

## Penas alternativas e parceiros efetivos para sua aplicação.

**RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO**

Juiz de Direito em São Paulo

No estudo das penas, em Direito Criminal, a evolução delas tem trazido o informe de que do início de mera retribuição e correspondência de proceder entre a prática delituosa e a pena aplicada, passou-se a um caráter de reflexão simbolizado principalmente pela privação da liberdade.

Nos dias de hoje, porém, mais do que privar alguém de sua liberdade, o interesse do aplicador da pena (que, na essência, representa a sociedade) é o de recuperar aquele que praticou alguma infração penal, levando-o a reflexão e reconsideração dos atos anteriores. Há um reconhecimento de que, para determinados delitos, praticados por determinadas pessoas, a prisão não se mostra a melhor solução. Isso encaminhou para o que se tem denominado, de forma genérica, penas alternativas, que, no sentido vasto da expressão, representam penas que não levam à prisão, mas a substituem (art. 43 do Código Penal) ou que encaminham para a transação com acordo dentro do Judiciário (proposta do Ministério Público), pelo imediato encaminhamento do processo para um fim, sem imposição de condenação (Lei nº 9.099/95).

As penas alternativas, em matéria penal, têm se apresentado como um importante avanço no combate à criminalidade de pequeno porte (menor potencial ofensivo) e, na prática, decorrem quer de condenação penal, por crime em que se dá a substituição da pena aplicada (art. 43 do Código Penal), quer de algumas disposições da Lei nº

9.099/95, hipóteses estas de transação penal sem julgamento de mérito de um processo crime.

Dentre essas penas alternativas, as que mais destaque receberam foram as de prestação de serviços à comunidade e a de prestação pecuniária, traduzida, em regra, pela entrega de cestas básicas a instituições beneficentes e até mesmo de remédios, superando as interdições e as restrições de direito, de menor repercussão social.

A prestação de serviços à comunidade é pena alternativa visível, sensível pela comunidade e que deve ser vista com atenção, ou seja, com a consideração de que a pena se dirige tanto a quem a recebe (caráter de reeducação, ressocialização, reintegração social) como à sociedade (intimidação, visando desestimular o cometimento de novos crimes).

O caráter de desestímulo à comunidade deve resultar em que tal escolha leve em consideração as características quer da pessoa que vai receber a pena, quer do crime em apreciação. Enquanto as penas restritivas e interdições de direito exigem que esteja presente uma relação entre o crime e a restrição ou interdição, está implícito nas demais também essa relação, de modo a refletir de maneira favorável para a comunidade e, principalmente, para quem recebe essa pena.<sup>1</sup>

No tocante à prestação pecuniária de entrega de cestas básicas, tanto a condição econômica do indivíduo, como o reflexo do crime devem ser levados em consideração, para evitar o desgaste do instituto, que tenha a aparência de mera formalidade jurídico-administrativa. De se estender esse entendimento para toda pena alternativa: o que deve merecer atendimento é o jurisdicionado e, neste caso especialmente, quem recebe a pena, sempre tendo como norte que a Lei nº 9.099/95 tem como espírito a melhor prestação jurisdicional e não se apresenta para a solução de problemas internos administrativos do judiciário.<sup>2</sup>

Dentro desse conceito, tem sido discutido que, em cada caso concreto, deve se operar a utilização da lei, naquilo que for mais adequado para o problema que gerou o processo. Por exemplo, nos casos de violência doméstica não seria aconselhável a prestação pecuniária de cesta básica, mas sim prestação de serviços à comunidade. Isso em razão do pagamento, muitas vezes, poder ser suportado e bem, por exemplo, por um marido com boa situação econômica, que, a partir daí, pode entender que, nessas condições, não há por que deixar de proceder com violência. A prestação de serviços passa a ser aconselhável quando encaminha para a reflexão sobre o tema originário dessa pena.<sup>3</sup>

Do mesmo modo, quanto à pessoa que recebe a prestação de serviços, não há como deixar de considerar que, embora respondendo por fato definido na lei penal como crime, também é objeto de interesse do Direito — tal como a vítima.

<sup>1</sup> No artigo 47, do Código Penal, tratando das interdições de direito de forma clara, é definido como tendo estreita relação o direito assim interdito com o crime praticado. Entretanto, de forma implícita, a prestação de serviços à comunidade deve levar em consideração, também, o crime cometido e essa mesma prestação de serviços de forma que seja produtiva para o caráter do condenado, visando a sua reinserção na sociedade. Também não há como deixar de relacionar a forma pecuniária do §1º, do artigo 45, do mesmo *Codex*, quando, de acordo com o crime e a necessidade da vítima, deva se dar uma forma de indenização para esta ou destinação do montante para um fim social. Sempre deve estar presente a forma de tratar aquele criminoso, que, com tal tipo de punição, deve se ver desestimulado a reincidir no crime.

<sup>2</sup> O artigo 62, da Lei nº 9.099/95, ao apresentar seus princípios norteadores de oralidade, informalidade, economia processual, celeridade, conclui que seu objetivo é a não-aplicação de pena privativa de liberdade e a reparação dos danos sofridos pela vítima. Não há como se afastar a prestação jurisdicional do espírito da lei, efetiva a favor da vítima, não sendo mencionados problemas que afetam o Judiciário, como objeto da lei.

<sup>3</sup> Não há como se deixar de considerar o fim da pena, mesmo que substituída nas condições do Código Penal, ou pela aplicação antecipada da pena, da Lei nº 9.099/95. Na suspensão condicional do processo, pela própria menção de que se constitui em uma espécie de *sursis*, o caráter de pena se faz presente, pelo que deve ser considerado o fim de reflexão, para reeducar e ressocializar o agente.

A prestação de serviços deve ser na qualidade adequada àquela pessoa, pois o aviltamento dela perante a sociedade não encaminha para a recuperação, gerando, com certeza, maior revolta, que pode se traduzir em cometimento de novos crimes, num ciclo contínuo. Deve ser evitada, assim, a um graduado em estudo superior prestação de serviços em limpeza, ou para alguém de parca condição intelectual a prestação de serviço em ambiente que exija isso dela.

Também a parceria, aquele que se dispõe a receber o prestador de serviços em razão de crime, deve ter interesse na pessoa do prestador. Aqui há que se distinguir o prestador de serviços, por exemplo, em uma ONG, pessoa que tem disponibilidade e por espírito altruístico quer se dedicar a alguém ou alguma causa, daquele que, por imposição de lei ou transação (art. 43 do Código Penal ou da Lei nº 9.099/95), está prestando serviço. São pessoas distintas, levadas a isso por motivos também distintos, pois, enquanto aquele quer um deleite para seu espírito na disponibilidade a outrem, este está, sob certo aspecto, levado por uma imposição ou acordo que o livre de processo crime ao mesmo fim.<sup>4</sup>

Quem vai receber esse prestador de serviços, portanto, deve estar animado a participar da recuperação daquela pessoa, tornando-se um parceiro do Juízo que o encaminhou, além de parceiro daquele que vai ser ressocializado. Isso significa que não se dará o mesmo tratamento do voluntário a tal pessoa, que além de ser estimulada a isso — prestação de serviços —, deve ser ouvida, aconselhada, orientada a ter um proceder diverso daquele que a levou à prática de conduta criminosa.

Para o Juízo poder se dirigir desse modo ao apenado, deve conhecê-lo, o que pode ser complexo nas dimensões de um processo, mas não impossível, desde que dirigido o interesse para solucionar o problema da pessoa.<sup>5</sup> Também se aguarda que os demais integrantes da Justiça, Ministério Público e advogado, tenham o mesmo interesse, para orientar os rumos do processo tendo em vista a solução.

Experiências levadas a efeito com parcerias efetivas têm demonstrado resultado positivo, inclusive com manifestações dos assim chamados “apenados” quanto a terem refletido e procurado adotar procedimento diverso a partir de então, enquanto que receptores de serviço simplesmente para o fim de mão de obra não alcançam esse resultado, além da recusa de recebimento de indivíduos envolvidos com condutas criminosas específicas, tais como o crime de porte e uso de tóxicos, por considerarem que em determinados ambientes, escolar por exemplo, não seriam boa convivência, quando o que se espera é que, para o “apenado”, aquela convivência sadia signifique possibilidade de recuperação.

No momento hoje vivido pela comunidade, com crescente e alarmante incremento da criminalidade, com tendência até mesmo de associação criminosa efetiva, o interesse da comunidade deve estar voltado para o indivíduo, para o ser humano e alijá-lo do

<sup>4</sup> Embora o legislador da Lei nº 9.099/95 não tenha exigido o reconhecimento da culpa pelo agente, deve ser considerado que aquele que não é culpado clama por sua inocência. Embora algumas situações muito específicas demonstrem, na prática, que a aceitação de uma proposta de transação possa ser mais econômica, principalmente quando o delito é cometido em outro Estado da Federação, para onde viagens para o desenvolvimento do processo, suportar honorários de advogado nessas condições sejam mais onerosos do que pagar simplesmente uma multa, os efeitos secundários desse procedimento, tais como a não-utilização do mesmo favor legal por cinco anos, deve influir na aceitação ou recusa da proposta.

<sup>5</sup> Nos casos de substituição de pena, art. 43, do Código Penal, o julgador deve conhecer melhor o condenado, pois analisou o processo, as provas ali levadas, para saber como, por que, aquele condenado foi impulsionado para aquela prática delitiva. A dificuldade se centra na aplicação da Lei nº 9.099/95, em que a transação é o primeiro ato do procedimento; a impressão deve ser imediata, para encaminhamento daquele autor do fato para a melhor solução. Isso leva a que, nos casos de suspensão condicional do processo, o ato de interrogatório possa se constituir em um bom instrumento para aferir as condições daquela pessoa e dar-se seu melhor encaminhamento.

convívio social pode significar condená-lo a eterna marginalidade. Não podemos esquecer que, em física, há um princípio pelo qual dois corpos não ocupam o mesmo espaço e que, havendo o vácuo, esse atrai matéria. Portanto, estando alguém que tenha cometido um crime bem acompanhado, por certo que não haverá terreno para fixação a seu lado de quem o desorienta, mas estando sozinho, a força de sucção do vácuo vai aproximar dele quem estiver disposto a isso, em regra um marginal.

A sociedade como um todo, assim, deve ficar atenta para o que se desenvolve em matéria criminal, interessar-se se não por um elevado princípio de consideração pelo Homem, em assistir àquele que ainda não ingressou completamente na marginalidade, interessar-se por um princípio menos nobre, derivado do egoísmo, que é o de evitar a permanência na marginalidade de quem poderá atacá-lo futuramente; agir em autodefesa.

Procurando traçar um paralelo, embora na origem haja diferenças sensíveis, o sistema americano de aplicação de penas alternativas tem se mostrado para nós como um avanço. Por certo que, dadas as diferenças entre o sistema legal brasileiro e o norte-americano, a aplicação dessas medidas leva à necessidade de reflexão. Enquanto, no sistema legal brasileiro, a substituição da pena implica uma sentença condenatória que é substituída, e, na transação da Lei nº 9.099/95, em um sistema de natureza mista no qual há aceitação da medida, sem reconhecimento de culpa, o sistema americano exige a renúncia ao direito de não se auto-acusar, a renúncia ao direito de não produzir provas contra sua própria pessoa e a renúncia ao direito de apelar,<sup>6</sup> ou seja, o acusado admite a prática do delito<sup>7</sup> e, a partir disso, recebe a aplicação de uma medida que pode ser, inclusive, uma pena privativa de liberdade.

As situações, porém, que estão próximas da pena alternativa, sem imposição de prisão e objeto desta digressão, referem-se também a delitos de menor potencial ofensivo.

No condado de San Francisco, CA, o acompanhamento dos que transacionam dessa forma é feito por entidade privada, terceirizado o serviço dos que assistem na prestação de serviços comunitários, freqüência à escola ou até mesmo tratamentos de saúde diversos. Isso se dá por um período de três meses a até um ano. A entidade, também esclarece as pessoas sobre o pronunciamento perante o juiz e o desenvolvimento do que vai se dar no Tribunal, sendo o objetivo a reabilitação da pessoa perante a comunidade.<sup>8</sup>

Profissionalizado o serviço de acompanhamento, os operadores têm formação específica e os que recebem os prestadores de serviço também têm acompanhamento, inclusive para evitar o fornecimento de declarações falsas de trabalho, quer por solidariedade ao trabalhador, quer por ameaças recebidas. O objetivo é a reintegração da pessoa na sociedade e na família, por isso que o morador de rua é encaminhado para receber um teto, até mesmo morando em hotel, assegurando sua volta para a audiência na Corte. Esse programa envolve, além da empresa terceirizada, o tribunal, promotores e advogados.

<sup>6</sup> A apelação só é possível quando ficar demonstrado que a pessoa não recebeu orientação correta de seu advogado quanto ao significado da renúncia a esses direitos, não tendo desse modo exercido plenamente sua capacidade de decisão por falta desses informes.

<sup>7</sup> *The guilty plea is an extremely significant feature of the American criminal justice system. What is the guilty plea? Essentially, it is the process by which an accused admits every element of the offense and thereby accepts culpability for the crime. In The Fundamentals of Guilty Pleas in the American Criminal Justice System*, do ISLDS, San Francisco, CA.

<sup>8</sup> Essa pessoa é denominada "cliente", mesmo porque chega a haver para a entidade um pagamento pelo serviço de seu acompanhamento. Entretanto, recebe também a entidade recursos da comunidade e como o atendimento do morador de rua (*homeless*) é de destaque, o cálculo é que 80% dos recursos se destinam a eles, que representam 5% dos "clientes".

A preparação do “cliente” para o “pretrial”, ou seja, o pré-julgamento da conduta, oportunidade em que é apresentada a proposta alternativa, inclui até mesmo infrações de trânsito e pode se transformar o valor da multa em trabalho comunitário.

Atingindo também menores inimputáveis, há a figura do mentor, dirigido principalmente ao menor que vende drogas nas ruas ou pratica pequenos delitos, como furtos, vandalismo e prostituição. Embora com consciência de que há casos insolúveis, procura-se aperfeiçoar a qualidade de vida do cliente, resgatando-o de uma situação deteriorada. O mentor supervisiona a freqüência do menor na escola e pode obrigá-lo a ler até mesmo um livro por mês, que tenha relação, a leitura, com sua recuperação.<sup>9</sup>

Tratando-se de sistema que visa integrar a pessoa à comunidade, esta é analisada e, se necessário, é encaminhada para “informal diversion”, que inclui tratamento terapêutico, entre outros, para o bem-estar, a saúde mental e física daquela pessoa. Portanto, a entidade que supervisiona tem como seus membros psicólogos, assistentes sociais, sociólogos, entre outros, pessoas que devem ter formação para reconhecimento dos problemas e proporcionar condições de encaminhamento.

A comparação entre o sistema brasileiro e o norte-americano pode se apresentar desigual se considerado que, no Brasil, não temos ainda mais do que sete anos de aplicação da Lei nº 9.099/95<sup>10</sup> e a alteração do artigo 43, do Código Penal é de 1998.<sup>11</sup> Ainda há um noviciado na vivência das questões e aplicação do sistema, sem se falar na falta de infra-estrutura ou no interesse da comunidade, como um todo, de participar desse sistema de recuperação de pessoas.

A par disso, pelo fato de não se exigir, no sistema jurídico nacional, a expressa admissão de culpa e renúncia aos direitos de não produzir prova contra si próprio, natureza híbrida da sentença homologatória que impõe a prestação de serviços acordada, mas não condena o agente, há um risco de não-encaminhamento para a prestação de serviços adequada.

É justamente esse risco, que pode deturpar o instituto ou não levá-lo a produzir efeito regenerador do apenado, que deve ser evitado. Isso exige do Juízo cuidado, envolvimento na questão para o melhor encaminhamento, parceria efetiva com aquele que se disponha a recepcionar o autor da infração como pessoa de seu interesse não somente para trabalho, mas para sua recuperação.

A formação de uma consciência e equipamentos disponíveis para o efetivo encaminhamento, recepção e aplicação de tratamento a essas pessoas por certo conduzirá a resultados positivos, sensíveis com a diminuição da criminalidade, engajamento comunitário para o fim social, sem transferência da responsabilidade da segurança pública do Estado para o cidadão, mas sim com interferência positiva deste nos métodos disponibilizados pelo Estado para o exercício também dessa faceta de sua cidadania, integração comunitária.<sup>12</sup>

Portanto, a solução para questões de menor potencial ofensivo ou de condenados que não demonstrem periculosidade, merecendo ter suas penas substituídas, pode se

<sup>9</sup> Há um programa denominado “City - Community Involvement Team-Yes”, para casos de vandalismo (grafitagem, depredação). Envolve a limpeza do local, recuperação e, em outros casos, o trabalho comunitário gera receita que é utilizada para indenização, por exemplo, de vidraça quebrada. A pessoa lesada que recebe esse tipo de indenização acaba se tornando um parceiro da entidade para receber no futuro outros prestadores de serviço. É o programa “restitution investigation”, que chega a gerar receita anual de US\$ 300.000,00 para que a vítima seja indenizada pelo dano causado.

<sup>10</sup> Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, entrando em vigência 60 dias após sua publicação, artigo 96.

<sup>11</sup> Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

<sup>12</sup> A municipalização do problema, envolvimento da comunidade com seus membros que delinquem, pode levar a resultados positivos para solução de marginalidade que seja própria daquele ambiente; o melhor conhecimento de seus pares pode significar a melhor recuperação e, principalmente, a prevenção do que gera aqueles problemas.

tornar em um trabalho envolvendo os interessados na sua recuperação. O resultado poderá ser uma melhor e mais efetiva recuperação de pessoas que praticaram esses delitos, evitando que voltem a delinquir, reintegrando-se de modo total e produtivo a sociedade. As ferramentas estão disponibilizadas e iniciativas nesse sentido vêm se desenvolvendo, dentro da sistemática legal brasileira, podendo ser aproveitadas naquilo que não contraria nossas disposições legais, experiências de outros países, como as citadas dos Estados Unidos. Essencial, porém, é o engajamento, adoção das idéias por pessoas dispostas ao trabalho de recuperação, tolerância zero ao crime e tolerância máxima a pessoa que pode ser reabilitada e assim o demonstra através de seus atos.