

PENAS ALTERNATIVAS E O DIREITO PENAL MILITAR

MARIA FERNANDA DE LIMA ESTEVES [1]

Desde o início da história, a humanidade depara-se com o cometimento das mais diversas infrações, e, ao lado delas, surge a reação, isto é, a pena.

Primeiramente, esta resposta ficava a cargo da própria vítima, ou de seus familiares ou grupo, numa verdadeira vingança privada, o que levava a guerras infundáveis entre clãs e a uma eterna sensação de insegurança.

Para que isto não mais ocorresse, o Estado tomou para si o direito de punir. Acontece, porém, que a pena recaía sobre o corpo do condenado (por exemplo: mutilações e até a própria pena de morte, largamente utilizada), não havendo respeito algum à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana.

Diante dessa situação, a pena deixou de ser corporal, visando a liberdade de locomoção do condenado. A pena de prisão apareceu pela primeira vez na Idade Média, através da ascensão do Direito Canônico, que determinava como pena a membros faltosos da Igreja Católica (e depois a qualquer pessoa) o recolhimento em celas para meditação e penitência (daí o nome penitenciária, utilizado até os dias de hoje, conforme lição de João Bernardino Gonzaga) [2]. Antes de a prisão ser considerada a pena principal, ela era utilizada como a prisão cautelar é utilizada atualmente, para que o processo não fosse atrapalhado pelo réu e para que não houvesse a possibilidade de fuga, aguardando preso, desta maneira, o condenado pela pena corporal.

A prisão como pena principal começou a ter força no fim do século XVIII, começo do século XIX. Michel Foucault [3] retrata bem esta mudança no sistema punitivo: “Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios (...) Dir-se-á: a prisão, a reclusão (...) a interdição de domicílio (...) são penas ‘físicas’, com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo do condenado encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário, qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem”.

No entanto, a pena privativa de liberdade, a pena de prisão, tem graves problemas, desde a sua criação. Além da superpopulação carcerária, são apenas alguns exemplos de situações existentes no sistema prisional: o ambiente insalubre (propenso ao contágio de doenças fatais, como a AIDS), a violência e a corrupção do sistema (em que presos têm de seguir um “código de conduta”, para continuarem vivos) e o estigma que acompanhará o encarcerado, talvez eternamente (já que é muito difícil para um egresso retomar sua vida profissional, seu círculo de amigos e suas atividades cotidianas) [4].

Em muitos casos, sua própria família o abandona, suportando o estigma e o preconceito que pesam sobre ela também, deixando o ex-encarcerado sozinho, sem oportunidades e principalmente sem perspectivas.

Em verdade, ao iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade o encarcerado adentra em uma realidade completamente diferente da que ele vivia anteriormente, e ele deve rapidamente adaptar-se a sua nova condição, para, como já foi dito, manter sua vida. Esta situação hostil faz com que muitos presos, ao ganharem novamente a liberdade, voltem a delinquir, numa expressão clara da prisão como fator criminógeno [5].

Aliás, a reincidência e a não capacidade de ressocialização são demonstrações da, em regra, ineficácia da pena privativa de liberdade, criando um círculo vicioso: conforme já mencionado, muitos presos, tendo em vista a experiência prisional e todos os seus problemas, não conseguem se readaptar ao convívio social, voltando ao mundo do crime, responsabilizando a sociedade e o Poder Público; a sociedade, por sua vez, não tem seu desejo de segurança atendido, responsabilizando o próprio criminoso (que reincidiu), e também o Poder Público (que não puniu o criminoso adequadamente); a seu turno, o Poder Público processa o criminoso e o manda de volta para a prisão, cobrando da sociedade (através dos tributos) o valor para manter os estabelecimentos prisionais (mal) funcionando.

Desta maneira, o sistema clássico de pena (a pena privativa de liberdade) está em colapso e ainda que oficialmente a pena de prisão não seja uma pena corporal (da maneira como se dava antigamente) em muitos casos ela constitui-se em pena de morte (eis que muitos presos são mortos

por outros presos ou adoecem durante a execução da pena) ou prisão perpétua, já que vários presos que têm direito à progressão de regime ou até mesmo já cumpriram suas penas ainda estão encarcerados, porque não há ordem judicial determinando a soltura (ou o regime mais benéfico) ou não há como cumprir tal ordem.

Em consequência disto, novas formas de punir vêm sendo analisadas pelos estudiosos e pelo Poder Público, para que sejam efetivamente reconhecidos e aplicados direitos como os positivados no artigo 5º da Constituição Federal (proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante e respeito à integridade física e mental dos presos) e na Lei de Execução Penal (artigo 40 e seguintes), direitos que correspondem a um Direito Penal conforme os Direitos Humanos, respeitando também a proporcionalidade, exemplificada no artigo 59 do Código Penal: “... conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (ou seja, são proibidos os excessos no momento de punir), com correspondente no art. 69 do Código Penal Militar.

Então, vários países introduziram em suas legislações penas que substituem a pena privativa de liberdade, por exemplo: na Inglaterra foi instituída a pena de prestação de trabalhos à comunidade em 1.972, através do Criminal Justice Act. Mas, em 1.926 esta pena já havia sido instituída no Código Penal da ex-URSS.

Para muitos, no Brasil as penas alternativas foram instituídas no Código Penal com a Reforma de 1.984 (Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1.984). Conforme a própria Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal: “com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas”.

Um detalhe a respeito das penas alternativas é que sua nomenclatura é um tanto controversa, conforme lição de Cezar Roberto Bitencourt [6]: embora consagradas como alternativa à pena de prisão, na verdade elas são aplicadas substituindo a pena privativa de liberdade imposta na sentença, tendo em vista os artigos 44, caput, 54 e 55 do Código Penal. O ilustre autor prossegue afirmando que, em razão da inflação legislativa, novos crimes e sanções surgiram na legislação esparsa. Ele cita os exemplos da Lei nº 9.099/95, que adotou a pena restritiva de direitos de forma efetivamente alternativa à pena privativa de liberdade, e a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), cujas

penas restritivas de direito que adota são tidas como pena principal, se não houver outra pena cominada, utilizando-as quase sempre de maneira cumulativa com a pena de prisão.

Acrescente-se à inafastável argumentação do autor que não foi a reforma de 1.984 que inovou o sistema normativo brasileiro em relação às penas alternativas. Essa vertente é anterior à alteração do Código Penal comum, verificando-se já antes na legislação penal militar. No atual Código Penal Militar (CPM), por exemplo, as penas alternativas sua conformação máxima quando da análise das penas principais verificadas em alguns delitos, como por exemplo as penas de impedimento (art. 63 do CPM), de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função (art. 64 do CPM) e de reforma (art. 65 do CPM). Ressalte-se que são elas penas principais não privativas de liberdade, mas restritiva de direitos.

Deve ser ressaltado que as penas alternativas não podem ser confundidas com medidas alternativas. As penas alternativas são aquelas que substituem a pena de prisão (ou, como visto acima, são aplicadas como pena principal ou cumulativamente com a pena de prisão), e esta substituição ocorre no momento da condenação, na sentença. Já as medidas alternativas também têm a finalidade de evitar a pena privativa de liberdade, mas não substituem a pena de prisão, dada por um juiz. Exemplos de medidas alternativas são o sursis (que é a suspensão da execução da pena, mediante condições a serem cumpridas pelo condenado) e a suspensão condicional do processo, instituída no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 (que suspende o prosseguimento do processo penal, também mediante o cumprimento de condições por parte do autor do fato).

Desta feita, as penas alternativas surgiram para possibilitar que criminosos não perigosos, que cometeram crimes leves, não passem pela experiência da prisão, tendo em vista a péssima situação do sistema prisional. O condenado pode cumprir sua pena e reintegrar-se de forma efetiva ao convívio social, não voltando a cometer crimes; a sociedade tem um real sentimento de segurança, consciente de que houve a reação ao crime e que a possibilidade de reincidência é diminuta e o Poder Público cumpre a sua função em relação à criminalidade de uma maneira mais adequada, quebrando o círculo vicioso, mencionado anteriormente.

Uma questão que deve ser analisada é a eficácia das penas alternativas. Especialmente nos dias de hoje, em que os altos índices de criminalidade assustam a população, quem se opõe à

aplicação das penas alternativas afirma que elas dão a sensação de impunidade, pois não há a perda da liberdade, havendo a “impressão” de que não houve o cumprimento da pena.

O que se deve levar em consideração é que as penas alternativas têm eficácia, contribuindo para a diminuição da reincidência, bem como para o aperfeiçoamento do sistema punitivo. Entretanto, é necessária uma maior e mais efetiva fiscalização da execução das penas alternativas por parte do Poder Judiciário, exatamente para que não haja a sensação de impunidade, criando também no condenado a consciência de que ele praticou um delito, e cumpriu uma pena por isto, até porque este sistema alternativo de penas não é estanque, evoluindo como o Direito e a própria vida. Com o bom funcionamento do sistema, ele poderá ser até ampliado, e as penas alternativas aplicadas para um número maior de crimes, deixando a pena de prisão para os criminosos mais perigosos, autores dos crimes mais graves.

Desta maneira é ainda aplicado adequadamente o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, em que ele é utilizado como *ultima ratio*, como o remédio extremo, a ser ministrado com parcimônia.

[1] MARIA FERNANDA DE LIMA ESTEVES, advogada formada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Mestranda em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[2] GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em Seu Mundo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.993, p. 24 e 38.

[3] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 28ª ed., tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 2.004, p. 12 e 14.

[4] Felizmente é possível citar exceções a esses perniciosos efeitos da condenação, existindo alguns presídios exemplares, que possibilitam, de fato, uma reabilitação. Como exemplo, tome-se o Presídio Militar Romão Gomes (PMRG), da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que, em razão de uma profícua estrutura laborterápica tem, de fato, reabilitado seus internos.

[5] Mais uma vez há que apontar-se o PMRG como exceção a essa regra.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal da lei n. 9.714/98*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2.006, p. 68.