

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas* - Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98. São Paulo: Saraiva, 1999, 245 p.

Cezar Roberto Bitencourt é Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilla (Espanha), tendo obtido a nota máxima em sua tese, *Evolución y crisis de la pena privativa de libertad*, a qual foi publicada no Brasil pela Revista dos Tribunais em 1993, sob o título de Falência da pena de prisão. Afora esta, outras obras suas podem ser destacadas: Manual de Direito Penal (5ª ed., RT, 1999); Teoria geral do delito (RT, 1996); Erro jurídico-penal (RT, 1996); Lições de Direito Penal (3ª, Porto Alegre, Livr. do Advogado Ed., 1995); Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão (3ª ed., Livr. do Advogado Ed., 1997). Ainda, em parceria com LUIZ REGIS PRADO: Código Penal anotado (2ª ed., RT, 1999); Elementos de Direito Penal- parte geral, v. 1 (RT, 1995) e Elementos de Direito Penal- parte especial, v. 2 (RT, 1996).

Sempre preocupado com as constantes transformações ocorridas no âmbito da legislação penal, e procurando auxiliar os operadores e estudiosos do Direito frente a elas, publicou recentemente (1999) um ensaio de reflexões acerca das novas penas alternativas advindas com a Lei n. 9714 de 25 de novembro de 1998, sem a pretensão de se aprofundar nos novos institutos, até pela própria natureza do trabalho, destinado à consultas rápidas e urgentes face ao conflito intertemporal de leis penais.

O autor deixa claro sua intenção de fazer suscitar o debate e a reflexão sobre a política criminal contemporânea, procurando sempre emitir seus posicionamentos, bem como analisar as questões sob os mais diversos ângulos. Aliás, vale lembrar que tal tema lhe é bastante afeto, como se percebe nas consultas aos livros por ele até então publicados.

A obra "Novas Penas Alternativas" caracteriza-se por sua simplicidade, clareza e objetividade mas, sobretudo, pela linguagem crítica, espontânea e criativa¹. Compõe-se de duas partes, bem divididas em quatro capítulos cada uma. Na primeira o autor realiza uma abordagem dos aspectos político-criminais, no intuito de melhor situar o leitor no tema; na segunda, dedica-se propriamente aos reflexos emanados da Lei supra- referida. Quanto à metodologia, opta pela funcional, que recomenda a não observância de algumas regras da ABNT em prol

¹ Cf. Nota do Editor.

do pragmatismo. A bibliografia utilizada é vasta, contendo, inclusive, a melhor doutrina estrangeira.

Na abordagem das perspectivas de política criminal revela, inicialmente, a falência da pena de prisão e sua mitológica função ressocializadora (não atinge os fins a que se propõe).

No século XIX, quando a prisão atingiu seu apogeu, acreditou-se que seria o meio adequado à promover a ressocialização do delinqüente. Mas antes mesmo que este século terminasse, o otimismo que inicialmente imperava desapareceu, vigorando atualmente uma orientação pessimista, já quase sem esperanças de que da prisão tradicional possa advir bons resultados. Para o autor, pode-se dizer, sem exageros, que a pena privativa de liberdade está em crise; uma crise que atinge, inclusive, o fim ressocializador da pena. Assevera que hoje é de todos sabido que a prisão reforça os valores negativos do condenado, além de aviltá-lo e desmoralizá-lo.

Não obstante, modernamente a prisão é concebida como um mal necessário. Por conhecer bem as críticas a que o encarceramento se sujeita, o autor mantém-se numa posição intermediária- entre o conservadorismo e a febre abolicionista (pretende a supressão da pena de prisão do sistema)- que propõe o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, quando necessária, e sua substituição, quando possível e recomendável. Neste diapasão, recomenda-se que tais penas limitem-se às condenações de longa duração, e aos “condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação” (p. 3), a fim de impedir sua influência criminógena, cada vez mais crescente.

Adverte que, ao se questionar a validade da pena privativa no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos, tem-se relegado a um plano inferior o que, para ele, constitui o principal aspecto da pena privativa de liberdade, qual seja, sua execução. A problemática deve ser analisada em função do modo como a pena vem sendo cumprida e executada, isto é, em função dos estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e orçamento de que dispomos.

Considera que as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, no intuito de minimizar a crise da instituição prisional, constituem uma das mais importantes inovações da Reforma de 1984, reforçadas pela Lei n. 9.714/98.

Após constatar a deficiência do sistema, aborda o objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica, que não admite que se possa obter a reeducação e reintegração do delinqüente ao seio da comunidade numa sociedade capitalista, em que a prisão é tida como um instrumento assegurador da desigualdade social, exercendo uma função repressiva e estigmatizadora. Tece algumas objeções a esta concepção, sem, no entanto, deixar de ressaltar seu valor.

Ao final, reconhece que, modernamente, somente se admite o esforço ressocializador como uma faculdade conferida ao delinqüente para que no futuro, e por si só, abandone a prática do crime (objetivo ressocializador 'mínimo').

No segundo capítulo, enfoca o tratamento da vítima no Direito Penal brasileiro. A proteção da vítima é preocupação que acompanha os estudiosos desde o século XIX. Já em 1885, Garofalo lamentava que a obrigação de reparar o dano constituísse letra morta. Também Adolphe Prins, em 1899, denunciava que os Tribunais ignoravam a existência da vítima. Quase um século depois, nada mudou - a vítima continua a ser desconsiderada pelos Tribunais, quando não é tida como fator criminógeno. 'Os acenos que mais se aproximam de uma pálida tentativa de reparar uma das mais graves injustiças que o Direito Penal, historicamente, tem cometido com a vítima, referem-se à multa reparatória' (p. 21).

O autor adverte que, em que pese tenha sido sustentado que a Reforma de 1984 (Lei n. 7.209) mostrou-se preocupada com a vítima ao adotar o comportamento da mesma como parâmetro obrigatório na dosagem da pena, tal previsão não se destina à sua proteção, já que seu comportamento é analisado como fator criminógeno.

Nos anos noventa, em meio ao "movimento da Lei e Ordem", a lei que regula os Juizados Especiais Criminais 'redescobre' a vítima como "protagonista passivo do fenômeno sociocriminal", que deve ser ressarcida de seus danos (a obrigação de reparar o dano em relação à composição penal é uma das grandes preocupações da Lei n. 9.099/95). Enfim "deve-se aplaudir um diploma legal que se preocupa com o primo pobre da complexa relação processual criminal, a vítima" (p. 27).

Considera como um dos raros acertos, na parte criminal, do Código de Trânsito Brasileiro, a previsão da multa reparatória, que vem reforçar a política criminal vitimológica inaugurada pela lei supracitada.

No capítulo terceiro, o preclaro autor analisa a eficácia do Direito Penal no âmbito do Mercosul, para, ao final, concluir pela inexistência de um Direito Penal comunitário. Afirma que, se não se pode alcançar um sistema completo, poder-se-ia intentar ao menos a construção de princípios comuns. Os princípios fundamentais consolidados pelo iluminismo e agasalhados pelo nosso ordenamento (legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, humanidade, etc.), não podem ser dispensados em nenhuma hipótese, ainda que diante de um contexto maior como o Mercosul.

O quarto e último capítulo dessa primeira parte destina-se ao estudo da evolução e revisão de alguns conceitos no tocante à culpabilidade. Registra o autor que "a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade" (p. 49). São conceitos intimamente ligados; daí a conclusão de que não há pena sem culpabilidade. Assim, a acepção conferida à culpabilidade em sua

obra, como não poderia deixar de ser, é a de culpabilidade como fundamento da pena.

Tecidas as noções fundamentais de política-criminal, é na segunda parte da obra que se busca propriamente a abordagem das penas alternativas à pena privativa de liberdade. Em suas considerações preliminares, afirma que, a despeito da grande expectativa pelas necessárias e esperadas penas alternativas, vê com grande ceticismo o futuro de tais sanções, dada a falta de vontade política e infraestrutura necessária à sua adequada operacionalização. Aqui, lembra o exemplo malsucedido da Reforma de 1984, quando nenhum Estado da Federação se dispôs a construir as chamadas 'casa de albergados'. O sistema penitenciário, como era de se esperar, não recebeu a dotação orçamentária necessária para tornar possível a aplicação e execução das inovadoras alternativas.

Critica o Poder Judiciário pela falta de coragem em aplicar a pena justa, necessária e legal, a pretexto da impossibilidade de fiscalizar sua execução. Assim, ora se ignorava as penas alternativas e o condenado era recolhido à prisão, ora se concedia o *sursis* simples sem qualquer fiscalização. A consequência direta e mais grave da má aplicação das penas alternativas consagradas pela reforma foi, no entanto, a sensação de impunidade.

Em seguida, assevera que novamente corre-se o risco do fracasso e não-aplicação das novas penas alternativas, nos limites disciplinados pela Lei n. 9714/98. Considera que a ampliação da possibilidade de substituição de pena até quatro anos, em que pese represente a adoção de uma política criminal descaracterizadora, pode servir de 'desculpa' para a exasperação das penas de muitas infrações penais, no intuito de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos.

Num segundo momento, levanta os antecedentes das penas alternativas, já preconizadas por Von Liszt na luta contra as penas privativas de liberdade, através da proposta de substituição por recursos mais adequados. Destaca o surgimento de uma das primeiras penas alternativas na Rússia ('prestação de serviços à comunidade'-1926), abordando também o sistema penal inglês (que influenciou países como Austrália, Canadá e, mais recentemente, Dinamarca, Portugal, França e Brasil), alemão, italiano, sueco e espanhol.

Ainda nesse capítulo, esclarece a forma de cominação e aplicação das penas alternativas. O sistema adotado pela Lei n. 9.714/98 em relação à cominação de penas é mais flexível, mas não altera a estrutura do Código Penal. Quanto às condições gerais de aplicação, não houve qualquer modificação pela Lei. No que toca aos requisitos ou pressupostos necessários à substituição da pena (objetivos e subjetivos), o autor destaca algumas novidades advindas com o novo texto legal.

Merece destaque também a análise político-criminal da reincidência feita pelo autor, quando revela que os altos índices de reincidência têm sido apontados como um dos principais fatores da comprovação do fracasso da pena privativa de

liberdade. "É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade" (p. 93). Por outro lado, "o índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinqüente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas também por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais" (p. 94). Com a Lei 9.714/98, procurou-se relativizar os efeitos desse instituto. Assim, excepcionalmente, a reincidência dolosa não caracterizará empecilho para a substituição, isto é, quando esta for 'socialmente recomendável'.

Ressalta que, tendo a nova legislação elevado a possibilidade de substituição de penas inferiores a um ano para até quatro anos, inclusive, trata-se de lei mais benéfica, devendo retroagir para alcançar as hipóteses anteriores.

Finalmente, traz a lume outras questões apresentadas pela Lei 9.714/98- a desuniformidade da Lei com a Lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90)- esta enfatiza e exaspera a aplicação da pena de prisão; aquela prioriza as medidas alternativas (por serem políticas criminais incompatíveis, é indefensável a aplicação das penas alternativas aos crimes hediondos e similares); o 'conflito' político-criminal estabelecido entre ela e a Lei n. 9.099/95, já que não atuam na mesma faixa, quer de infrações quer de sanções penais, em que pese tenham o mesmo propósito descaracterizador; além dos limites estabelecidos fixados entre as novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo, sendo esta um instituto mais liberal do que aquela. Quanto a este último aspecto, alerta para o paradoxo estabelecido em função da infração cometida com violência ou grave ameaça à pessoa- "crimes que não admitem, em tese, a aplicação de pena substitutiva em razão da sua gravidade (...) podem beneficiar-se coma suspensão do processo!" (p. 109).

O capítulo sexto consagra as novas modalidades de penas restritivas de direitos, a par de todas as implicações trazidas pela atual disciplina. É nesse momento que o autor revela-se incansável defensor da pena pecuniária.

No tocante à *prestação pecuniária*, tem como destinatários a vítima e seus dependentes; excepcionalmente, poderá ser destinada à entidade pública ou privada com destinação social. Considera injustificada a limitação imposta pelo legislador ao condicionar o direito compensatório exclusivamente à existência de condenação decorrente de ação indenizatória. De outro lado, questiona acerca da constitucionalidade da fixação da sanção penal em salários mínimos, considerando mais adequado o sistema dias-multa.

Com relação à *perda de bens e valores*, não passa da odiosa pena de confisco, há muito banida pelo Direito Penal moderno, revelando-se inconstitucional. Ao final, adverte o autor que as sanções pecuniárias não podem ser convertidas em prisão.

Ao abordar a chamada prestação inominada (de outra natureza), destaca a sua flagrante inconstitucionalidade, por ofender o princípio da legalidade, além de

contrariar o princípio da divisão dos poderes, vez que possibilita ao juiz interpretar como bem entender, invadindo a esfera do legislativo. Nesse contexto, considera inconstitucional também a 'cesta básica'. Lembra que a conversão só é possível mediante aceitação do beneficiário, isto é, a vítima ou seus dependentes. Em virtude dessa natureza consensual, a competência para aplicar tal substituição jamais poderá ser do órgão recursal.

Por fim, apresenta as alterações sofridas na prestação de serviços à comunidade, na interdição temporária de direitos, bem como na limitação de fim de semana. Em seguida, analisa a multa substitutiva, revalorizada como advento da nova Lei, e outras penas de caráter pecuniário.

Ainda neste capítulo, merece destaque: a abordagem dos novos aspectos relativos à conversão das penas restritivas de direitos; o 'direito projetado' espanhol, que condiciona a aplicação da pena de arresto de fim de semana ao consentimento do ofendido, providência elogiável, segundo o autor, mas que não foi acolhida pelo legislador brasileiro.

O sétimo capítulo estende o exame das penas restritivas de direitos ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), e na Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98). Em relação ao primeiro, conclui que todas as penas privativas de liberdade do CTB podem ser substituídas, em princípio por penas restritivas de direitos, ainda que necessitem ser cumpridas cumulativamente com pena restritiva específica do próprio texto. Quanto à Lei ambiental, por prevê suas próprias penas restritivas, afasta a incidência das restritivas de direito do Código Penal (art. 12), e da Lei n. 9.714/98.

Por derradeiro, o autor revela os fundamentos e equívocos constantes dos vetos presidenciais concernentes à matéria.

Enfim, é incontestável o valor da obra, quer para os operadores do Direito, quer para a comunidade acadêmica, dada a clareza, objetividade e didática com que o tema é trazido a lume. Basta ver o elenco das questões abordadas pelo autor, que não se limitou ao exame puro e simples da Lei n. 9.714/98; ao contrário, justificou-a na esfera da política criminal, posicionou-se, suscitou problemas, permitiu reflexões...

Liane Barbosa Tourinho
Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá