com um machado ou espada. Depois foi inventada a guilhotina, muito utilizada na revolução francesa burguesa para execução em massa⁸.

No afogamento, vendavam-se os olhos do acusado e o açoitavam com varas. Colocavam uma pele de lobo pela sua cabeça e calçavam-lhe sandálias de madeira. Um carro puxado por bezerros levava o condenado até as margens da água onde ele era costurado dentro de um saco de couro de vaca e depois o lançavam ao mar ou ao rio⁹.

A degradação social consistia em formas de vergonha e humilhação destinadas a atingir o status social do indivíduo temporariamente ou permanentemente. Essa forma de penalidade era aplicada para crimes considerados menores como mendicância, rixas, embriaguez, pequenos furtos, falsificações, entre outros. A prática da degradação foi abandonada, pois se

⁶ FOUCAULT, M., Vigiar e Punir: nascimento da prisão, p. 49.

⁷ MAYRINK DA COSTA, A., Direito Penal. Parte Geral, v. 1, p. 1229.

⁸ MAYRINK DA COSTA, A., op. cit., p. 1240.

⁹ MAYRINK DA COSTA, A., op. cit., p. 1241.

constatou a inutilidade de sua aplicação, já que o apenado na maioria das vezes voltava a cometer novos delitos por estar estigmatizado e não conseguir retornar a vida em sociedade¹⁰.

O exílio ou degredo podia consistir tanto na proibição de entrada do indivíduo em determinado território quanto na proibição de sua saída. Assim, os réus não podiam sair de uma ilha a que tivessem sido transferidos, ou não podiam adentrar uma comarca da qual tivessem sido expulsos. Era comum, por exemplo, exilar condenados para colônias, a fim de auxiliar no povoamento e na conquista de novas terras. O degredo podia inclusive ser perdoado se o condenado aceitasse lutar em caso de guerra. Em ambos os casos a pena poderia ter caráter perpétuo ou temporário¹¹.

Os criminosos que não tivessem recebido uma sentença de morte eram frequentemente condenados ao exílio. Essa penalidade foi primeiramente realizada na Inglaterra que posteriormente passou a enviar os condenados para as suas colônias norte-americanas e em um segundo momento para a Austrália. Essa forma de punição era geralmente destinada aos considerados “vagabundos” e “falsos mendigos”. A partir de então vários outros países passaram a utilizar o degredo, enviando seus condenados para suas respectivas colônias, como por exemplo, Portugal que enviava exilados para as colônias de Brasil e Portugal; a Rússia que enviava para a Sibéria; a Itália que os enviava para as ilhas ao longo de sua costa.

Porém, o exílio não se mostrou muito eficaz, além de ser amplamente combatido pelas colônias e ser extremamente onerosos para a metrópole, razões que levaram ao abandono da utilização desse tipo de pena.

A perda financeira consistia em penalidades que atingiam o patrimônio do condenado e eram aplicadas sob a forma de confisco geral ou multa. Essa penalidade é característica de sociedades que possuíam uma organização política mais complexa, portanto já numa fase de maior desenvolvimento sociocultural e jurídico¹².

¹⁰ SUTHERLAND, E. H., Princípios de Criminologia, p. 377.

¹¹ SUTHERLAND, E. H., op. cit., p. 378.

¹² SUTHERLAND, E. H., op. cit., p. 390.

As penas financeiras possuíam um caráter redistributivo e o ofendido podia exigir indenização na proporção de sua perda. Era uma tentativa de restabelecer, ao menos no aspecto material, a situação anterior ao ocorrido.

No entanto, o rei passou a se beneficiar com a imposição dessas sanções, uma vez que passou a ser cobrada uma parcela em favor da coroa pela participação do estado no julgamento e pela perturbação da paz e da ordem. Assim, o que antes consistia apenas em ressarcir os danos causados a vítima, passou a ser uma das principais fontes de renda do estado. Nessa época, a prisão era empregada para compelir o réu a pagar a quantia estipulada.

A prisão nesse momento existia apenas com o intuito de garantir a presença do réu no julgamento ou execução, mantendo o acusado do cometimento de um crime devidamente custodiado. A Antiguidade não conheceu a privação de liberdade como uma sanção penal. Não havia uma instituição prisional única e exclusivamente com o intuito de aplicação desse tipo de penalidade. O que se configurava como pena era o que o indivíduo sofreria após a saída desse encarceramento momentâneo. O aprisionamento do acusado era apenas necessário para aplicar e executar a verdadeira sanção penal. Mayrink da Costa¹³ revela que “*a prisão era destinada a guardar homens e não para puni-los*”. Observamos com isso que o encarceramento do condenado possuía outro sentido. O mesmo autor revela que a prisão era uma espécie de “*ante-sala dos suplícios e da tortura*”.

Além disso, o encarceramento em maior escala naquela época seria muito difícil, pois não havia estrutura para o aprisionamento de um grande número de pessoas, já que não existiam instituições seguras o suficiente, assim como havia uma grande dificuldade de construir tais estabelecimentos, o que inviabilizou seu desenvolvimento. Ademais, ocorriam constantemente guerras, dificuldades em estabelecer sistemas de controle e falta de uma estrutura de segurança que guardasse essas instituições.

Assim, não existiam elementos suficientes que possibilitassem a existência de uma pena de prisão eficiente. Somente por volta de meados do século XVI, identifica-se o início do desenvolvimento das penas de prisão como forma de punição. Para Bitencourt¹⁴, o Direito Canônico contribuiu consideravelmente para

¹³ MAYRINK DA COSTA, A., Direito Penal. Parte Geral, v. 1, p. 1420.

¹⁴ BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, p. 34.

o surgimento da prisão moderna, e o vocábulo “penitência” deu origem à palavra “penitenciária”.

A “ pena de prisão” ou como é hoje mais conhecida, a “ pena privativa de liberdade”, surgiu com o intuito de substituir as penas corporais por se considerar uma forma mais “humana” de punição.

Assim, a pena privativa de liberdade passou a representar um grande avanço ao sistema penal daquela época já que passou a ser vista como uma solução para os comportamentos tidos como desviantes e considerados criminosos. Por volta de meados do século XVIII alguns pensadores ensejavam um movimento de ideias, definido como Iluminismo e que atingiu seu apogeu com a Revolução Francesa, que tinha como fundamento a razão e a humanidade. Esse movimento teve considerável influência sobre a reforma do sistema punitivo da época, já que suas leis imputavam penalidades de excessiva crueldade. Com isso tem-se a consolidação de um discurso humanitarista das sociedades que passavam pela revolução burguesa e industrial com a implementação do sistema capitalista. Além disso, no período moderno com a aclamação de valores como a democracia e a liberdade, a perda desses direitos teve um significado muito maior do que no período medieval.

A pena privativa de liberdade enquanto sanção penal por um delito cometido é a forma de punição privilegiada pelo sistema capitalista. Surge como uma das formas encontradas de controle social e de “disciplinamento das massas”¹⁵. Assim, essa forma de penalidade possui a sua funcionalidade, passando a dominar pela ideologia e não mais pela força ou pela humilhação em público.

Portanto, o nascimento da prisão se coloca na passagem de um regime penal que apontava para a destruição dos corpos do condenado e que refletia o poder absoluto do monarca, para então dar espaço a uma nova punição que, ao invés de massacrar os corpos, o poupava para que na sua produtividade se manifestasse o poder econômico capitalista. O entendimento geral do conservadorismo presente em toda a sociedade é a de que o aprisionamento daqueles que cometem delitos gera uma maior segurança. Nesse sentido, a exclusão social é vivida e sentida pelos que são marginalizados da vida em sociedade, e para eles é decretada a

¹⁵ FOUCAULT, M., Vigiar e Punir: nascimento da prisão, p. 118.

prisão como forma de vida e de existência, a única possibilidade que encontram no caminho.

O mundo da exclusão é constituída também de uma realidade em que tudo falta, e suas vítimas são, muitas vezes, responsabilizadas por isso. Se não reagem para transformar essa realidade, são consideradas acomodadas com a situação, perpetuando-a. Mas, por outro lado, há que destacar o fato de que a exclusão social é capaz de criar mecanismos que a tornam, muitas vezes, ao entendimento do senso comum, uma realidade aceitável.¹⁶

Assim, a realidade dos presos é a realidade da dupla exclusão, pois a situação de encarceramento que vivenciam já é fruto de uma exclusão, e dentro da prisão, são vítimas de todas as mazelas que a exclusão social é capaz de produzir. Além de ficar relegada a um segundo plano, a política penitenciária manteve – e mantém – um caráter de “ contenção dos excluídos sociais”¹⁷.

Assistimos um aumento, nas últimas décadas, das taxas de encarceramento com uma diminuição drástica de gastos públicos em políticas sociais. Dessa maneira, evidencia-se que tais ações possuem um caráter explícito de neutralização e contenção, sobretudo da juventude pobre. Esse processo evidencia-se como “passagem do estado caritativo para o estado penal”¹⁸. Pretende-se difundir na sociedade a ideia de que o aumento das taxas de encarceramento contribui na redução das taxas de criminalidade. Porém, o aumento do número de aprisionados não reduz esses índices e não alcança o objetivo esperado. Sobre esse aspecto, Wacquänt destaca que

O desdobramento desta política estatal de criminalização das consequências da miséria de Estado, opera segundo duas modalidades principais. A primeira e menos visível, exceto para os interessados, consiste e, transformar os serviços sociais em instrumento de vigilância e de controle das novas “classes perigosas”. [...] O segundo componente da política de “contenção repressiva” dos pobres é recurso maciço e sistemático ao encarceramento. Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento nunca visto em uma sociedade democrática, de 314% em vinte anos.¹⁹

Observamos dessa forma em que se constitui a funcionalidade intrínseca da privação de liberdade para o sistema. A exclusão social dos que perturbam a lei e

¹⁶ SIQUEIRA, J. R. O trabalho e a assistência social na reintegração do preso à sociedade, P. 58.

¹⁷ SIQUEIRA, J. R., op. cit., p. 59.

¹⁸ WACQUANT, L., Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, p. 17.

¹⁹ WACQUANT, L., op. cit., p. 27-28.

a ordem se constitui em um dos fatores intensificadores da funcionalidade do aprisionamento. Além disso, a pena de prisão responde aos anseios pelos quais passa a sociedade na sua sensação de insegurança e de violência.

O que a história do sistema punitivo nos mostra é que a exclusão social é não só o efeito imediato como a própria essência das medidas de privação de liberdade; a apropriação do tempo e da liberdade dos sujeitos, viabilizada pela privação de liberdade. É em si mesma um elemento punitivo da conduta que se quer abolir da ordem social, e abre a porta para a introdução de outras práticas punitivas a ela associadas.²⁰

Como podemos observar o que a privação de liberdade traz em sua gênese é a noção de controle social. Esse modelo tende a privilegiar a manutenção da ordem e da normalidade. Da mesma forma, nos deparamos com a existência de uma realidade carcerária que não condiz com a função última do sistema penitenciário de “recuperação social.” Sobre as condições de permanência nos cárceres, Torres destaca que:

O desrespeito aos direitos humanos de homens e mulheres presos no sistema prisional brasileiro caracteriza-se, principalmente, pelas constantes violações de integridade física e moral, como espancamentos, maus-tratos, condições insalubres de habitação, castigos arbitrários e ausência de atendimento médico. As humilhações de toda ordem à população carcerária e seus familiares são uma prática constante dos agentes do estado.²¹

Assim, infratores de alta periculosidade cumprem pena lado a lado com pessoas que cometem delitos de menor potencial ofensivo e em circunstâncias distintas, que poderiam estar submetidos a penas outras que não necessariamente a privativa de liberdade. A superlotação carcerária, as condições desumanas a que são submetidos os detentos, a violência e os abusos sofridos pelos mesmos ao adentrarem no sistema penitenciário fazem com que a medida privativa de liberdade reforce a lógica da violência ao invés de dissuadi-la. Diante dessa realidade, observamos a importância de nos apropriarmos do debate sobre as alternativas existentes à pena de prisão.

²⁰ ZAMORA, M. H., Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo, p. 50-51.

²¹ TORRES, A. A., Direitos Humanos e sistema penitenciário brasileiro: desafio ético e político do Serviço Social, p. 81.

Nos tempos atuais, a pena de prisão já não possui o mesmo caráter humanitário que em outros tempos, o que se observa através dos debates públicos realizados para contestar sua eficácia.

As penas e medidas alternativas possuem uma trajetória mais recente. Em meados do século XIX tem início uma crise no sistema carcerário que veio acompanhado de questionamentos acerca dos objetivos propostos pelo sistema e se os mesmos estavam sendo de fato alcançados. Com os problemas apresentados pelo sistema penitenciário, passaram a existir muitas posições contrárias ao sistema de encarceramento que questionam a lógica perversa do “Estado Penal Máximo” e que debatem alternativas e essa forma de punibilidade. Assim, já no início do século XX começam a surgir propostas de outras formas de punição que não a prisão, principalmente para os crimes considerados de menor potencial ofensivo.

Com o propósito fundamental de garantir a dignidade da pessoa humana, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Reconheceu “a dignidade inerente a todos os homens como fundamento de sua liberdade, da justiça e da paz no mundo” e enfatizou na ocasião que o “desprezo e o desconhecimento dos direitos do homem resultaram historicamente em atos de barbárie” atentados contra a humanidade²², que inclusive contemplou a questão da prisão em alguns de seus artigos.

Ademais, houve a imperiosa necessidade de que os direitos humanos fossem protegidos através de um regime jurídico eficaz para que o homem não seja compelido à revolta, à tirania e à opressão.

Em razão do significado ímpar da Declaração de 1948, que constitui uma verdadeira “Constituição Ética Universal”²³ por consagrar um conjunto de valores comuns a toda humanidade, e por outro lado, considerando que a pena de prisão nos dias atuais constitui a síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis, e constatando não ser necessária para crimes de menor potencial ofensivo, é a partir de suas regras fundamentais que se partiu para

²² Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

²³ Expressão utilizada por GOMES, L. F., Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 21.

a compreensão e estudo das penas e medidas alternativas e para os primeiros passos rumo a sua implementação nos sistemas penais de cada sociedade.

A Organização das Nações Unidas tem como eixo principal a preocupação com a pessoa humana e sempre norteou suas ações no sentido de estimular seus estados membros a especial atenção a questão das prisões, principalmente porque desde seu nascimento, sempre ensejou abusos e arbitrariedades. Assim, em seu primeiro Congresso em Genebra no ano de 1955, lançou as “Regras Mínimas para Tratamento do Recluso”. Nessa época, difundia-se a ideia de que as causas do crime tinham sua origem no indivíduo e não em questões de cunho social. Logo, a solução para a questão passou a ser o tratamento do recluso e acreditava-se que dessa forma não haveria mais reincidência. Notou-se rapidamente a inviabilidade da tentativa de “ressocializar” o condenado dentro da prisão.

Assim, a partir de encontros entre juristas no Brasil surgiram novas discussões para alterar o Sistema Penal, pensando na reintegração social e nas alternativas penais. Na década de 80, o Ministro da Justiça constituiu uma comissão para apresentar modificações na Parte Geral do Código Penal. O resultado foi a sua alteração através da lei nº 7209/84 com a qual foi criada as penas alternativas e substitutivas à pena de prisão.

Posteriormente, em 14 de dezembro de 1990, nasceram as Regras de Tóquio através da Resolução 45/110 que trata das Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de penas não privativas de liberdade, de acordo com os preceitos de dignidade da pessoa humana presentes na Declaração dos Direitos Humanos. Dentre as principais regras mínimas podemos destacar:

- Equilibrar os direitos dos beneficiários, da vítima e da sociedade;
- Importância das próprias sanções e penas não privativas de liberdade como meio de tratamento dos beneficiários;
- Utilizar-se do princípio da intervenção mínima do Direito Penal;
- Capacitação dos profissionais envolvidos;
- Organização de palestras, seminários e outras atividades que levem à conscientização dos efeitos e da eficiência das penas alternativas;

A lei nº 9099/95 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, implementando a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor complexidade, o que permitiu a aplicação das penas e medidas alternativas para crimes de menor potencial ofensivo. Além

disso, foram introduzidos novos institutos na área penal que são denominados de transação penal e suspensão condicional do processo, que fizeram com que a sociedade alcançasse a uma efetiva implementação das penas e medidas alternativas.

As Penas e Medidas Alternativas se constituem em formas de punibilidade alternativas à pena de prisão que são impostas a um indivíduo que tenha cometido um ato considerado crime pela lei e pela sociedade. Damásio²⁴, autor que mais discute a questão das Penas Alternativas atualmente, remete-se às Regras de Tóquio para traçar o seu conceito e clarificar o seu significado. Segundo o autor, as Regras de Tóquio estabeleceram que “*alternativas penais constituem sanções e medidas que não envolvem a perda da liberdade*²⁵”. Assim, medidas “não-privativas de liberdade” referem-se a uma providência qualquer sobre uma pessoa acusada ou não de um delito ou crime, e a ela são impostas condições ou obrigações que não a privação de sua liberdade.

Antes da lei nº 9714/98, que modificou profundamente o Código Penal, existiam apenas seis modalidades de penas alternativas: a multa, a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana, a proibição do exercício de cargo ou função, a proibição do exercício de profissão e a suspensão da habilitação para dirigir veículos. E com essa nova lei passam a existir outras quatro novas modalidades de alternativas penais: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a proibição de frequentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

As penas e medidas alternativas pretendem se colocar como instrumentos de transformação do beneficiário e da sociedade na forma de agir e de pensar. O processo de aplicação da pena alternativa oferece momentos de reflexão sobre a realidade, sobre o dano causado pela infração cometida e sobre as possíveis soluções para os erros. Tem como objetivo desenvolver a consciência social e busca oportunizar o contato com novos conceitos e valores.

²⁴ DAMÁSIO, J., *Penas Alternativas: anotações à lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998*, p. 47.

²⁵ Regras de Tóquio – Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, Introdução.

2.2. Diferença entre Pena e Medida

Ao pesquisar sobre o assunto em questão, deparamo-nos com diferentes expressões que acompanham a palavra “alternativa”, havendo entre essas expressões uma divergência sutil, mas substancial sobre o conceito de Penas Alternativas e de Medidas Alternativas. Por vezes, essas terminologias causam confusão quando não se observa a diferença de aplicabilidade descrita na lei, passando a impressão de significarem a mesma coisa. Porém, existem entre as duas expressões diferenças de sentido e diferenças entre as formas de pena aplicadas, ou seja, quais são de fato as penas que se aplicam para a utilização de cada expressão.

Nesse sentido, o primeiro ponto a ser destacado é que tanto as penas alternativas quanto as medidas alternativas compõem o gênero “Alternativas Penais”, sendo ambas dessa maneira classificadas. Assim, quando precisamos fazer referência a penas e medidas alternativas em conjunto devemos falar em “Alternativas Penais”.

Na legislação brasileira, a possibilidade de aplicação das Penas e Medidas Alternativas encontra-se traçadas no Código Penal²⁶, denominadas como “Penas Restritivas de Direitos”. Nessa parte temos descritas as Penas e as Medidas que são alternativas à pena de prisão, e que por isso receberam tal denominação. São de maneira genérica classificadas pela legislação como “Penas Restritivas de Direitos”, pois não tiram do indivíduo a sua liberdade total, apenas “restringem” e limitam em certos aspectos da vida social do sujeito a sua possibilidade de liberdade total, levando-o a se submeter às determinações impostas pela lei.

Conforme esclarece professor Damásio, *“medidas alternativas são meios de que se vale o legislador visando impedir a que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade”*.²⁷ Em outras palavras, as medidas alternativas têm um caráter de inaplicabilidade de uma pena que possa ser imposta sobre a pessoa que tenha cometido determinado delito. A fiança, o *sursis*, a suspensão condicional do processo, o perdão judicial, são também chamadas de “medidas não-privativas de liberdade” e são exemplos de

²⁶ Decreto-lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940 – Seção II (Das Penas Restritivas de Direitos), amplamente modificado pela Lei nº 9714 de 25 de novembro de 1998.

²⁷ DAMÁSIO, J., Penas Alternativas: anotações à lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, p. 28.

medidas que não tiram do indivíduo a sua liberdade e que possuem a finalidade de não se abater sobre o infrator uma pena, principalmente a privativa de liberdade, podendo ser aplicadas até mesmo antes do julgamento.

Já as Penas Alternativas, segundo Damásio, “*são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporária de direito, pertencendo ao gênero das alternativas penais*”.²⁸ O autor, citando Julita Lemgruber diz que para ela as Penas Alternativas “*são formas de punição diferentes do encarceramento*”.²⁹ Sendo assim, podemos dizer que as Penas Alternativas são formas de pena diferentes da pena privativa de liberdade.

Portanto, a Prestação de Serviços à Comunidade está enquadrada como uma “pena” alternativa, que foi imposta com caráter de penalidade que se estabelece por um crime cometido, não sendo apenas uma substituição da pena privativa de liberdade.

2.3. Processo de instalação da Central de Penas e Medidas Alternativas na comarca de Duque de Caxias

Em outubro de 1988, técnicos de Serviço Social foram lotados nas Varas de Execuções Penais e a partir de então iniciaram pesquisas e estudos que constataram a necessidade de priorizar projetos que contemplassem as penas restritivas de direitos, em especial a Prestação de Serviços à Comunidade como alternativa a pena de reclusão.³⁰

Apesar das penas e medidas alternativas estarem previstas no Código Penal atual (lei nº 7209 de 1984), estas eram pouco aplicadas no Brasil, pois não havia na época uma estrutura que pudesse suportar essa nova demanda o que dificultava o Poder Judiciário e o Ministério Público de fiscalizar o andamento das penas.

Assim surgiu o primeiro projeto de monitoramento da pena de Prestação de Serviços à Comunidade que foi implantado efetivamente em 1991, inicialmente em Varas de Execuções Penais e posteriormente nas Centrais de Penas e Medidas Alternativas. Assim que as Centrais passaram a ser implementadas, iniciaram-se

²⁸ DAMÁSIO, J., Penas Alternativas: anotações à lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, p. 29.

²⁹ DAMÁSIO, J., op. cit., p. 29.

³⁰ Informação retirada de Manuais Internos da Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Duque de Caxias.

as parcerias com as instituições da sociedade civil e entidades públicas que são atores importantes para o sucesso do projeto.

Nesse contexto surge a Central de Penas e Medidas Alternativas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro baseada na lei nº 9.099 de 1995 e na lei nº 10.259 de 2001 que instituíram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM) no âmbito da Justiça Estadual e Federal. Estes Juizados foram criados para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor complexidade, aumentando as oportunidades de reparação consensual dos danos da infração cometida. Além disso, essas leis levam em conta o art. 5º inciso XLVI³¹ da Constituição Federal que versa sobre os tipos de pena a serem aplicadas na nossa sociedade e corroboram com a lei nº 9.714 de 1998³² que ampliou consideravelmente o rol das penas restritivas de direitos e implementou novos parâmetros para a execução da prestação de serviços à comunidade.

A lei estadual de nº 2.556 de 1996 estabeleceu a criação de 30 Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais na capital do estado vinculados as suas respectivas regiões administrativas. No interior estavam previstos a criação de 32 Juizados Especiais Cíveis e Criminais³³.

O Ministério da Justiça, em setembro de 2000, lançou o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas como diretriz do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Este passou a ser executado pela gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA) que se tornou subordinada a Secretaria Nacional de Justiça. O Programa teve como principal finalidade implementar as ações que se fizessem necessárias para que se tornasse viável a aplicação das penas e medidas alternativas no Brasil, através de assessoria, informação, capacitação de pessoal e instalação de equipamentos públicos em todo território nacional.

³¹ Art. 5º Inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;
 b) perda de bens;
 c) multa;
 d) prestação social alternativa;
 e) suspensão ou interdição de direitos;”.

³² Lei que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1948 – Código Penal e ampliou o quadro das penas restritivas de direitos, entre elas a prestação de serviços à comunidade.

³³ Informação retirada do site http://www.tj.rj.gov.br/institucional/juiz_especiais/juiz_especiais.jsp.

Em um primeiro momento, foram realizados convênios com os Estados para o estabelecimento das Centrais de Apoio junto às respectivas Secretarias de Estado e Tribunais de Justiça. No Rio de Janeiro, as Centrais de Penas e Medidas Alternativas iniciaram suas instalações nos Tribunais de Justiça do Estado no ano de 2001, integrando-se aos preceitos colocados pelo CENAPA.

A CENAPA, com o intuito de legitimar e consolidar as alternativas penais como política pública de prevenção criminal, em fevereiro de 2002, constituiu a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) que é um órgão consultivo integrante da Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. A CONAPA tem como principais objetivos:

- a) contribuir na elaboração de planos nacionais que versem sobre Sistema de Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos;
- b) propor fóruns públicos para debater a Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas;
- c) sugerir projetos de alteração legislativa no âmbito das penas e medidas alternativas;
- d) estimular a aplicação dos substitutivos penais e zelar pela qualidade do monitoramento da execução das penas e medidas alternativas em todas as unidades da federação;
- e) difundir as penas e medidas alternativas como instrumento eficaz de punição e responsabilização;
- f) estimular as parcerias entre os operadores do Direito, as autoridades públicas e a sociedade civil organizada;
- g) divulgar experiências bem sucedidas e fomentar sua aplicação em todas as unidades da federação;
- h) estimular a realização de estudos científicos, com vistas ao aprimoramento das normas jurídicas sobre alternativas às medidas privativas de liberdade e a produção de dados nacionais sobre o tema; e
- i) sugerir alterações no regimento interno.³⁴

Em dezembro de 2002, foi publicado pela CENAPA o Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas cuja metodologia contém a

³⁴ As informações aqui descritas sobre os objetivos do CONAPA foram retirados do site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMIDC8299C7631FC4B2DB026291C7A8B295BPTBRNN.htm>

descrição e o detalhamento dos procedimentos técnicos para a formalização da rede social, avaliação, encaminhamento e acompanhamento do beneficiário das penas e medidas alternativas. O Manual foi entregue a todas as unidades da federação pelo Ministério da Justiça, que apostou no fortalecimento do Programa Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas.

Em julho de 2006, houve uma reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça com a criação de um órgão executivo intitulado de Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), ligado à Diretoria de Políticas Penitenciárias do DEPEN, alcançando assim um novo patamar da política federal voltada às Penas e Medidas Alternativas. A Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas possui como principais competências:

- a) desenvolver a Política de Fomento às Penas e Medidas Alternativas nas unidades da federação;
- b) produzir e divulgar informações sobre a aplicação, execução e monitoramento das penas e medidas alternativas no Brasil;
- c) assessorar as unidades da federação no desenvolvimento da política estadual de monitoramento da execução das penas e medidas alternativas;
- d) analisar as propostas de celebração de contratos e convênios para execução de serviços dentro de sua área de atuação;
- e) capacitar equipes de monitoramento da execução das penas e medidas alternativas que atuam nas unidades da federação;
- f) monitorar os convênios firmados com recursos do Fundo Penitenciário Nacional que versem sobre sua área de atuação;
- g) consolidar materiais e métodos que orientem o desenvolvimento do monitoramento da execução das penas e medidas alternativas, através da definição de diretrizes e manuais de gestão;
- h) emitir pareceres, notas técnicas e informações administrativas sobre assuntos relacionados à sua área de competência.³⁵

³⁵ As informações sobre as competências do CGPMA acima descritas foram retiradas do site: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>

Já em setembro de 2006, foi divulgado o Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas que apresentou o primeiro diagnóstico nacional sobre a realidade da execução das penas e medidas alternativas. Elaborado com o apoio do escritório brasileiro do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD Brasil), a pesquisa ofereceu uma estudo sobre a situação em 9 capitais (Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo) e no Distrito Federal que compreendeu desde a caracterização sócio-econômica daqueles que receberam algum tipo de alternativa penal em substituição à privação de liberdade até dados de seu efetivo cumprimento, identificando também os crimes que ensejam a referida substituição e as modalidades de penas e medidas alternativas mais aplicadas.

Estão sendo criadas Centrais de Penas e Medidas Alternativas no estado do Rio de Janeiro para que cada vez mais cidades e municípios possam ser beneficiados com a aplicação dessa modalidade de pena. Nesse sentido é que a Interiorização dessas Centrais servem de mecanismos aos Juízes para uma maior quantidade de aplicação das penas substitutivas e alternativas, objetivando resultados eficazes no auxílio à Segurança Pública. A Central de Penas e Medidas Alternativas na comarca de Duque de Caxias no Rio de Janeiro foi instalada em 26 de fevereiro de 2003.

Segundo dados disponibilizados no site do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, em 24 de abril de 2008³⁶ o quadro dos Juizados Especiais no Estado do Rio de Janeiro está disposto da seguinte maneira:

Distribuição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais das comarcas da Capital e do Interior do Estado do Rio de Janeiro:

Juizados Especiais	Instalados
Cíveis da Capital	27
Criminais da Capital	14
Cíveis do Interior	38
Da Violência e Familiar contra a Mulher e Especiais Criminais do Interior	11

³⁶ Seguimos a data da última atualização dos dados que estão disponibilizados no site do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Atualizações mais recentes ainda não foram disponibilizadas.

As Centrais de Penas e Medidas Alternativas possuem uma determinada estrutura física e de pessoal para o seu bom funcionamento. Assim, juntamente com o Serviço Social, há outros profissionais que trabalham integrados na busca de um melhor atendimento à população usuária e na implementação e realização de um trabalho efetivo que alcance os objetivos da aplicação de uma alternativa penal.

Com o intuito de simplificar o entendimento acerca dos profissionais que atuam nas Centrais de Penas e medidas Alternativas, subdividiremos o quadro de profissionais em operadores do direito e operadores do social.

Como operadores do direito temos os técnicos judiciários e seus estagiários. Os técnicos possuem diversas especialidades e os estagiários são geralmente da área do Direito. Eles têm como principal função acompanhar e monitorar os processos dos usuários que cumprem uma pena ou medida alternativa. Os oficiais de justiça têm a função de levar a intimação na casa dos usuários quando é necessária a presença do apenado durante o processo de cumprimento da medida. Um coordenador, que tem como função o monitoramento de toda a Central, auxiliando nas questões que são apresentadas e estabelecendo diretrizes para o seu funcionamento, além de assessorar juridicamente a equipe técnica. Um defensor público destinado a defender aqueles que passam por um processo no Jecrim e que possam ter como penalidade uma pena ou medida alternativa. O juiz de direito que estabelece o tempo da pena e o tipo de medida a ser cumprida, além de realizar audiências e estabelecer prazos a fim de que o trabalho seja realizado de maneira eficiente. O promotor de justiça, profissional do Ministério Público, é o fiscal da lei e se manifesta sobre a natureza e o tempo da medida imposta, auxiliando a decisão do Juiz.

Como operadores do social, temos os assistentes sociais e os psicólogos. Os assistentes sociais têm como principais funções executar programas e projetos em sua área, dentro dos princípios éticos da profissão, percebendo o beneficiário das penas e medidas alternativas como sujeito de direitos e deveres que apresenta demandas nas mais diversas áreas. Deve atuar de forma integrada com o estabelecimento de uma política integral de assistência. Além disso, tem como função o monitoramento e o acompanhamento de todos os beneficiários da lei. Sobre esse profissional, falaremos de forma mais aprofundada no terceiro capítulo. Os psicólogos têm como função principal nortear a compreensão da pena

ou medida alternativa para além da perspectiva da punição, fazendo o indivíduo perceber que possui uma história pessoal, valores a serem preservados ou questionados e expectativas com relação ao benefício e ao futuro. Sua implicação produz efeitos no decorrer de seu cumprimento possibilitando a redução de eventuais intercorrências.

No momento, a Central de Penas e Medidas Alternativas de Duque de Caxias atua com uma equipe interdisciplinar composta por 3 assistentes sociais e 2 psicólogas, que são responsáveis pelo atendimento, encaminhamento e acompanhamento dos apenados que se dirigem às instituições conveniadas para cumprimento da medida imposta. Além disso, recebe estagiários de Serviço Social que colaboram no trabalho.³⁷

A Central de Penas e Medidas Alternativas trabalha no acompanhamento e fiscalização das penas aplicadas nas Varas Criminais e no Juizado Especial Criminal, monitorando e encaminhando o beneficiário para as instituições conveniadas, visando contribuir através do caráter sócio-educativo da medida aplicada ao apenado para toda a sociedade.

Segundo dados colhidos na própria Central de Penas e Medidas Alternativas de Duque de Caxias, já existem mais de 4.500 processos tombados e arquivados e cerca de 600 pessoas do Município já foram beneficiadas com a aplicação dessa modalidade de pena.

A Central de Penas e Medidas Alternativas localizada no fórum da comarca de Duque de Caxias foi o local escolhido para realizarmos a pesquisa empírica. Esta Central atende todos aqueles que receberam uma pena ou medida alternativa que residam ou tenham cometido o ilícito neste município.

Na comarca de Duque de Caxias, a Central de Penas e Medidas Alternativas trabalha com a Prestação de Serviços à Comunidade e com a Prestação Pecuniária que se divide em cesta básica, cesta de higiene e limpeza e pena pecuniária.

2.4. Aplicação das Penas e Medidas Alternativas

Há diversas leis que prevêem e que são pertinentes à aplicação das penas e medidas alternativas. Em 1984 foi criada a lei nº 9.209 que reformou de forma

³⁷ Entre ago/2006 e jul/2007 fui estagiária da Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Duque de Caxias, fato que influenciou na escolha do tema desta pesquisa.

profunda algumas partes do antigo Código Penal que não mais atendia aos anseios da sociedade e não se adequava à nova realidade cultural brasileira. A referida lei introduziu no Código Penal as penas restritivas de direitos e a forma de sua aplicação.

Em 1988 com a Constituição Federal as penas restritivas de direitos tiveram seu princípio constitucional inscrito no artigo 5º em seu inciso XLVI que diz: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

Notamos a preocupação do constituinte em abarcar e posteriormente regulamentar as alternativas penais, o que ocorreu com a lei nº 9099/95 de criação dos Juizados Especiais Civis e Criminais. Porém, como já vimos anteriormente, a reforma mais significativa para as penas e medidas alternativas na legislação penal brasileira ocorreu com a promulgação da lei nº 9714 de 1998 que aumentou o rol de penas restritivas de direitos, indicando sua substituição quando aplicada uma pena privativa de liberdade e deu maior atenção à modalidade de Prestação de Serviços à Comunidade.

Segundo Bitencourt³⁸, a norma penal é composta de duas partes. Na primeira parte a lei prevê o preceito que contém a proibição ou o comando, ou seja, a ação proibida. Na segunda, a lei indica a sanção ou a punição caso aquela ação seja de fato efetuada. Entretanto, para as penas e medidas alternativas, foram criados os requisitos básicos a fim de que a pena imposta pela lei possa ser substituída por uma alternativa penal.

Assim, os referidos dispositivos legais que introduziram ou retificaram as penas e medidas alternativas também impuseram alguns requisitos normativos básicos do ponto de vista legal que são necessários para que o apenado tenha direito ao benefício da pena alternativa. Esses requisitos estão descritos no art. 44 da lei 9714/98 e hoje faz parte do Código Penal. São eles:

³⁸ BITENCOURT, C. R., Tratado de Direito Penal. Parte Geral, v. 1, p. 41.

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

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.³⁹

Assim, não é qualquer pessoa que pode ser beneficiada com uma alternativa penal. Para que seja aplicada uma pena ou medida alternativa há a necessidade de combinação dos citados pressupostos legais. Em geral, podemos dizer que para os chamados “crimes de menor potencial ofensivo” há uma maior possibilidade de aplicação de uma pena ou medida alternativa. Porém, o tipo de delito é apenas um dos fatores que determina a substituição. É necessário que todos os requisitos estejam presentes simultaneamente. Esses requisitos mostram a preocupação da lei em não permitir que haja improcedências na aplicação desse tipo de penalidade.

A partir da leitura da letra da lei, podemos perceber que os pressupostos para que haja a substituição estão relacionados com o tipo de crime cometido e com o agente que cometeu o delito. Dessa forma, é necessário que se analise cada caso para saber se em determinada situação poderá ou não ser aplicada uma pena alternativa e verificar se todas as exigências legais estão presentes no caso real.

O primeiro requisito básico para que seja aplicada uma pena ou medida alternativa é que a pena privativa de liberdade imposta não seja superior a quatro anos. Deve-se ressaltar, entretanto, que a quantidade de pena a que a lei se refere – quatro anos – não é a pena imposta na segunda parte da lei ao tipo de delito cometido. A quantidade de pena a que se refere o requisito básico é a pena efetivamente aplicada pelo juiz na sentença com vistas à condenação do réu, e depois é feita a sua conversão para uma pena ou medida alternativa correspondente.

Os crimes dolosos são aqueles em que o sujeito deseja o resultado do crime, ou seja, o sujeito tem a intenção de praticar o crime e nele está manifestada a sua vontade. Já os crimes culposos, que é desse que trata um dos requisitos para pena alternativa, são aqueles que o agente não desejava o resultado do fato, mas por

³⁹ Art. 44, Código Penal – Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

“negligência, imperícia ou imprudência” – que são os pressupostos que caracterizam a culpa – o crime aconteceu. Quando o crime é considerado de natureza apenas culposa, a pena pode ser substituída por uma pena alternativa. E vale ressaltar que neste caso, a substituição da pena aplicada, mesmo ultrapassando o limite de quatro anos, pode ocorrer da mesma maneira, já que o próprio texto do artigo 44 anteriormente citado descreve: “...*qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposo*”. Assim, independente da quantidade de pena fixada, em casos de crimes culposos a pena alternativa pode ser aplicada.

Outra exigência dos requisitos básicos é que o crime não tenha sido cometido “*com violência ou grave ameaça à pessoa*”. Esse requisito objetivou principalmente uma maior proteção da sociedade contra crimes violentos.

Para que haja a substituição de pena privativa de liberdade em restritiva de direito o réu também não pode ser reincidente em crime doloso. Há divergências entre autores juristas sobre essa questão. Alguns dizem que apenas a reincidência em crime doloso é que acarretaria a impossibilidade de aplicação de uma pena alternativa. Já outros autores dizem que qualquer tipo de reincidência, tanto em crime doloso como culposo já seria motivo de impedimento. Assim, a discussão acerca da reincidência neste caso leva a variadas considerações e interpretações. Mas para fins de aplicação de pena alternativa na prática tem-se considerado que o acusado seja reincidente em crime doloso para que haja o impedimento de sua aplicação. Portanto, se a reincidência for em crime culposo nada impede que o benefício da pena alternativa seja concedida.

Os requisitos citados até o presente momento são considerados por Bitencourt⁴⁰ como Requisitos Objetivos, pois se referem à quantidade de pena aplicada (pena não superior a quatro anos), à natureza do crime cometido (culposo ou doloso) e à modalidade de execução do crime (sem violência ou grave ameaça).

Já o inciso III do artigo 44 prevê que “*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*”. Assim, esse requisito é considerado por Bitencourt⁴¹ como um requisito subjetivo, pois se refere à pessoa do condenado e às circunstâncias do fato ocorrido, e esses

⁴⁰ BITENCOURT, C. R., Tratado de Direito Penal. Parte Geral, v. 1, p. 6.

⁴¹ BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 7.

requisitos analisados em conjunto vão mostrar a conveniência ou não de se aplicar uma pena ou medida alternativa. Esses critérios devem ser avaliados pelo Juiz que deve levar em consideração a relação existente entre a infração, a pessoa do condenado e a sociedade. Damásio⁴² salienta que para esse requisito, devem-se observar as “circunstâncias judiciais favoráveis” no sentido de que a pena substituída seja “necessária” e “suficiente” para atender o grau de reprovação da conduta. Gomes⁴³ diz que “é preciso que se faça um juízo de valor sobre a suficiência da resposta alternativa ao delito, tendo em mira a sua repressão e prevenção”. Assim, se os parâmetros indicados no inciso III indicarem ao Juiz que a substituição é suficiente, ele poderá aplicar a pena ou medida alternativa que considerar necessária, sempre observando se os demais requisitos básicos estão presentes.

Contudo, é notável que esse parâmetro contém em si uma imensa subjetividade que dá margem a preconceitos e estereótipos por parte do Juízo. Essa análise e avaliação precisam ser realizadas a partir de um trabalho reflexivo consciente, com critérios claros e não orientadas por crenças e valores morais de um grupo social. Dessa forma, tem-se uma oportunidade perversa para a institucionalização sutil da discriminação e o reforço de estigmas sociais, que podem acarretar na negação da concessão da pena alternativa orientada pelo falso moralismo e isso pode acarretar no descrédito deste recurso e na sua aplicação desigual gerando em alguns casos a impunidade. Para que isso seja evitado é necessária uma atuação efetiva e consciente de todos os atores envolvidos com a aplicação, a execução e a fiscalização da pena alternativa.

Após a aplicação da pena ou medida alternativa como sentença, passa-se para sua execução e fiscalização que será iniciada nos Juizados Especiais Criminais através da Central de Penas e Medidas Alternativas. A equipe de apoio técnico dessa Central será responsável pela articulação entre a dimensão político-institucional e a dimensão técnico-operacional em um constante monitoramento da execução das penas e medidas alternativas para a garantia de sua eficácia. Conforme Gomes, “todo programa deve ser constantemente avaliado, pesquisado e, quando for o caso, revisado”.⁴⁴

⁴² DAMÁSIO, J., Penas Alternativas: anotações à lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, p. 17.

⁴³ GOMES, L. F., Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 122.

⁴⁴ Gomes, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 125.

Para o início da execução e o posterior monitoramento das penas e medidas alternativas, o trabalho realizado pelas equipes técnicas da Central é basicamente subdividido em quatro etapas: captação, cadastramento e capacitação da entidade parceira, avaliação, encaminhamento e acompanhamento. Esses procedimentos se desdobram em rotinas de trabalho e constituem as formas operacionais de execução e monitoramento das penas e medidas alternativas.

A captação consiste em uma busca preliminar pelas entidades existentes na cidade para que seja realizada uma seleção das entidades que poderão receber os beneficiários das penas e medidas alternativas. Dessa captação resultará um relatório institucional que revelará a natureza da instituição e indicará quais delas podem receber as cestas básicas ou qualquer outra modalidade de prestação pecuniária que o infrator deva cumprir e aquelas que podem receber os prestadores de serviços comunitários.

Após essa minuciosa seleção, passa-se para a fase de cadastramento que é feito através de um convênio firmado entre a entidade e a Justiça, após ter sido investigado se a entidade está dentro dos parâmetros de legalidade que determina a lei. Após a instituição estar devidamente cadastrada, a próxima etapa é a sua capacitação, onde são realizadas reuniões, palestras e visitas com o objetivo de prepará-las para receber o prestador de serviços e fortalecer a rede de apoio. Após todo esse processo, a entidade está pronta para receber o beneficiário e iniciar os trabalhos junto a Central de Penas e Medidas Alternativas.

A avaliação consiste em uma entrevista psicossocial com o beneficiário da lei após ter sido aplicada a pena ou medida alternativa. Essa entrevista tem por objetivo analisar, junto ao usuário, a situação em que foi envolvido, a sua visão sobre o delito, a entidade mais adequada ao seu perfil e o que ele espera da medida.

O encaminhamento consiste em enviar o beneficiário devidamente informado sobre seus direitos e deveres para a instituição que for considerada a mais adequada. Essa etapa também tem por objetivo facilitar o acesso do beneficiário ao local de cumprimento da pena e o controle de sua freqüência tanto pela entidade quanto pela equipe de apoio técnico.

Por fim, o acompanhamento é realizado durante o cumprimento da pena ou medida alternativa que tem por objetivo averiguar esse cumprimento junto ao

prestador de serviços e à entidade, promovendo a sua continuação em sociedade e assegurando seus direitos enquanto beneficiários da lei.