

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 126

abril/junho – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Pena sem prisão: prestação de serviços à comunidade

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O ilícito penal. 3. Por que se pune? 4. As prisões. 5. A prestação de serviços à comunidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

A sociedade busca a harmonia e a paz entre seus membros e, assim, estabelece uma série de normas de comportamento, fruto da experiência, do convívio, do que é bom e justo para todos. Algumas dessas regras de conduta, em face de sua importância, são impostas coativamente pelo Estado, mediante lei, e, desse modo, temos as normas jurídicas. Violadas essas normas, temos o ato ilícito, ou seja, a prática de uma ação contrária a uma regra jurídica, regra que foi estabelecida e imposta pela sociedade, como essencial à boa convivência. A violação da norma jurídica dá lugar à sanção. Sanção essa que pode ser civil (como o ressarcimento do dano, a execução forçada, a restituição em espécie) ou penal. A sanção penal, como já se disse, é o meio mais enérgico, quando outro tipo de sanção não deu certo ou foi insuficiente. O crime é a ameaça mais grave, mais séria, à integridade, à paz e à estabilidade social, ao lesar ou ao expor a perigo um bem jurídico tido como importante, valioso, para todos os membros da sociedade, como a honra, a vida, a liberdade, a moralidade, a integridade física, o pudor, a incolumidade pública, o patrimônio etc., e que por isso mesmo pode causar grave desordem, daí por que determinados bens são protegidos pela lei penal. Violado o comando de uma norma penal, a consequência será uma punição mais severa, a pena. Ao crime, segue-se a pena.

Fernando da Costa Tourinho Neto é Juiz do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região.

2. O ilícito penal

Como o ilícito penal é punido com mais severidade, imagina-se que o direito penal pode resolver todos os conflitos que a sociedade, mediante a aplicação de sanção civil, não resolveu, ou que resolveria com amplas e profundas reformas sociais. Com acerto e perspicácia, disse Norberto Spolansky (O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos homens, in: *Cadernos de Advocacia Criminal*, v. 1, n. 5, Sérgio Antônio Fabris Editor, novembro de 1988, p. 102):

“Existe uma visão ingênua e mágica segundo a qual com o Direito Penal se pode resolver todo tipo de problemas; desde a proteção da vida até a solução da inflação. Esta é a visão ingênua e mágica do Direito Penal e do Poder do Estado e pressupõe a idéia de que toda a eficácia está sempre assegurada quando o Estado atua.” (grifei.)

E mais. A sociedade acredita que toda pena se resume em cadeia. Se o delinqüente, condenado, não foi para a prisão, entende-se – e a imprensa para isto muito contribui – não ter havido punição, ainda que a infração praticada tivesse sido levíssima. A justiça só se realiza, de acordo com esse entendimento, se o infrator vai para o xadrez.

Triste e infeliz equívoco. Não é a severidade da pena nem sua ferocidade que intimidam. Há aqueles que, inclusive, jamais se intimidam, daí a proposta da pena de morte, defendida por alguns. E a certeza da punição e a rapidez na aplicação da pena que funcionam como fator de inibição da prática de crime, e não o rigor da pena, se a impunidade é o que prevalece. Em meados do século XVIII, Beccaria (*Dos delitos e das penas*, Atena Editora: São Paulo, 4.^a ed., p. 111) já percebera que:

“Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.”

Pode-se conceber que o matuto seja condenado à pena mínima de dois anos por matar

um animal silvestre? A lei que dispõe sobre a proteção à fauna assim prevê. Ou que um beijo lascivo, à força, seja punido com pena de reclusão que varia de seis a dez anos? (Código Penal, art. 214).

A pena há de ser moderada e proporcional ao dano causado à sociedade, para poder ser justa e alcançar seu desiderato, seu objetivo. Observem: o motorista que, em alta velocidade, no tráfego urbano, atropela e mata, é punido com pena de detenção, cujo mínimo é de três anos e o máximo de seis (Código Penal, art. 121, § 3.^o). E o que mata o passarinho...

“La gente cree que la pena termina con la salida de la cárcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es la única pena perpetua, y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca. Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no...” (Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, 1959, p. 126, apud Cezar Roberto Bitencourt, in “Crise da pena privativa de liberdade”, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 31, Ed. RT, 1994, p. 215).

3. Por que se pune?

A justificativa da pena estaria na retribuição do mal pelo mal, isto é, a razão da pena estaria no pecado – *quia peccatum*? Ou pune-se para que não se volte a pecar – *ne peccetur*? Ou pune-se porque se pecou e para que não se volte a pecar e, também, para que outros não venham a pecar?

Na verdade, a pena não é só castigo (seria uma vingança? – lembremo-nos de que a criança bate no objeto que lhe causa uma dor). Talvez, em essência, esta seja sua maior carga – fazer sofrer quem causou um mal -, apaziguando, desse modo, a revolta, a indignação pública. Dizia Durkheim (apud Alberto Zacharas Toron, *Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (o Tao do direito penal)* in *Livro de Estudos Jurídicos*, v. 7, IEJ, 1993, p. 421) que:

“A sociedade ‘pune, não porque o castigo lhe ofereça por si só próprio alguma satisfação, mas para que o temor da pena paralise as más vontades’.”

A pena é, igualmente, instrumento de prevenção geral (intimidação geral), fazendo que só a ameaça de sua aplicação afaste o desejo de cometer-se o crime. Disse Garófalo (*Criminologia*, SP, Teixeira & Irmão-Editores: São Paulo,

1893, pp. 215/216):

“A imoralidade e os instintos criminosos são muito mais comuns do que se pensa; é necessário, pois, que o sistema penal seja de natureza a anular as vantagens do crime e a fazer seguir uma conduta honesta, senão por sentimento, ao menos por cálculo.

Tem a pena, outrossim, a ação de prevenção especial, ou seja, tem por finalidade impedir que o criminoso volte a cometer novo delito. A pena, nessa última hipótese, reeducaria o delinqüente, reajustaria sua personalidade, tornando-o apto para a vida em sociedade.”

4. As prisões

É sabido por todos que as prisões, em face da superlotação, promiscuidade, da insensibilidade moral dos demais presos e dos carcereiros, embrutece, revolta, cria outros vícios. É, por estas razões, na verdade, uma escola de pós-graduação do delinqüente, quebrando o último vínculo que o prendia à vida social, como cidadão, tornando-o um celerado. A prisão, deste modo, ao invés de devolver à sociedade homens ressocializados, corrigidos, devolve homens revoltados, insensíveis, perigosos. Ademais, como observou Michel Foucault (*Vigiar e punir*, trad. Raquel Ramallete, 11.ª ed., Vozes: Petrópolis, 1994, p. 236):

“... a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento: A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se.”

Sim. A prisão é um mal. Mas para os criminosos perigosos (imaginem-se os de altíssima periculosidade, aqueles irrecuperáveis – dizem que não existe criminoso irrecuperável!), não há outra solução. Disse Foucault (*Vigiar e punir*, p. 208):

“Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”

Ora, assim sendo, os delinqüentes não-perigosos, condenados a pena de curta duração, não devem ir para a prisão, a fim de que nem

eles nem a sociedade sofram danos maiores, e possam eles cumprir suas obrigações para com sua família e para com a vítima ou a família desta. Em 1976, dizia o grande penalista Roberto Lyra (in Prefácio no livro de Sérgio de Andréa Ferreira, *A técnica da aplicação da pena como instrumento de sua individualização nos Códigos de 1940 e 1969*, Forense, RJ, 1977, p. 11):

“Há de unir-nos uma mensagem brasileira de ação contra o crime que não prejudique no presente a sociedade, a família (do criminoso e da vítima) e não ameace o futuro com a reincidência causada pela promiscuidade nas prisões e pelo martírio dos egressos.”

5. A prestação de serviço à comunidade

Ante os malefícios, a perniciosidade, da prisão por um curto espaço de tempo, o legislador de 1984, mediante a Lei n.º 7.209, deu autonomia a determinadas penas restritivas de direito, penas que restringem a liberdade, mas não a privam. São elas:

- a) a prestação de serviços à comunidade;
- b) a interdição temporária de direitos; e
- c) a limitação de fim-de-semana (Código Penal, art. 43).

São penas autônomas, substitutivas, e não acessórias.

As penas restritivas de liberdade substituem as privativas de liberdade. Logo, o juiz aplica a pena de prisão e, em seguida, a substitui, se ocorrerem as seguintes condições:

a) a pena privativa de liberdade aplicada, se o crime for doloso, deve ser inferior a um ano; entendendo que deveria ser até um ano, e não inferior a um ano, uma vez que a pena aplicada é, na maioria das vezes, de um ano, e assim, abrangeríamos um maior número de condenados que prestariam serviços à comunidade; se culposo, a pena pode ser igual ou superior a um ano, mas, nessa hipótese, devem ser aplicadas duas penas restritivas, desde que exequíveis ao mesmo tempo, ou uma pena restritiva e mais multa; b) não ser o réu, tanto no caso de crime doloso como culposo, reincidente; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição é suficiente. (Código Penal, art. 44.) Decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que, “nos crimes culposos, descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando as con-

seqüências são irremediáveis e a culpa do agente é reconhecida como de elevado grau, pela sua demonstrada imprudência ímpar (Rel. Juiz Pila Hofmeister. in: RT 674/339).

Presentes as condições, o réu tem *direito* – direito público subjetivo – à substituição, não podendo, pois, ficar a conversão ao arbitrio do juiz.

O tempo de cumprimento dessas penas é o mesmo da pena privativa de liberdade que elas substituem. Se o réu foi condenado à pena de um ano, a pena de prestação de serviço à comunidade, que a substitui, terá a duração de um ano.

Em que consiste a prestação de serviços à comunidade? Responde o art. 46 do Código Penal: consiste na atribuição ao condenado de tarefas *gratuitas* junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. O trabalho é, frise-se, gratuito, senão deixaria de ser pena. O trabalho aí é um ônus. Ressalte-se que a prestação de serviços à comunidade não constitui trabalhos forçados porque não existe privação da liberdade física, e sim, restrição. Ademais, deve relacionar-se, atente-se, com as atividades habituais do condenado, levando em conta sua aptidão.

As tarefas são atribuídas ao condenado de acordo com suas aptidões, por exemplo, se médico, prestará serviço junto a um hospital; se advogado, em assistência judiciária; se professor, em um orfanato. Competente para determinar essas tarefas, o horário, bem como a designação da entidade onde o serviço será prestado, é o juiz da execução, e não, o da condenação. A este cabe determinar a substituição da pena privativa de liberdade pela de prestação de serviços. Se não o fez, o juiz da execução pode fazê-lo, mediante o incidente da conversão (Lei de Execução Penal, art. 180).

A prestação de serviços será de oito horas semanais, aos sábados, domingos, feriados, ou em dia útil, se não prejudicar o trabalho normal do condenado (Código Penal, art. 46, parágrafo único). Essas oito horas poderão ser desdobradas (v.g.: quatro horas, no sábado, quatro, no domingo).

Apesar de ser um direito público subjetivo do condenado, a pena de prestação de serviços à comunidade não fica, como no Código Penal português (art. 60, n. 4), condicionada à sua aceitação.

Se, no curso do cumprimento da pena res-

tritiva de direito, o condenado vier a ser punido, por outro crime, com pena privativa de liberdade, em que ocorra incompatibilidade entre a execução da nova pena e a de prestação de serviços à comunidade em execução, esta será *reconvertida* em pena privativa de liberdade, pelo tempo, evidentemente, que faltar, isto é, se foram, por exemplo, cumpridos oito meses de doze, a conversão será de apenas quatro meses, o tempo restante. A conversão em pena de prisão também poderá ocorrer se houver descumprimento injustificado da pena restritiva de direito, v.g.: a) não comparecer ao trabalho penal; b) recusar-se a prestar o serviço; c) praticar falta grave, no serviço etc. (Código Penal, art. 45). Se o descumprimento for justificável e não puder a pena de prestação vir a ser cumprida, a melhor solução é convertê-la em multa, um dia da pena substituída corresponderá a um dia-multa, cujo valor será fixado pelo juiz.

Não é admissível – atente-se – a concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*) em relação à pena de prestação de serviços à comunidade – como a qualquer pena restritiva de direito. O *sursis* suspende a execução da pena privativa de liberdade (Código Penal, art. 77).

A suspensão condicional da pena (*sursis*) é medida mais gravosa do que a pena de restrição de liberdade, daí sendo esta um direito do condenado, preenchidas as condições, não se lhe pode negar esse tipo de pena e conceder o *sursis*.

A detração (o abatimento) não se aplica às penas restritivas de direito, uma vez que, segundo o art. 42 do Código Penal (“Computam-se, na pena privativa de liberdade...”), só é aplicável às penas privativas de liberdade.

No VI Congresso da ONU, realizado em Caracas, em 1980, considerou-se que:

“A prestação de trabalho em favor da comunidade caracteriza uma alternativa construtiva e econômica à pena de prisão e constitui um novo meio de se colocar o delinqüente em contato mais próximo aos cidadãos que precisam de ajuda e apoio.”

6. Conclusão

O sucesso desse tipo de pena depende de todos – do Governo, do juiz e, principalmente, da comunidade – para o bem da sociedade. Não esqueçamos que a justiça social é o meio mais eficaz de prevenir e combater a criminalidade.