

PENAS ALTERNATIVAS: UMA DAS SOLUÇÕES PARA A GRAVE CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Vander Ferreira de Andrade

Professor de Direito Penal e de Introdução ao Estudo do Direito do IMES.

Especialista em Direito Penal.

Professor de Direito Administrativo da FIG.

Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP.

Oficial de Polícia Militar.

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise sucinta da grave crise que se projeta no sistema penitenciário brasileiro, apresentando, como uma das hipóteses cabíveis para solução do problema, a aplicação da Lei n. 9.714/98, que instituiu novas penas alternativas à prisão.

ABSTRACT

The present article has the purpose to demonstrate one analysis about the great crisis that the Brazilian prison system, inviting as solution to the problem, the application of the Law n. 9.714/98, that institutes one alternative to prison.

I O MODELO DE PENAS ALTERNATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A grave crise atravessada pelo sistema penitenciário brasileiro alcançou recentemente contornos de ampla notoriedade, em especial pelo fato de ter havido, especialmente em São Paulo, dezenas de rebeliões coordenadas por *comandos* e grupos formados de presidiários, arquitetadas e organizadas dentro mesmo do cárcere.

De fato, a problemática que decorre da implementação das penas privativas de liberdade em

nosso país denota com clarificadora transparência o caráter falimentar deste tipo de sanção, em especial no que tange aos aspectos pedagógico, intimidativo e ressocializador da pena, restando incólume, única e exclusivamente, o caráter retributivo da reprimenda, nos moldes do vetusto e obsoleto modelo sancionatório medieval.

Neste diapasão, torna-se necessário nos debruçarmos sobre as diversas formas de aplicação de pena, mesmo substitutivos penais para a pena privativa de liberdade, especialmente quanto aos delitos de menor ou média gravidade, quando o encarceramento não se apresente como a

única medida a ser imposta, dado que, na visão de João Benedicto de Azevedo Marques,

“o movimento em favor das penas alternativas representa a maior inovação do direito penal, desde Cesare Beccaria e por isso, merece ser aplaudido e estudado”.

Da análise perfunctória de nosso ordenamento jurídico-penal resulta a constatação de que o tratamento diferenciado para presos responsáveis por crimes de média gravidade parece ter encontrado espaço em nossa legislação por iniciativa da Lei n. 7.209/84, à qual coube inserir, no bojo da reforma do Código Penal, o sistema de penas alternativas, denominadas penas restritivas de direitos e elencadas no artigo 43 como prestação de serviços à comunidade, interdições temporárias de direitos e limitação de fim de semana.

Já em 1998, com o advento da Lei n. 9.714, surge o aprimoramento, por demais benfazejo, do dito sistema de penas alternativas, aumentando o espectro e a abrangência da prestação de serviços que passou a ser possível de ser infligida ao condenado com vistas à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, bem como aumentando o número de hipóteses penais, acrescentando a pena de prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a proibição de frequentar determinados lugares, bem como prestações de outra natureza.

Houve por bem o Executivo, por ocasião da elaboração do referido diploma legal, vetar as penas alternativas de advertência, bem como a de recolhimento domiciliar, haja vista o entendimento de que tais penas resultariam imperfeitas, mesmo por força da inocuidade do conteúdo sancionador.

2 O AUMENTO DOS ÍNDICES DE ENCARCERAMENTO PENAL E A RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Dados estatísticos comprovam a opção do Poder Judiciário pela imposição das penas privativas de liberdade, o que não soaria estranho se verificássemos na população carcerária apenas criminosos de grande periculosidade ou responsáveis por crimes graves ou hediondos. No entanto, não é o que constatamos. Tem, sim, havido um recrudescimento considerável do número de presos, sem que corresponda, na exata proporção, o aumento de vagas nos presídios. Esta situação insustentável tem sido uma das causas aptas a gerar todo o desconforto das prisões, o estado latente de revolta que culmina nos motins e nas rebeliões, e, conseqüentemente, no próprio aumento dos índices de criminalidade, dado que este eixo de fomento delituoso acaba interferindo e incidindo como resultante vetorial na própria sociedade, vítima permanente deste processo criminógeno, refém incondicional da conduta delituosa dos infratores, egressos de um sistema falido, cruel e desumanizador.

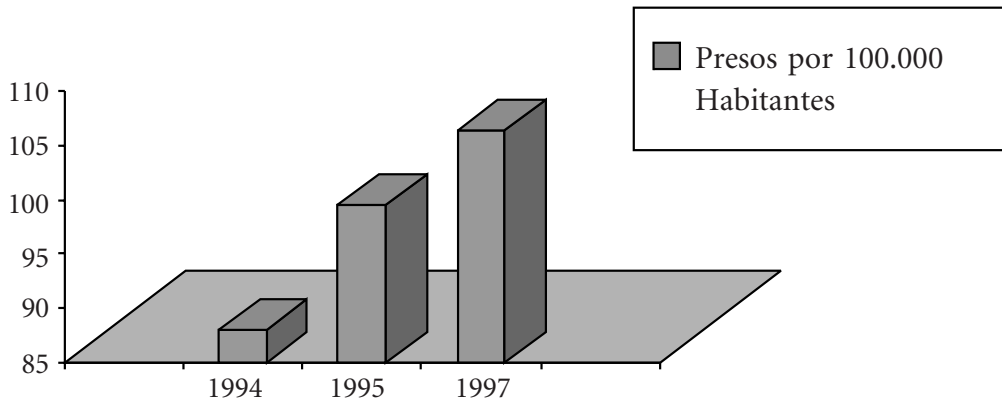
De outro lado, verifica-se igualmente, por meio das estatísticas, uma perceptível *resistência* do Poder Judiciário em aplicar penas alternativas, mesmo se cotejarmos com o aumento das vagas criadas para o seu exato cumprimento; em entrevista sobre o assunto, afirmou o eminente jurista e ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Vicente Cernicchiaro:

“existe uma desconfiança de que essas punições poderiam enfraquecer o sistema jurídico. Outra dúvida é sobre o controle da aplicação da pena. O Juiz não tem como determinar e fiscalizar ao mesmo tempo”.

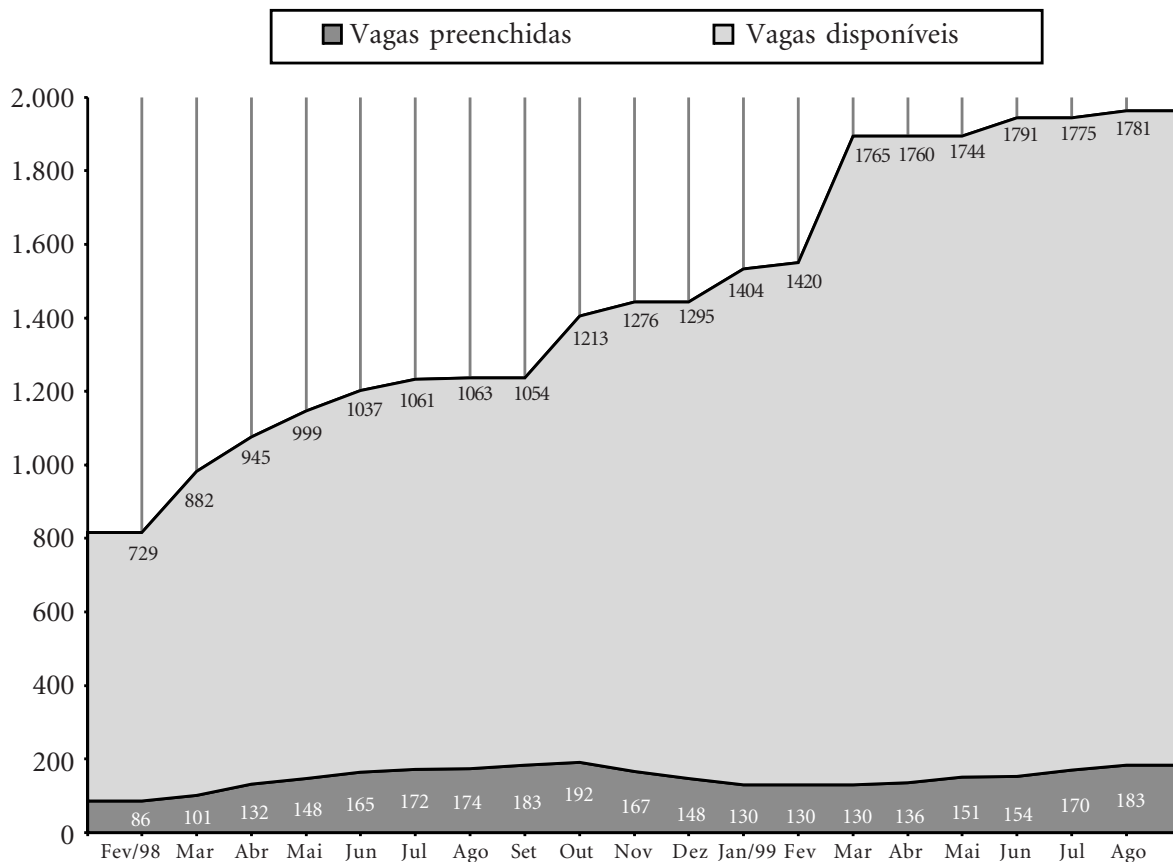
Fala-se, assim, que o temor em aplicar um substitutivo penal resulta da justificada preocupação de que este não terá a fiscalização necessária, tornando-se inócuo sob o prisma da retribuição penal e da tutela social, desmoralizando a natureza preventiva e punitiva da pena, tornando-se, paradoxalmente, causa ensejadora

de agravada impunidade. Opta-se, assim, pelo entendimento do *in dubio pro carcere*, olvidando-se o caráter de direito público subjetivo que tais medidas assumem a partir do momento em que o condenado passa a preencher por inteiro os requisitos objetivos e subjetivos para sua concessão.

Crescimento da População Prisional Brasileira



Evolução de Vagas para Penas Alternativas em São Paulo



Legalmente, as penas alternativas não podem ser concedidas livremente, ao contrário, encontram elas pressupostos e critérios indispensáveis para sua imposição, sendo, de outro lado, *munus* público do magistrado a eleição da pena alternativa mais adequada ao condenado, pelo que assim se manifestou julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

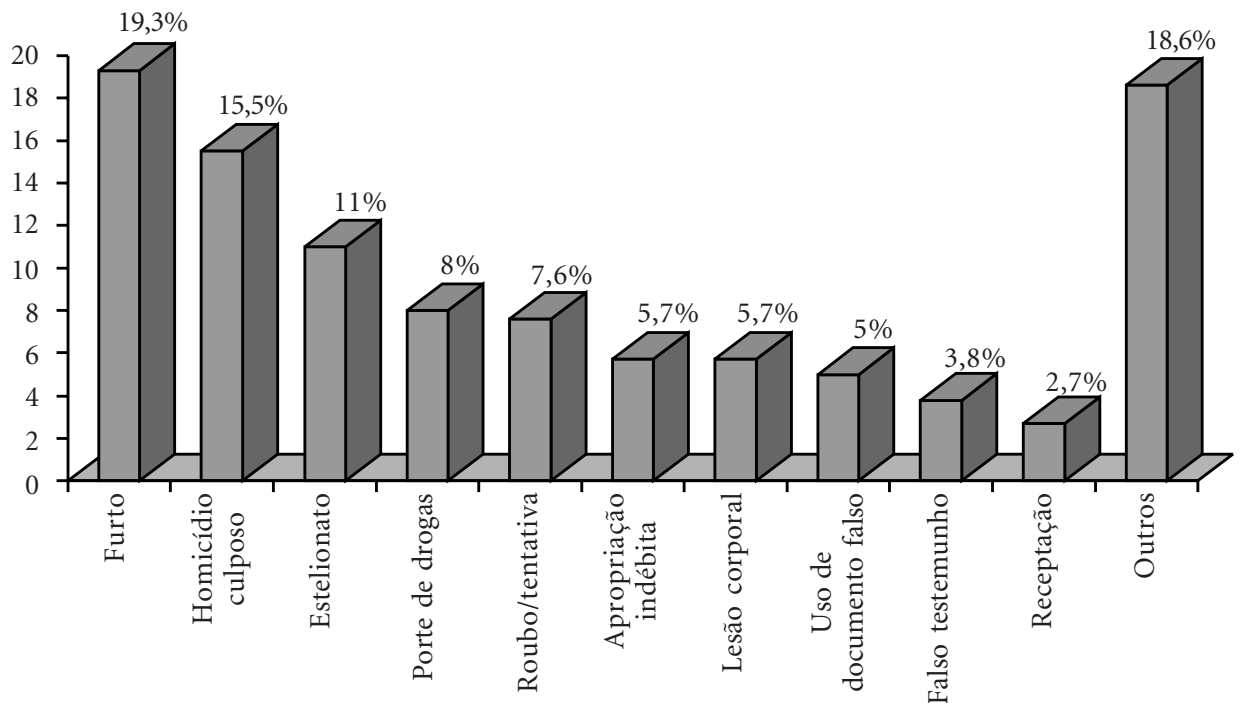
“O juiz não pode delegar seu poder jurisdicional ao condenado deixando que ele escolha a pena que lhe seja mais conveniente entre a restritiva de liberdade e a de direitos, pois a obediência aos preceitos deve prevalecer sobre o interesse do réu e a sentença é que tem que impor a sanção a ser cumprida” (JUTACrim 93/47).

Também não são todos os delitos que permitem a concessão do benefício. Excluem-se os crimes perpetrados com violência ou grave ameaça à pessoa, bem como aqueles cuja pena for superior a 4 anos. Já no que diz respeito a sua admissibilidade nos crimes hediondos, persistem duas posições: a primeira delas dispõe que, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados, é inadmissível a aplicação do sistema vicariante previsto na Lei n. 9.714/98, sendo proibida a substituição das penas detentivas pelas restritivas de direitos (Bitencourt, 1999); a segunda assevera que há possibilidade de sua concessão (Delmanto, 2000); no STJ prevalece com larga maioria a posição proibitiva (REsp n. 60.733, 5ª Turma, DJU 12.6.1995); igualmente o TJ tem entendido não ser admissível o substitutivo penal (ACrim 269.115, 3ª Câm. Crim., 25.5.1999, RT,

768:561); o STF também tem se manifestado por sua inadmissibilidade, contudo já houve votos favoráveis pela aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos ou equiparados, desde que não cometidos mediante violência ou ameaça à pessoa, como é o caso do tráfico de entorpecentes (nesse sentido, a 1ª Turma no HC n. 80.010, rel. o Ministro Octávio Gallotti, j. 25.4.2000. Na doutrina, pela admissibilidade, Damásio de Jesus e Luís Flávio Gomes, entre outros (Gomes, 2000). Fácil assim observar, tomando-se como parâmetro o censo penitenciário realizado pela Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, a concentração de delitos de natureza patrimonial dentre aqueles que receberam o substitutivo, não olvidando encontrarem-se elencados ainda delitos outros como os que atentam contra a fé pública (crimes de falsidade material e ideológica), contra a vida (homicídio culposo), contra a saúde pública (porte de entorpecente para consumo próprio), ou contra a integridade física (lesão corporal). De verificar-se que pode haver injustiça decorrente da fixação de tais critérios, consoante o magistério de Luiz Flávio Gomes:

“crimes como constrangimento ilegal e ameaça, v. g., que pela pena cominada admitem as soluções consensuais da lei não são suscetíveis de substituição (...) a contradição só pode ser desfeita com uma interpretação contextualizada, que concluiria: de fato, crimes cometidos com grave ameaça não admitem a substituição, exceto quando já admitem a aplicação de outras formas alternativas de sanção, porque nesse caso o legislador já fez alhures uma valoração menos severa dessa infração” (Gomes, 2000).

DELITOS PRATICADOS PELOS BENEFICIADOS



3 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Além de ampliar o rol de penas alternativas, a Lei n. 9.714/98 também inovou no que diz respeito à previsão dos requisitos objetivos e subjetivos necessários a sua concessão; assim, e em que pesem entendimentos em sentido contrário, somos da vertente que compreende serem as medidas substitutivas, desde que o condenado satisfaça integralmente os seus requisitos e pressupostos legais, *direito público subjetivo do apenado*, de modo a obrigar o Poder Judiciário a conceder o benefício, não ficando portanto ao arbítrio do magistrado a possibilidade do seu reconhecimento e de sua declinação em hipóteses concretas. Esse o magistério de Luiz Flávio Gomes, bem acompanhado do posicionamento de César Roberto Bitencourt:

“Toda sentença que condena alguém por crime doloso à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos deve decidir fundamentadamente sobre ser ou não o caso de sua substituição por outra pena alternativa, à vista da presença ou não dos pressupostos legais que, quando concorrerem, a tornam imperativa” (Gomes, 2000).

Temos, assim, que o primeiro pressuposto objetivo apresenta-se por meio da análise do tempo de pena do condenado; destarte, o magistrado só poderá proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada em decorrência do cometimento de crime doloso não for superior a quatro anos; de igual modo poder-se-á falar em substituição por pena pecuniária (multa) quando a condenação por pena privativa de liberdade for igual ou inferior a um ano (não olvidando a sua inacumulabilidade, já sufragada por entendimento do STF: “É nula a sentença

que condena a penas cumuladas de detenção e multa quando o legislador comina penas alternativas” (RT 601/446)); em face da ocorrência de crimes culposos, admitir-se-á a substituição independentemente do *quantum* da pena abstrata ou *in concreto*. No caso de concurso de crimes, a substituição será aplicável quando o total das penas não ultrapassar os limites estabelecidos na legislação em comento.

“Um segundo requisito objetivo foi inserido pela nova lei ao proibir a substituição da pena quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade imposta. Não é possível portanto, em princípio, a aplicação do disposto no art. 44 aos crimes de roubo, extorsão, rapto, etc. Em tese, porém, alguns desses crimes podem ser cometidos sem grave ameaça ou violência à pessoa, como o roubo executado tendo como meio outro recurso (narcótico, por exemplo), o rapto com fraude, etc., admitindo-se, em tese, o benefício. Também se deve considerar que a expressão crime que não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa não exclui os delitos em que essas modalidades são constitutivas do próprio ilícito, como os de lesão corporal e ameaça, para os quais deve ser permitida a substituição, como ocorria no dispositivo susbtituído” (Mirabete, 2000).

A respeito dos requisitos subjetivos, de verificar-se o disposto nos incisos II e III do Código Penal (com a nova redação resultante do advento da Lei n. 9.714/98): se o réu não for reincidente em crime doloso – ou ainda, se a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que essa substituição seja suficiente; na primeira hipótese (inc. II), cabível

a substituição, portanto, e a *contrario sensu* do dispositivo em análise, quando condenada a pessoa por crime culposos, ainda que *reincidente* nesse sentido, posterior ou anteriormente ao cometimento de um crime doloso, na situação de *primariedade técnica* etc.

“O nosso Código Penal estabelece que a reincidência se configura quando o réu comete novo crime depois de transitar em julgado anterior condenação” (TACRSP: RT 447/415).

Já quanto ao inciso III, observa-se cristalina-mente a preocupação do legislador em prestigiar o princípio da proporcionalidade, impondo-se ao juiz a verificação, o sopesamento e a dosimetria da pena de concorde a maior ou menor gravidade do ilícito perpetrado, bem ainda deva a pena ser aplicada de acordo com as características pessoais e individuais do condenado (individualização penal), no que aparenta haver seguido a esteira das consagradas *circunstâncias judiciais* tais como dispostas no artigo 59 do CP; temos assim que “a eficácia da pena aplicada está diretamente ligada ao princípio da proporcionalidade, a fim de assegurar a individualização, pois quanto mais o juiz se aproximar das condições que envolvem o fato, da pessoa do acusado, possibilitando aplicação da sanção mais adequada, tanto mais terá contribuído para a eficácia da punição” (RJDTACRIM 29/152)

4 A PRISÃO E AS PENAS ALTERNATIVAS EM OUTROS PAÍSES

A constatação da necessidade de serem implementadas alternativas penais para a sanção privativa de liberdade fez com que diversos Estados adotassem a sistemática indicada pelas Regras de Tóquio, ou como foram denominadas, as *Regras*

Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, cuja natureza jurídica apresenta-se como a de um conjunto de princípios, bem assim uma Carta de Declarações, desprovida, portanto, da impositividade inerente a um Tratado Internacional. Contudo o seu ideário, por acompanhar as diretrizes formatadas pelos Direitos Humanos, tem sido objeto de juridiscização no plano do Direito público interno de vários povos e nações.

Sensibilizados ou impelidos a criar alternativas para a medida cerceadora da liberdade, foram sugeridas e aplicadas diversas hipóteses, cabendo a Damásio de Jesus o mérito de enunciá-las em um rol que chegou a somar cerca de 53 modelos de penas alternativas, algumas delas já incorporadas ao nosso ordenamento jurídico-penal, outras de certa forma já aplicadas por nossa legislação “como efeitos da condenação, condições do *sursis* e do livramento condicional ou ‘alternativas penais’”, (Jesus, 1999), outras são absolutamente inviáveis porquanto absolutamente desconformes a nossa diretriz constitucional, refratária a penalidades de caráter cruel, infamante, humilhantes ou desumanas (seria o caso do exílio rural, da proibição de residência, do açoite em público, da publicação em jornal da fotografia do criminoso com a enumeração de seus delitos, de levar o roubo, em via pública, cartaz com a confissão do delito, etc.).

Os Estados Unidos são freqüentemente citados como modelo típico de Estado optante da medida privativa de liberdade, mas os dados do Instituto Latino Americano para prevenção do delito e tratamento do Delinqüente – Ilanud de 1994 revelam que, do total de pessoas condenadas (perfazendo 5,1 milhões), 30% (1,5 milhão) receberam pena de reclusão e 70% (3,6 milhões) foram objeto da aplicação de medidas alternativas ou condicionais. Mesmo assim, continuam sendo um dos países que mais fazem

uso da prisão, posto que sua taxa de encarceramento é uma das mais elavadas do mundo, da ordem de 600 pessoas presas por grupo de 100.000 habitantes, índice este que perde para poucos países, como a Rússia (o de 800 presos por 100.000 habitantes).

De acordo com dados coletados pela socióloga, pesquisadora e ex-Superintendente dos Estabelecimentos Prisionais do Estado do Rio de Janeiro, Julita Lemgruber, a elevada taxa de encarceramento dos Estados Unidos e da Inglaterra não tem contribuído para a redução dos índices de criminalidade naqueles países.

“... com pena de morte e tudo, os Estados Unidos possuem o mais alto índice de criminalidade do mundo. Isso prova que a prisão não resolve para controlar a criminalidade. O Ministério da Justiça inglês divulgou dados definitivos sobre a questão: em 1996, encarcerou 25% a mais de criminosos e a queda da criminalidade foi de apenas 1%” (Lemgruber, 1999).

Sobre os Estados Unidos, vale ainda lembrar que, atualmente, gasta-se mais com prisões do que com escolas, universidades ou bem-estar social, o que tem levado alguns estudiosos a concluir pela existência de uma espécie de indústria das prisões, codenominada por Nils Christie como sendo “a indústria do controle do crime”, aquela que lucra com a instituição e manutenção da estrutura do cárcere como modalidade punitiva.

“Esse *complexo industrial prisional* nascido do medo exacerbado do crime entre a população, disputa as verbas bilionárias, constrói e opera prisões, além de fabricar os mais diferentes produtos consumidos no sistema penitenciário americano. A título de exemplo, só uma fábrica de sabonetes vendeu em 1994 o equivalente a

100.000 dólares para as prisões de Nova York. O catálogo anual da feira anual de produtos para prisões tem mais de 3.000 páginas de ofertas. É por tudo isso que se diz hoje, naquele país, que o crime compensa” (Lemgruber, 2001).

Os ganhos dessa poderosa indústria chegam até mesmo às bolsas de valores, especialmente pelo vulto das transações envolvidas em tais negócios:

“... estão ganhando as companhias que constroem e operam prisões. A Corrections Corporation of America tem a maior fatia desse mercado e está entre as cinco empresas com melhor desempenho na Bolsa de Valores de Nova York nos últimos três anos. O valor total de suas ações passou de 50 milhões de dólares em 1986 para 3,5 bilhões de dólares em outubro de 1997, o que significa um incremento de 6.900% em 11 anos. A Wackenhut, segunda maior do gênero, viu suas ações aumentarem 32%, apenas no ano de 1997. Não é de admirar que os executivos dessas companhias andam trombeteando que o crime compensa e que têm nas mãos um negócio hoteleiro fantástico, com garantias de 100% de ocupação permanente” (Lemgruber, 2001).

No Brasil, a taxa de encarceramento se apresenta atualmente como sendo de 118 presos por 100 mil habitantes. Dados do Departamento Penitenciário registram uma população carcerária da ordem de quase 200.000 pessoas, o que parece pouco se comparado ao número de encarcerados nos Estados Unidos (cerca de 2 milhões de presos), onde e segundo Eric John Lotke, Professor da Universidade de Chicago, de cada 5 habitantes (incluindo-se aí os próprios norte-americanos e os estrangeiros), um pelo menos possui algum tipo de antecedente

criminal. Nossos números também são tímidos no que diz respeito à aplicação de penas alternativas: giramos em torno de 2 a 5% das condenações, o que nos desabona se comparados com outros países: na Inglaterra, as penas alternativas são aplicadas em 80% dos casos; na Alemanha, que tem optado pela pena pecuniária (de qualquer modo alternativa à privação de liberdade), as condenações alternativas absorvem cerca de 80% dos feitos.

5 CONCLUSÃO

Em tempos de crise do sistema penitenciário, nada mais útil do que discutirmos novas propostas frente à situação caótica que acomete o aparelhamento prisional do Estado. Urge, assim, da parte do Poder Executivo, a implementação de políticas públicas concretas que viabilizem o cumprimento das penas alternativas, tais como a criação de vagas em entidades públicas ou a elaboração de projetos comunitários, de modo a não permitir a *sensação de impunidade* que pode acompanhar a sua declinação pura e simples, sem fiscalização ou medidas efetivas que as tornem, concomitantemente, retributivas, pedagógicas, intimidativas e ressocializadoras.

De outro lado, impõe-se ao Poder Judiciário a ingente tarefa de vencer suas próprias e conservadoras resistências, especialmente diante de uma moderna forma de substituição de penas restritivas de liberdade, cujo resultado descortina-se em um cenário, senão plenamente promissor, pelo menos um tanto alvissareiro: é que estudos realizados a respeito da reincidência dos criminosos submetidos a penas alternativas, co-tejados com os que cumpriram pena reclusiva ou detentiva, demonstram que, enquanto os primeiros voltam a cometer crime em 15% dos casos, os condenados que cumprem suas penas em regime de privação de liberdade tem esse

número percentual triplicado (45% de reincidência). Não bastasse este sólido argumento, poderíamos lembrar o caráter econômico e módico da medida em estudo: enquanto um preso custa ao Estado (leia-se à sociedade) cerca de R\$ 600,00 por mês, as despesas com as penas alternativas giram em torno de R\$ 250,00 mensais, sem olvidar, para aquela, os maciços investimentos em construções de unidades prisionais (algumas delas absoluta e indiscutivelmente imprescindíveis, sobretudo diante da necessidade de se retirar o absurdo contingente de presos dos Distritos Policiais), o que em um país de necessidades sociais emergentes e onde 30% da massa carcerária está privada de liberdade por haver cometido crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, representa, na melhor das hipóteses, uma distorção no direcionamento de nossas reais prioridades, por demais notórias e

cediças nos campos da saúde, segurança e educação, apenas para citarmos estas áreas tão deficitárias, o que nos remete para uma asserção simples, porém significativa, de Julita Lemgruber: “segurança não tem preço, cadeia tem custo”.

Ancorados assim em uma mudança de proceder, vendo e compreendendo a pena não como um objetivo em si mesmo, como a resultante inevitável do delito, mas como *método*, pelo qual se “deve ter o cuidado de punir para recompor a paz social violada, ressarcir a vítima e reeducar o criminoso” (Batochio, 2001), torna-se imperativo reconhecer, nas medidas alternativas, um vetor evolutivo da ciência penal, aptas que se colocam à disposição do Poder Judiciário a revolucionar positiva e salutarmente o caótico modelo prisional que tem vitimado não somente a pessoa dos reclusos e detentos, mas, igualmente, a sociedade brasileira como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATOCHIO, José Roberto. Punir para Educar. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 mar. 2001, A3.

BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2000.

JESUS, Damásio de. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I.

———. *Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas?* São Paulo: Paloma, 2000.

———. *Penas alternativas*. São Paulo: Paloma, 1999.

LEMGRUBER, Julita. *2053: uma população atrás das grades*. Rio de Janeiro: Lemgruber, 1999.

———. *Queremos escolas ou prisões*. Rio de Janeiro: Lemgruber, 1999.

———. *Pior é impossível*. Rio de Janeiro: Lemgruber, 2001.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RICO, José M. *Medidas substitutivas de la pena de prisión*. Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1968.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal interpretado*, São Paulo: Atlas, 2001.

———. *Manual de direito penal*, 2000, v. I.

ZVEKIC, Ugljesa. *Alternativas à prisão em perspectiva comparativa*. Chicago: Nelson Hasll Publishers/Unicri, 1996.