

DAS PENAS ALTERNATIVAS

Paulo Gadelha

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

É princípio aceito universalmente, o de que uma das preocupações fundamentais do Estado é manter a segurança pública, garantindo a paz social.

Aliás, Hobbes, já no século 17, teorizava, sustentando esta tese.

Com a natural evolução da sociedade, o tema cresceu em discussão, análise, interpretação.

Assim, o estudo das penas centra o debate, isto é, punir ressocializa o homem repondo-o na senda do bem-estar social?

Em síntese lapidar, o criminalista Roque de Brito Alves, no seu livro Direito Penal – Parte Geral, no estudo do capítulo com o título de Generalidades sobre a pena, página 238, no tópico relativo à teoria mista da pena, doutrina com elegância e conhecimento de causa: “A pena tem um caráter retributivo, mas também busca os fins de readaptação social do criminoso e a intimidação geral. Sustenta, assim, o caráter retributivo de pena porém com a função utilitária a ressociação do delinqüente”.

SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DA PENA

Desde os tempos imemoriais, a preocupação em punir era componente atavicamente ligado à vida dos povos.

Era uma verdade que inadmitia contradita: a cada transgressão correspondia um castigo.

Despiciendo dizer que a pena impunha castigos desumanos a quem violasse os padrões até então existentes, não havendo, assim qualquer proporção entre a conduta delitativa e o castigo, já que valia, naturalmente, a vontade do mais poderoso.

A Lei era, em qualquer agrupamento social, o império do mais forte. Obviamente, mandava quem podia.

Com a Lei de Talião, insculpida no Código de Hamurabi, em 1680, A.C., surgiram lineamentos básicos que buscavam, ainda que perversamente, estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o agir do infrator e a punição.

Surge, a partir deste instante, a clássica teoria de “dar a vida por vida, olho por olho, dente por dente”.

Era um tempo de suplícios inomináveis.

Depois, com a mudança da esfera penal – saindo da órbita privada para o universo público – a aplicação da pena ficou adstrita aos interesses do Estado.

Absoluto no seu decidir, a sociedade estatal exagerava na dosimetria da pena, ensejando, por outro lado, um caráter carnavalesco ao ato de julgar.

Assim, dentro de tal liturgia, os castigos como a guilhotina, a amputação de órgãos, o uso da força eram exibidos festivamente, como meio de intimidar a todos.

A história, todavia, não acolheu a teoria preconizada.

Michel Foucault, por exemplo, na clássica obra – Vigiar e Punir – tradução de Lígia Pondé, página 58, lembra que “... assim, não havia aceitação pública, pelo caráter de espetáculo da execução das penas, sendo que as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação”.

Numa outra fase da história, a proposta espiritualista adquiriu força como instrumento de punição, surgindo como conseqüência, os Tribunais de Inquisição que instituíram, digamos, um processo sumário, para o julgamento, sem, contudo, a adoção do contraditório e da ampla defesa, valores que consagram o Estado de Direito.

O estágio de anomalia penal sofreu um freio com a visão dialética e a sensibilidade humana, por exemplo, de um Cesare Beccaria, a primeira grande voz a se levantar, insurgindo-se contra uma legislação penal desumana, condenando, assim, a prática de métodos execráveis, como os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de produção de provas, o confisco dos bens do condenado.

Nesta luta, também, registre-se, o concurso de John Haward e Jeremias Bentham.

Tudo isso, obviamente, desaguando nos ideais da Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

CENÁRIO BRASILEIRO

Não há, no caso do Brasil, diferenças radicais no que tange à experiência histórica da legislação criminal em relação à evolução da pena.

Por muito tempo, no Brasil Colonial, as ordenações Afonsinas, Manuêlinas e Filipinas eram os cânones que se aplicavam.

Declarada a independência, em 1822, e revogadas as Ordenações Filipinas (as últimas existentes), um sopro de dignidade processual começou a varrer o País.

Em 1830, o Código Criminal do Império agasalha os princípios da equidade e da justiça, sem olvidar – é claro – que nos cursos jurídicos criados (1827 – em São Paulo e Olinda) proclamava-se, escreve Thompson, citado por René Ariel Dotti, no livro – Bases e Alternativas para o Sistema de Penas – que “não deveria ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência, pois a justa medida das penas está na razão composta da gravidade do delito e do dano por ele causado”.

Depois, a Legislação Penal de 1890, nos albores da República, buscou dar um desenho mais humano da penas, determinando, por outro lado, que nenhuma prisão poderia exceder 30 anos.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, em plena vigência do Estado Novo, que instituiu o Código Penal, no seu artigo 1º, determinou: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Até os dias atuais, foram feitas alterações, buscando adaptar a norma penal do Brasil ao momento histórico porque passa o Direito Penal do mundo.

Registre-se, assim, como modificações substantivas à Lei Penal, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977 e a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que alteraram a parte geral do Código Penal, bem como a Lei nº 7.210/84, que cuida da Execução Penal, garantindo os direitos dos réus.

DAS PENAS ALTERNATIVAS

É esta a dicção do artigo 32, do Código Penal brasileiro:

Artigo 32. As penas são:
I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – de multa.

Pena, di-lo de forma concisa e objetiva Soler, citado por Damásio E. de Jesus, no seu Código Penal Anotado, Saraiva, 2003, página 155: “é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Ínsito, pois, o seu caráter intimidativo.

A pena, assim, existe/existiria para inibir o novo delinqüente.

Era o discurso que exaltava a proposta ressocializadora do apenamento.

Os fatos, porém, desautorizaram o argumento. Desmentiram a retórica.

A pena privativa de liberdade transformou-se numa usina geradora de criminosos.

Evandro Lins e Silva, estudioso e mestre dos temas penais e penitenciários, citado por Damásio de Jesus, no livro – Penas Alternativas – Saraiva, 2ª edição, ano 2000, página 12, doutrinou com veemência na condenação à prisão segregacionista: “Ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ele é indispensável”.

Aliás, Von Liszt, no seu “Programa de Marburgo”, escrito em 1882, já demonstrava preocupação com a falência da prisão, sustentando que a “pena justa é a pena necessária”.

Era, pois, o aceno histórico à reformulação do modelo prisional vigente.

Por isso, entre 1888 e 1889, nos primeiros passos da União Internacional do Direito Penal, penalistas da estirpe de Von Liszt, Adolph Prins, Garofalo e Von Hammel levantaram a tese e sustentavam a necessidade de se encontrar penas que se alternassem ao já obsoleto sistema de encarceramento.

A idéia ganhou espaços e cooptou juristas, especialmente na Europa antiga.

A Rússia, nos idos de 1926, foi o primeiro país a adotar um arquétipo de prisão alternativa.

Fê-lo com a instrumentalização dos chamados serviços comunitários. Depois, a Inglaterra, em 1948, instituía a prisão de fim de semana, castigando os que cometiam transgressões de pequena potencialidade.

A Alemanha, em 1953, adaptou o procedimento inglês, para os infratores jovens.

O BRASIL E AS PENAS ALTERNATIVAS

A primeira tentativa de modificar o modelo de prisão brasileiro surgiu com a Lei nº 6.416, de 1977, uma experiência de compartimentar a prisão em três regimes: o fechado, semi-aberto e aberto. Depois, a Lei 7.209/84 buscou contornos mais definidores.

A idéia não foi coroada de êxito, por falta de condições técnicas.

De fato, no Brasil, as penas alternativas surgiram após a participação do Brasil, em 1995, no IX Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado no Cairo, capital do Egito, em 1995, onde a delegação brasileira, da qual faziam parte o então Ministro da Justiça e atual Presidente do Supremo Tribunal Federal Nélson Jobim, o professor Damásio de Jesus e o Embaixador do Brasil Márcio Dias, avaliou os resultados obtidos por países que adotaram as penas alternativas e conseguiram reduzir os índices de reincidência, como Cuba e Alemanha, onde 85% e 83%, respectivamente, aplicavam penas alternativas e somente 25% dos apenados voltavam a delinqüir.

É bom lembrar, por outro lado, que no citado simpósio era nítida a influência da Regras de Tóquio, também chamadas de Constituição Mundial das Medidas Não-Privativas de Liberdade, um projeto elaborado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente, que estuda o delito e o delinqüente, aprovado no 8º Congresso de Havana.

No Brasil, o grande instrumento que normaliza e disciplina as penas alternativas é a Lei 9.714/98, que alterou o Código Penal nos artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77.

Sem maiores divagações doutrinárias ou hermenêuticas, o espírito da lei citada é buscar um discurso socialmente mais humano para o condenado.

Neste encarte, urge lembrar à memória fugidia dos homens a lição de que as penas alternativas são destinadas a criminosos não tão perigosos e infrações de menor gravidade, objetivando substituir as penas detentivas de curta duração e as penas privativas de liberdade quando a sentença de prisão não for superior a quatro anos.

Ou como magistralmente doutrina Damásio E. de Jesus, no seu livro – Penas Alternativas – Editora Saraiva, 2ª edição, ano 2000, página 14, *in verbis*: “É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal (João Macedo de Araújo Júnior, *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, cit., p. 78). A pena privativa de liberdade,

quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault chamaria de “punição generalizada” (Vigiar e Punir, cit., p.69), só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com uma agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, como observa José Ferreira, “propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidades diversas, constituindo-se numa autêntica universidade do crime organizado, onde os detentos assimilam as sofisticadas condições e técnicas voltadas para a prática criminosa” (A crise de recursos no sistema penitenciário nacional, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária, Brasília, concluindo o mestre Damásio de Jesus: “A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que ampliou o rol das penas alternativas, é mais uma esperança. Aguardamos que, aplicadas e fiscalizadas as novas medidas, torne-se uma realidade”).

De logo, emerge o desenho das três vertentes unanimemente consagradas como indispensáveis às transformações do mundo das penas: a) redução da criminalidade; b) agilização dos processos; c) diminuição do número de encarcerados.

As penas alternativas têm tal desiderato: humanizar a pena.

É que, realmente, a paisagem brasileira, em termos criminais, é assustadora.

A Folha de São Paulo, edição de 8 de janeiro de 2004, no caderno Folha Cotidiano, página C1, em texto assinado por Luciana Constantino, da sucursal de Brasília, diz que “O Brasil é o quinto em um ranking de 67 países com as maiores taxas de homicídios de jovens na faixa dos 15 aos 24 anos. A cada 100 mil jovens brasileiros, 52,1 foram assassinados em 2000. Somente Colômbia, Ilhas Virgens, El Salvador e Venezuela tiveram taxas superiores”.

E continua a matéria do respeitável jornal paulista: “De 2000 para 2002, a situação no país piorou: a taxa passou para 54,5 assassinatos por 100 mil jovens. Analisando a evolução entre 1993 e 2002, detecta-se um aumento de 88,6% nas mortes de jovens”.

Depois, os registros dos números absolutos de morte no país indicam, exagero à parte, uma situação de verdadeira guerra civil. Em 2002, foram assassinados 49.640 brasileiros. Uma média de mais de quatro mil patrícios assassinados por mês do ano lembrado.

Depois, a política carcerária é extremamente iníqua. Sobram presos para as prisões, imundas e desumanas.

Em 2003, as estatísticas indicavam ter o Brasil 250 mil detentos para 100 mil vagas, sem esquecer 300 mil mandados de prisão não cumpridos.

As cadeias, de fato, usinas geradoras de criminosos.

Para tamanha monstruosidade, há uma luz no fim do túnel: a política de penas alternativas.

As nações mais desenvolvidas do mundo pragmatizaram a sua instrumentalização.

O Brasil, estranhamente, ainda reluta em enfatizar o seu uso.

Há dados estatísticos que aconselham a sua prática. Além do reduzido espaço prisional em relação ao número de condenados, um outro valor precisa ser trazido à colação. É a relação agente carcerário/apenado.

O exemplo que se traz, aqui e agora, é o do Rio de Janeiro, onde, em 10 anos, como lembra o jornal o Estado de São Paulo, edição de 2 de junho de 2004, com o editorial – Penas Alternativas – página A-3, o número de presos cresceu 122%, passando de 9 mil para 20 mil, enquanto que o número de agentes carcerários subiu de 2,6 mil para apenas 3,3 mil, sem esquecer que, desse total, só 1,4 mil exercem realmente as suas verdadeiras funções.

Para o enfrentamento de tão caótico quadro, o caminho é agilizar o discurso moderno da Lei 9.714/98, que pode ser aplicada em 10 situações, para quem cometeu crime com pena de até quatro anos e não é reincidente.

Sem dúvida, é pouca acionada a referida Lei, pois em 2003 somente 33 mil sentenças foram prolatadas com respaldo na Lei de Penas Alternativas, representando 12% do número de apenados.

Depois, ressalte-se, o caráter reeducativo do preso é evidente. Os gráficos o confirmam. Dos que cumpriram prisão na órbita das penas alternativas, só 12% voltam ao mundo do crime. Ao passo que, os que ficaram encarcerados, a taxa é de 80% na reincidência.

Depois, os custos são exageradamente diferenciados.

Na cadeia, o preso custa, aos cofres do Estado, em média, 700 reais por mês, enquanto o que cumpre penas alternativas custa apenas, em média, 70 reais por, também, um mês.

O Código Penal, antes do advento da Lei 9.714/98, contava com seis penas alternativas substitutivas (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição de exercício da profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo). Com o advento da Lei 9.714/98, foram acolhidas quatro novas sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

Os crimes sujeitos às penas alternativas são: pequenos furtos, apropriação indébita, estelionato (falsificação), acidente de trânsito, desacato à autoridade, uso de drogas, lesões corporais leves e outras infrações de menor gravidade.

Com o advento da nova lei, as penas alternativas são as seguintes:

1) Prestação pecuniária (art. 43, I, CP) - consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 nem superior a 360 salários mínimos.

2) Perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II, CP). Deve ser considerado para a estipulação do montante o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido por ele ou terceiro.

3) Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, e art. 46 do CP) - consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais ou outra instituição com essas finalidades.

4) Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, do CP).

5) Proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 47, II, do CP).

6) Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 47, III, do CP).

7) Proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV, do Código Penal).

8) Limitação de fim de semana ou "prisão descontínua" (art. 43, VI e art. 45, § 1º, do CP).

9) Multa (art. 44, § 2º do CP).

10) Prestação inominada (art. 45, § 2º do CP) em que havendo aceitação do condenado, o juiz poderá substituir a prestação pecuniária em favor da vítima por qualquer prestação de outra natureza.

A espécie de pena alternativa a ser aplicada depende da apreciação de elementos objetivos e pessoais do condenado, bem como da segurança de sua efetiva execução. Além disso, as penas alternativas são condicionais, isto é, somente poderão ser aplicadas se os condenados realmente cumprirem as obrigações que lhes foram impostas.

Segundo os juízes competentes para aplicação das penas alternativas, a alternativa penal mais eficaz é a prestação de serviços à comunidade, consistente na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

As penas e medidas alternativas poderão ser revogadas, isto é, poderão ser convertidas em pena privativa de liberdade quando o condenado descumprir a restrição imposta ou, quando sobrevier condenação à pena privativa de liberdade. Na primeira hipótese, a conversão é obrigatória, na segunda a conversão é facultativa.

