

O MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DO ESTADO-SOCIEDADE LIBERAL APLICADO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Monica Paraguassú Correia da Silva¹

INTRODUÇÃO

Podemos considerar que as penas, que hoje encontramos no nosso ordenamento jurídico como penas restritivas de direitos, se assemelham a certas penas aplicadas no passado. Entretanto, tais penas podiam ser aplicadas no lugar de penas graves como a pena de morte, ao passo que as penas restritivas de direitos atuais foram criadas com o propósito de substituir a pena privativa de liberdade, uma pena ela mesma restritiva de direito, o da liberdade.

As penas restritivas de direitos são, na presente exposição, enquadradas pelo modelo de política criminal Estado-Sociedade Liberal, aqui compreendido segundo a perspectiva de Delmas-Marty². Isto implica em compreender que elas são definidas segundo o princípio da preeminência do direito, lodo de acordo com o princípio da legalidade, este que estabelece toda a extensão de sua vigência e execução, no que consiste inclusive o princípio da judicialidade, isto é, o papel do juiz como garantidor dos direitos e liberdades do acusado. A preeminência do direito controla a relação da vítima e do grupo do social com o acusado, possibilitando a participação da sociedade civil no sistema de execução de penas restritivas de direitos de acordo com os direitos do homem.

Em certa medida, existe uma recuperação da relação existente entre vítima e acusado na composição do litígio, conforme a prática social existente ao tempo da vingança recíproca, antes do estabelecimento do sistema da vingança abstrata, segundo distinção de René Girard.³ O sistema judiciário, desenvolvido nos moldes que temos hoje, tem traços mais bem definidos a partir da Inquisição, quando então falamos do desenvolvimento de

¹ Doutor e Mestre pela Universidade de Paris 1 – Panthéon – Sorbonne; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ; Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF/RJ, de Teoria do Direito Penal e de Direito das Relações Internacionais do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais.

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle*. Paris:Puf, 1992 e *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. RJ: Revan, 1992.

uma vingança institucionalizada, abstrata, dissipada e identificada na figura do procurador do poder público, ao passo que, antes de tal período histórico, século XIII portanto, o sistema de solução dos conflitos ficava a cargo de uma vingança recíproca, que propiciava a visibilidade sobre vítima e acusado. Hoje, o sistema de penas restritivas de direitos traz algumas referências de uma relação mais próxima entre vítima e acusado, permitindo um comprometimento mais direto da sociedade civil na integração do homem apenado.

Buscando alinhar uma reflexão sobre as penas restritivas de direitos, vamos desenvolver a presente exposição em dois momentos. Primeiramente, traçamos algumas referências que expliquem a evolução da política criminal aplicada a tais penas e sua finalidade voltada ao enquadramento comportamental liberal. Posteriormente, apontamos o modelo de política criminal aplicado às penas restritivas de direitos, no que concerne ao controle do Estado e a abertura à participação da sociedade civil.

I – EVOLUÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL APLICADA ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Dentro da perspectiva retributiva e de contenção do crime, historicamente podemos encontrar referências do que conhecemos hoje como penas restritivas de direitos, tais como, a pena pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas e a interdição temporária de direitos. Ocorre que hoje a restrição se dá como medida de política criminal de substituição à pena mais severa, que é a pena privativa de liberdade.

O regime de penas restritivas de direitos tem por finalidade, além do controle social em termos de contenção do crime, também o enquadramento comportamental que incute valores da sociedade. Para tanto a evolução da restrição tem sido dirigida a direitos dentro de valorações patrimonial e não patrimonial.

³ GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. SP:Paz e Terra, 1990, capítulos II e II.

A – REFERÊNCIAS HISTÓRICAS DO ENQUADRAMENTO SOCIAL PELA RESTRIÇÃO DE DIREITOS

A restrição de direitos infere uma análise a partir de certas referências como a vingança, a desigualdade de tratamento e a exclusão social. No direito romano, a palavra *poena* teve como sentido primeiro a composição pecuniária, tendo tomado também o significado de castigo corporal e a expressão *capitalis poena* designava a pena que atingia a pessoa em sua existência jurídica, comportando a pena de morte aplicada com uma pena restritiva de direitos.⁴ A composição pecuniária é uma das principais penas restritivas de direitos utilizadas historicamente, bem como encontramos no passado outras referências do que temos hoje como penas restritivas de direitos: a pena de perda ou confisco de bens e valores e a interdição de exercício de cargos. Outras penas, contudo, foram extintas, como a de trabalhos forçados e a de destruição de casas.

A vingança é um aspecto presente nas penas restritivas de direitos. O direito romano já possuía um sistema de vingança regulamentada, sem abdicar de práticas costumeiras da vingança privada. A lei das XII Tábuas combinada com a lei de Talião previa a reparação pelo mesmo mal também pela composição pecuniária. Isto representava uma reação da parte lesada de forma equivalente ao mal cometido pelo acusado. Cabia a quem exercia o *pater familias* a responsabilidade pelo pagamento da composição pecuniária do ato praticado por filho ou escravo. Em caso de negativa, entretanto, o acusado era abandonado à vítima, segundo o sistema de abandono noxal. Trata-se, portanto do retorno à vingança privada sobre o corpo do culpado, inclusive tal vingança poderia, em caso de sua morte, recair sobre seu cadáver ou parte deste, um abandono grave, segundo Carbasse, em se considerando a importância dada à sepultura dos mortos.⁵

A pena de confisco de bens e direitos também era um dos tipos existentes no direito clássico. No Baixo-Império Romano havia uma justa-posição de sistemas bem diferentes, segundo diversos estágios evolutivos num período de transformações emergentes pelas invasões de vários povos. Outra forma de pena pecuniária utilizada no direito penal privado como no público, era a pena de multa como pagamento ao Fisco aplicada nas

⁴ CARBASSE, Jean Marie. *Histoire du Droit Pénal et de la Justice Criminelle*. Paris: Puf, 2000, p 65 e GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. RJ: Forense, 1982, p 17.

⁵ CARBASSE, Op. cit., p 64.

regulações administrativas.⁶ Desde o século XII o confisco de bens e de corpos fora limitado aos crimes graves e desde o século XIV os filhos e mulheres de condenados invocavam o princípio da personalidade da pena, já preconizado pelo jurista romano Justiniano, que traduz o princípio da individualização que hoje temos. A prisão como custódia já levava a perda dos bens no período inquisitorial, tendo tais regras ligeiramente sido modificadas a partir do século XVI.⁷

A composição pecuniária era recorrente no direito romano como o foi no direito germânico. Uma forma negociada de solução dos conflitos entre as partes em meio à vingança recíproca evoluindo como norma consuetudinária. Dentro das fases romanas politeístas de aplicação do direito, o combate ao crime atendia a uma necessidade cívico-religiosa, devendo ser a agressão ao grupo social revidada para que a cidade pudesse continuar a obter a proteção dos deuses abalada pelo cometimento do crime. Tal revide contava com as idéias de vingança recíproca, logo de retribuição, bem como de contenção do crime e buscava engajar ou restabelecer o equilíbrio entre acusado e grupo social. Assim a pena, embora exemplar e severa, não tinha só a função de punir, mas de ser um modo de equilibrar a vingança recíproca, contê-la ou afastá-la.

A composição pelo mal causado pelo acusado variava segundo sua raça ou origem, a natureza do delito e o nível social ou qualidade da vítima, como no caso daquela que estava sob a proteção do rei. Costumes, lugares e tempo contribuía nessa variação. Era uma pena condicionada a certos fatores, uma vez que só aquele que tivesse como compor o crime cometido, pelo pagamento de valores, poderia sofrê-la, sendo, portanto uma pena reservada aos homens livres. Aos homens pobres e não livres restava a pena capital, caso o pagamento não fosse prestado poderia ficar a cargo de algum familiar ou terceiro, em caso de insolvência do acusado, insolvência que poderia resultar também em torná-lo escravo da vítima, podendo esta dispor de seu trabalho ou mesmo matá-lo.⁸ Vemos, portanto que a vingança recíproca era aplicada de maneira diferenciada, particularmente atingindo de forma mais grave ao acusado sem recursos para honrar com o mal causado. Desse modo, a vingança recíproca era depositada sobre uma vítima expiatória e não dissipada dentro do

⁶ GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. RJ: Ed. Vozes, 1976, p 254.

⁷ BAIGENT, Michel e LEIGH, Richard. *A Inquisição*. RJ: Imago Ed., 2002, pp 87 e 88. CARBASSE, Op. cit., p 275.

⁸ CARBASSE, Op. cit., p 91. Os valores da composição pecuniária eram articulados segundo uma tarifa principal, o wergeld, o preço do homem, o que implica em dizer que para o rei não havia o wergeld uma vez que não tinha preço. Parte dos valores era entregue à vítima, à sua família, como ao rei.

grupo social, por outro, podemos considerar que um grupo social fosse estigmatizado por outro, seja em relação aos recursos patrimoniais, seja em relação a pertinência ou não ao meio social.

A Igreja vai exercer sua importante influência sobre a escolha das penas, bem como na própria construção da teoria do direito penal e processo penal, tendo inclusive colaborado para a substituição da pena de morte pela pena privativa de liberdade. Muito embora suas referências não sejam as da racionalidade liberal da Revolução Francesa que vai consolidar esta pena mais tarde, podemos considerar que houve a substituição da pena de morte por uma pena restritiva de direito, qual seja, a do direito à liberdade pelo direito eclesiástico da Alta Idade Média. A privação de liberdade já era estabelecida pelo direito canônico⁹ e dentro do período da prisão inquisitorial foi instituída para a captura dos acusados.¹⁰ Cabe remarcar que tal período de quase meio século tenha usado e abusado da pena capital.

Um outro aspecto da pena restritiva de direitos é a desigualdade de tratamento. A aplicação desigual de penas em termos da situação econômica do acusado e da vítima é uma constante histórica, sendo que no feudalismo e no absolutismo aparecerá de forma consolidada, períodos em que se dá a emergência do liberalismo econômico ou capitalismo. A velha questão da insolvência da pena pecuniária implicava em substituição em corporal: os pobres pagavam *com seus corpos*, enquanto que os delinqüentes afortunados pagavam com alguns trocados, conforme o que nos explica Carbasse.¹¹ Por outro lado, o referido autor nos dá conta de que em certas regiões no século XIV, onde o controle social era feito por costumes, havia duas taxas, uma para os ricos e outra para os pobres, porém com razões distintas da desigualdade acima referida. Era época do ideal cavaleresco e o valor das multas variava de acordo com a situação econômica do delinqüente: *é porque os nobres devem dar o exemplo que suas faltas devem ser pesadamente sancionadas*. Tais multas não eram composições pecuniárias entregues à vítima, mas pagas aos senhores ou ao rei.

A partir do século XIII, a justiça penal dos países do continente, tendo como referência a França havia se tornado pública, logo passa a uma justiça abstrata, onde a

⁹ CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología – represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, p 300.

¹⁰ PIERONI, Geraldo. *Os Excluídos do Reino- a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil colônia*. Brasília: UnB e SP: Imprensa Oficial, p 74.

¹¹ CARBASSE, Op. cit., pp 273 e 274.

vingança é dissipada porque deslocada do grupo social para as mãos do procurador. O procurador, representante do poder público, passa a ser o autor da ação, uma vez que o interesse da ordem pública colocava a comunidade como vítima, e mais precisamente o rei como representante do Estado emergente. O confisco de bens como pena, por exemplo, podia ser geral ou especial, entregue ao rei, ou destinado às fundações das igrejas, de escolas ou de hospitais. A pena de destruição de casa foi utilizada até após a Revolução Francesa, tendo sido instituída pelo direito canônico, tendo a Inquisição aplicado-a aos hereges.¹²A vingança atingia a pessoa como os bens, pena patrimonial ou não. As penas patrimoniais implicavam em reduzir o homem ao estado de pobreza.

A exclusão social é também um aspecto que cabe ressaltar no estudo da pena restritiva de direitos. A pena de perda de exercício de cargo ou função pública já havia sido instituída pelo direito romano, inserida dentro da punição de morte civil que constituía o impedimento de exercício de ato jurídico, dentro da noção de *poena capitalis*. A infâmia não era só uma noção moral-simbólica de não existência jurídica, mas desde o direito romano era uma pena ajustada à da perda de cargo público e às penas de exílio e deportação.¹³ Juridicamente representava a atribuição de incapacidade parcial, uma ofensa à reputação e à honra, excluindo os condenados de ocupar cargos públicos, de ser testemunhas em juízo e de obter benefícios canônicos.

A pena de exílio ou de banimento também era uma forma de pena restritiva de direitos largamente utilizada, retirando do homem o direito de liberdade de ir e vir e de permanecer no seu lugar de origem durante um período de tempo, ou mesmo para toda a vida: *excluir da comunidade os elementos indesejáveis, encarcerando-os e condenando-os ao banimento ou à morte, é uma prática que sempre existiu nas sociedades humanas.*¹⁴ Tal sistema de penas europeu foi estendido às suas colônias e no Brasil as Ordenações Filipinas vão definir a ordem jurídica penal de 1603 a 1830, vigorando anos depois da declaração de

¹² Atos dos Apóstolos 1, 20, porque no livro dos Salmos está escrito: *Fique deserta a sua habitação, e não haja quem nela habite, e torne outro o seu bispado.*

¹³ GIORDANI, *Direito Penal Romano* e PIERONI, Op. cit., p. 78: *O dicionário dos inquisidores revelava-se suficientemente claro com relação ao confisco do patrimônio: os bens do herético são de pleno direito confiscados desde o instante que o delito é cometido.(...) O imperador Frederico I, em 1220, determinava que todos os heréticos de amos os sexos serão considerados infames e espoliados de seus bens, os quais não serão considerados infames e espoliados de seus bens, os quais não serão jamais devolvidos, e em nenhum caso de seus descendentes poderão se beneficiar deles. O papa Inocêncio III decretou, em 1199 e 1200, o confisco dos bens dos hereges conforme aquilo que já era definido pelas leis civis.*

¹⁴ PIERONI, Op. cit., p. 23.

independência. Tratava-se de um sistema jurídico despótico, traduzindo idéias religiosas sobre crime e penas graves e severas.

Esses exemplos foram aqui trazidos por serem referências históricas das penas restritivas de direitos existentes no passado e que permanecem hoje, nos dando conta que existe uma distinção recorrente enquanto penas não patrimoniais e patrimoniais. Tal distinção permanece por meio de escolhas de política criminal que vão corresponder à emergência do Estado Liberal. O controle social se dá por meio de penas que visam o enquadramento comportamental liberal do homem, atendendo ao modelo de sociedade, segundo o sistema de representação social liberal, que se desenvolve a partir do século XVIII.

B _ ENQUADRAMENTO COMPORTAMENTAL LIBERAL

O sistema de penas restritivas de direitos obedece a uma lógica reformista e não revolucionária, uma vez que não havendo o desígnio, a vontade deliberada do agente, a liberdade de escolha consciente de transformação, qualquer modificação em seu comportamento será superficial, podendo-se então falar num adestramento social. Sendo assim, as penas restritivas de direitos modernamente representam uma das formas de aplicação do direito penal, *ultima ratio*, portanto uma tentativa de controle social que atua de maneira mais radical e extrema no processo de introjeção de valores ocidentais liberais.

A finalidade do direito penal de garantir a convivência pacífica na sociedade, segundo Roxin, está condicionada pela perspectiva de subsidiariedade, a um pressuposto limitador: *a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas*.¹⁵ Sendo assim, em relação à forma como tal processo se dá, entretanto, vemos que trata-se de um movimento de fora para dentro, isto é, por meio da imposição da sociedade ao indivíduo, que por meio da política do medo¹⁶, deverá aceitar, *acordar voluntariamente*¹⁷, pois do contrário será mais um jogado dentro do sistema de

¹⁵ ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. Porto Alegre: Revista Jurídica Notadez, Ano 52, nº 317, março, 2004, p 70.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. RJ: Ed. Petrópolis, 1991, p 46. Utilizamos aqui a expressão política do medo empregada por FOUCAULT como forma de reativação do poder dentro do próprio processo penal.

¹⁷As penas restritivas de direitos são aplicadas dentro de uma lógica de aceitação por parte do condenado, o que será melhor compreendido mais a frente.

privação de liberdade, ou das masmorras brasileiras, um sistema perverso e ausente de racionalidade, segundo a análise de Zaffaroni.¹⁸

As penas restritivas de direitos são encontradas historicamente conforme vimos dentro de referências patrimoniais e não patrimoniais, voltadas ao enquadramento do homem a modos de vida, de disciplina e de sujeição ao sistema de produção e poder. O homem que resiste ao sistema de controle social não propriamente pena, praticando um crime, é submetido ao sistema penal de adestramento social por meio de penas, sendo as penas restritivas de direitos alternativas à pena privativa de liberdade, forma mais grave de punição no ordenamento jurídico brasileiro. Esta pena tem como razão uma perspectiva reformista psicológica e moral, conforme o que nos revela Foucault sobre sua construção histórica, *tem em vista menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos.*¹⁹ A pena restritiva de direitos, vingança institucionalizada aberta, é substituída da pena privativa de liberdade, referência da vingança institucionalizada fechada, logo é chamada a ocupar seu lugar por ser conhecida como capaz de cumprir o seu papel. Para tanto a pena restritiva de direitos age também sobre o tempo do homem: *o tempo de vida, o tempo de existência do homem; é para isso e dessa forma que o controle se exerce.*²⁰

Dentre as penas criadas para forjar comportamentos, porém sem o caráter patrimonial, verificamos atualmente a prestação de serviço à comunidade, a limitação de fim de semana e a interdição temporária de direitos. Por seu turno, as penas de caráter patrimonial são a prestação pecuniária, a perda de bens e valores e a prestação pecuniária inominada ou de outra natureza.

A prestação de serviços à comunidade é uma pena que exemplifica o caráter voluntário das penas restritivas de direitos, devendo ser executada mediante o trabalho gratuito, logo sem a contrapartida de um pagamento, porém com o consentimento do condenado, pois do contrário seria trabalho forçado ou escravo. Seu pragmatismo está relacionado à necessidade ou suficiência uma vez que deve atender ao sentido utilitarista da pena condizente com a lógica liberal. Seu propósito é o de interiorizar valores ideológicos

¹⁸ ZAFFARONI, E.R. *Em Busca das Penas Perdidas – a perda da legitimidade do sistema penal*. RJ:Revam, 1991, p 16.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *As Verdades e as Formas Jurídicas*. In: Cadernos da PUC-RJ, Série Letras e Artes 06/ 74, Caderno nº 16, RJ:PUC, 1974, p 67.

²⁰ FOUCAULT, Idem, p 94.

da cidadania e solidariedade que pretensamente devem estar dispostos na sujeição à disciplina do sistema de produção.

A prestação de serviço à comunidade deve ser cumprida em meio à sociedade civil, em atividades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, universidades e outros estabelecimentos congêneres em programas comunitários ou estatais, dentro de um processo de institucionalização aberta da vingança, definido pela justiça abstrata.²¹ Sua execução nessas entidades não pode comprometer a jornada de trabalho profissional, uma vez que, tratando-se de pena restritiva de direitos, é um substituto da privação de liberdade, exatamente para que o elo entre indivíduo-sociedade não seja quebrado conforme ocorre nesta última pena.

O controle do tempo do homem exercido pela pena está claramente na pena de prestação de serviço à comunidade, assim como na pena de limitação de fim de semana, condicionante da sociedade industrial moderna. Assim sendo, estas penas devem servir como modo de inserção nesta sociedade. Já a pena de interdição temporária de direitos é portadora de uma certa contradição, pois age como uma forma de banimento ou exílio social. Exclui o homem de certos espaços e funções na sociedade, no que diz respeito a cargos e funções, onde teria praticado a conduta ilícita, ao mesmo tempo em que ele deve ser inserido socialmente. Pune, mas também tem por finalidade prevenir com a proibição do indivíduo de contratar com o poder público, de receber incentivos fiscais ou outros benefícios e de participar de licitações. Já a pena de recolhimento domiciliar visa a trabalhar a autodisciplina e o senso de responsabilidade.

As penas restritivas de direitos de caráter patrimonial têm por função a recomposição do mal pela via pecuniária dirigida de forma especial à vítima e de forma mais geral à sociedade. A pena de prestação pecuniária é uma forma de indenização da vítima. Trata-se da antiga composição pecuniária que existiu até a estatização da justiça penal, que colocando o poder de vingança na figura do procurador do poder público, troca a figura da vítima, rompendo com o caráter visível da vingança recíproca da justiça privada como modo de solução dos conflitos, que incidiam naquilo que a comunidade considerava como crime. A pena de perda de bens e valores e a prestação pecuniária de outra natureza ou inominada dirigem-se ao ressarcimento do dano à sociedade como um todo.

²¹ Código Penal, artigo 46, § 2º.

Vejamos algumas das questões que envolvem as penas restritivas de direitos no que diz respeito ao papel do Estado e ao papel da sociedade civil, em termos de sua aplicação e execução.

II – O MODELO ESTADO-SOCIEDADE LIBERAL DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

O modelo de política criminal do Estado-Sociedade Liberal tem por finalidade assegurar a coesão e sobrevivência do corpo social de maneira a atender a necessidade de segurança de pessoas e bens, segundo valores liberais.²² Nesse sentido, o principal valor seria a liberdade e para ser garantida necessita da preeminência dos direitos das tradições ocidentais. Esta se inscreve por meio do respeito ao princípio da legalidade e princípio da judicialidade, ambos como sendo capazes de garantir direitos e liberdades fundamentais.²³

A pena restritiva de direitos tem sua aplicação e sua execução embasada em tais princípios assegurados pelo Estado liberal. A lei a define e todo o seu contexto de aplicação e cumprimento, nisso incluindo toda a atuação do juiz, como responsabilidade do Estado. Por sua vez, a sociedade civil também participa do regime de pena restritiva de direitos, onde vítima, acusado e grupo social são colocados em relação no processo penal e na execução da referida pena.

A _ AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO SEIO DO ESTADO SEGUNDO A PREEMINÊNCIA DO DIREITO

²² DELMAS-MARTY. *Op.cit* (1992), pp 30 a 33.

²³ Vide LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed.,Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003, pp 17-24.

O regime de pena restritiva de direitos representa uma resposta buscada pelo Estado e pela Sociedade Civil como forma de servir à necessidade de uma alternativa ao sistema penitenciário esgotado pela sua ineficácia, e, portanto, sua não conformidade aos ideais do Estado Democrático de Direito. Como resposta liberal, busca a necessidade e o utilitarismo, finalidades apontadas por Beccaria para fugir da severidade descontrolada do regime absolutista.²⁴

Dessa forma, o direito penal liberal emergente das idéias dos Iluministas, será o direito penal que busca suas bases na legalidade, punindo e prevenindo o crime pela previsão legal de crimes e penas. O controle do poder do Estado seria dessa forma feito pela lei que reforça a estatização da justiça, ao mesmo tempo em que estabelece limites ao seu exercício. Entretanto, o direito penal não ficou contido nisso.

É o que nos revela Foucault, explicando que Beccaria não teria visto nascer ao lado dessa justiça estatizada, processos de controle que seriam o verdadeiro conteúdo da nova prática penal instalada a partir do século XIX, contribuindo com o esquecimento e abafamento da lição do autor da Escola Penal Clássica. Tal nova prática da penalidade foi baseada nos indivíduos, seus comportamentos e virtualidades com a função de corrigi-los.²⁵

Tal escolha de política criminal remete a pressão do Estado sobre os desvios, estabelecendo uma preocupação de controle social fortemente preventivo. A política criminal do século XIX considerava portanto necessário coibir toda forma possível de conduta que viesse a transformar-se em algo mais grave. Daí o redirecionamento não tão somente para o crime, preocupação da Escola Penal Clássica da qual Beccaria é um dos representantes, mas para a figura do criminoso, e como consequência do homem potencialmente criminoso, segundo a Escola Positiva. Isto será uma decorrência dos avanços da ciência do século XIX que redirige seu olhar para o fenômeno crime dentro do contexto, o que o cerca, a sociedade que compreende o homem, possível inclusive pelas próprias transformações sociais trazidas pela sociedade industrial.

Consideremos, contudo, que tal redirecionamento para uma pressão do Estado para os desvios, os comportamentos anti-sociais de menor gravidade hoje pode explicar a escolha por penas restritivas de direitos. Isto significa que a sociedade compreende que

²⁴ BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*.

²⁵ FOUCAULT, Op.cit.,(1974), pp 71 e 79.

determinados comportamentos não necessitam de um tratamento extremo do direito penal da privação de liberdade.

Parece que o regime de pena restritiva de direitos acumula as duas perspectivas, isto é, a da legalidade como forma de definir quais os comportamentos que podem merecer o regime em questão, ao mesmo tempo em que remetendo o controle da pena para a sociedade civil, enfraquece a pressão do Estado e traça certas linhas de retorno ao sistema privado de penas.

A lei estabelece os tipos de penas e as condições a que deve o condenado preencher para poder ter substituída a pena privativa de liberdade. O princípio da legalidade afirma a necessidade de clareza sobre o crime e sua pena, a fim de que as finalidades desta sejam realizadas, atingindo o ideal de eficácia e utilitarismo liberal. Sendo assim, verificamos uma certa dificuldade de ser tal princípio atendido largamente, uma vez que uma das penas restritivas de direitos, previstas no nosso ordenamento jurídico, é a chamada de prestação pecuniária de outra natureza, cuja falta de clareza na sua definição vem sendo suprida pela prática penal judiciária. Esta é uma questão que pode incidir em ambigüidade e desembocar na fragilização do princípio da isonomia ou igualdade.

A legalidade impôs o caráter substitutivo e autônomo das penas restritivas de direitos. Dessa forma, não se trata de medida de segurança, acessória, mas um instrumento de defesa social integrador. O que foi manifestado pelo livre arbítrio e pelo determinismo imposto pela sociedade são postos em confronto de maneira a atender a defesa da sociedade.

O próprio princípio da legalidade abre espaço à margem de apreciação do juiz, configurando o princípio da judicialidade, ambos consolidando o que se chama de preeminência do direito das tradições jurídicas ocidentais.

O princípio da legalidade fundamenta também a conversão da pena restritiva de direitos, isto é, nos casos de descumprimento injustificado desta retorna-se a pena mais grave da privação de liberdade. Por conta desta questão de ser a privação de liberdade medida extrema, dentro da lógica da subsidiariedade de Roxin e do sistema legal garantista de Ferrajoli, a margem de apreciação deixada ao juiz é bastante considerável.²⁶

²⁶ ROXIN, Op. cit e FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría do Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

Afirmadas como favoráveis as condições legais para aplicação da pena substitutiva da pena privativa de liberdade, portanto da pena restritiva de direitos, sua aplicação não é de direito subjetivo absoluto, face a necessidade de intervenção do princípio da judicialidade. Cabe também ao juiz avaliar a existência ou não de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos imposta para o caso de conversão. Logo, determinar se tal descumprimento deve levar ou não à perda do direito à pena restritiva de direitos.²⁷

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos só é possível segundo critérios apurados ao tempo da aplicação in concreto da pena, portanto dentro da análise e adequação do princípio da individualização da pena. Dessa forma, condutas culposas e dolosas são contempladas pelo sistema de penas restritivas, entretanto estas devem ter sido cometidas com isenção de violência ou grave ameaça, bem como, a substituição só pode ocorrer para penas aplicadas por um período de até quatro anos. Tal objetividade, entretanto, é controlada pela análise da subjetividade do acusado, uma vez que o juiz para a aplicação individualizada da pena deve considerar um perfil individual e social daquele que está sendo julgado, logo o homem e suas circunstâncias, a extensão do livre arbítrio e o determinismo contextual. Sendo o condenado considerado juridicamente reincidente em prática de crime de mesmo tipo, embora não correspondente ao mesmo dolo específico, o juiz poderá aplicar o regime de pena restritiva de direitos. A faculdade atribuída ao juiz dirige-se à possibilidade de aplicação de pena que seja considerada socialmente recomendável.²⁸

A lei ambiental 9605 de 1998 dá uma orientação ainda mais precisa para a aplicação da pena restritiva de direitos segundo recomendações sociais. A atenuação desta será feita quando o condenado tiver baixo grau de instrução ou escolaridade, como também no caso de arrependimento, manifestar-se espontaneamente na reparação do dano ou limitação significativa da degradação ambiental causada ou no caso de sua comunicação prévia do perigo iminente de degradação ambiental, ou ainda, no caso de colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

²⁷ Código Penal, artigo 44 § 4º.

²⁸ Código Penal, artigo 44 § 3º. A reincidência genérica em crime doloso não impede a imposição de pena restritiva de direito, quando, em face da condenação anterior, a resposta penal substitutiva se mostrar socialmente recomendável, STJ 15948/SP; Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2004/0047935-9.

B – A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA INTEGRAÇÃO DO HOMEM NA SOCIEDADE

O modelo Estado-Sociedade Liberal que aplica uma menor pressão da intervenção do Estado permite a participação da sociedade na resposta de política criminal à conduta ilícita. A abertura à sociedade civil é aqui compreendida pela participação do acusado, da vítima e do grupo social.

No que concerne ao acusado que torna-se condenado à pena restritiva de direitos, vemos que o corpo social espera que com tal medida venha o dito delinqüente aprender comportamentos de solidariedade e cidadania. Tais ideais já deveriam, em verdade, terem sido forjados em seu espírito durante todo o processo de crescimento da infância até a fase adulta, por meio dos aparelhos ideológicos sociais ou instâncias de socialização, tais como família, escola, igreja, clube, etc. Sendo assim, a fase adulta do homem é aquela em que já teria encontrado o seu equilíbrio pessoal, psicológico, moral e social, uma vez que teria absorvido os valores sociais como seus. No caso do cometimento do delito significa que o seu preparo pelo corpo social não foi atingido ou foi insuficiente.

A pena enquanto medida do âmbito do direito penal age enquanto *ultima ratio*, medida extrema sobre aqueles indivíduos que não compreenderam o que significa viver em sociedade, não aceitando o respeito à ordem jurídica escolhida pelo corpo social.

Sendo assim, para o corpo social que escolhe a política criminal, o indivíduo que não aprendeu os valores da cidadania e da solidariedade terá a chance de tal aprendizagem por meio da coerção do direito penal. Conforme visto mais acima deverá, portanto passar pelo processo de adestramento social, imposto de fora para dentro, com tendência, em consequência, reformista, uma vez que estará submetido a ações, regras de conduta por meio de uma pena.. Tais ações e regras lhe são impostas de maneira a serem criados certos hábitos, comportamentos, disciplina de respeito a regras, breve respeito à lei, aos valores da sociedade, ao modo de vida e produção dessa sociedade.

No caso, por exemplo, da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, o condenado deve ser submetido às regras definidas pela sociedade civil determinadas nas entidades públicas ou privadas, onde irá prestar a pena imposta. Espera-

se que com uma hora diária de prestação de serviço comunitário por dia de condenação, durante um certo período de tempo²⁹, o homem seja capaz de compreender o que é viver em sociedade. Conforme o que diz a lei, este trabalho deve ser voluntário, sem atentar contra sua jornada normal de trabalho profissional³⁰, responsável por seu sustento. Isto nos dá conta de duas coisas, uma, que a lei considera que o condenado esteja trabalhando e outra, que a função da pena está associada ao trabalho e que teria, portanto a função social de contribuir para o enquadramento do homem ao sistema produtivo.

Assinalamos, então, a lógica do Estado Policial do controle disciplinar e vigilância calcado para atender ao sistema de produção liberal, conforme a perspectiva de Foucault.³¹ Prestando serviços comunitários, o indivíduo deve poder assimilar valores por meio de tarefas, disciplina e vigilância da instituição aberta pública ou privada para a qual foi designado. Sendo assim, passará pelo processo de institucionalização da justiça abstrata, que sobre ele aplica a vingança recíproca, mas que foi dissimulada pela justiça institucionalizada.

A prestação de serviço comunitário, como já dito, é voluntário, pois do contrário seria trabalho forçado. Tal voluntariedade ou aceitação é visada de maneira a atender o caráter consensual de uma composição do litígio, previsto no próprio processo que permite a substituição por pena restritiva de direitos, configurando um sistema acusatório dentro dos moldes do sistema legal garantista.³² Dessa forma, estando na audiência de conciliação presentes o possível autor do fato (possível, pois não tendo uma sentença transitada em julgado deve-se considerar o princípio da presunção de inocência), a vítima e mais o Ministério Público, fica melhor identificada a neutralidade do juiz, própria do sistema acusatório, conforme descrito pela lei 9099 de 1995.³³ Ao mesmo tempo permite o confronto vítima-acusado no jogo da razão processual, tal sistema da conciliação e consenso, o que nos faz pensar na velha processualística do direito medieval onde se estabelecia a composição pecuniária dentro da lógica do valor econômico e da contenção da vingança por meio do consenso entre as partes do jogo. Este foi atualizado pelo sistema do garantismo legalista, que vai nortear os limites da regra do jogo e assegurar ao acusado

²⁹ Código Penal, artigo 46 §3º.

³⁰ Código Penal, artigo 46 § 3º.

³¹ FOUCAULT, *As Verdades e as Formas Jurídicas*, capítulo V.

³² FERRAJOLI, Op. cit., 1997.

³³ Lei 9099 de 1995 dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, artigo 72.

direitos e liberdades definidos pelo Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que permite a proximidade entre vítima e acusado e a reparação da vítima pela transação.

Tratando-se então de conduta que implique em menor potencial ofensivo, crimes que a lei estabeleceu respostas penais substitutivas da pena privativa de liberdade serão submetidos à transação de um sistema conciliatório. Nestes termos, vemos uma forte correspondência ao sistema conciliatório existente no antigo direito germânico que compõe o imaginário social contemporâneo ocidental. O acordo era a forma de regulamentação e de solução dos conflitos, uma vez que a violência era reconhecida como recíproca.

O processo penal se dava nos moldes de uma guerra particular, da luta entre particulares. O direito era uma forma de regulamentar a vingança recíproca numa transposição então simbólica da tradicional forma de solução de conflitos por meio de armas. A guerra era decidida pelo mais forte, aquele que tinha os meios bélicos, do contrário só o pagamento poderia resolver a questão pendente. Isto sugere que não se tratava de restabelecer a verdade, mas sim identificar aquele que tinha meios de fazer prevalecer sua vontade, entenda-se seu direito. As riquezas definiam, portanto, na sociedade feudal, o direito.

O jogo de provas era então um jogo de forças que decidiam o litígio. As regras desse jogo eram determinadas pelas partes envolvidas, portanto acordadas entre vítima e acusado, o que em última análise solucionava o conflito por meio de um pagamento, a composição pecuniária. A transação colocava fim ao problema evitando que a vingança fosse perpetuada numa violência vingativa resgatada. Não havia nesse jogo de provas a busca pela verdade, mas a busca de quem tinha razão. Incluía-se como regra o perfil da importância social do acusado e da vítima, o que garantia a posição e importância no corpo social e não a inocência e veracidade dos fatos.

Tal jogo estratégico em alguns pontos está presente em nosso ordenamento jurídico, hoje conforme verificamos no exemplo acima da lei 9099, bem como em certos aspectos da aplicação do princípio da judicialidade na escolha das penas restritivas de direitos. Na prática judiciária, vemos que aqueles que possuem recursos podem recompor o dano por meio de pagamento de cestas básicas, possibilidade interpretada como presente na pena restritiva de direitos chamada pela lei de prestação de outra natureza, a que nos referimos colocando em questão sua relação com o princípio da legalidade. Fica a pergunta se o

pagamento traz o sentido da responsabilidade ao acusado sobre sua conduta ilícita, cuja interiorização ou reconhecimento sincero sobre a responsabilidade de seu erro é uma das finalidades históricas da pena. Por outro lado, aqueles que não dispõem de recursos financeiros pagam por meio da prestação de serviços à comunidade. A resposta do pagamento com os corpos, para aqueles que não tinham condições outras de pagamento, já foi mais acima exemplificada por ocorrências do século XIV, apontadas por Carbasse.

Podemos, contudo, lembrar que o sistema legal atual afasta-se do processo penal das referências passadas, já que reforça o acesso aos direitos e liberdades aos acusados, assegurando o cumprimento da lei por um juiz imparcial, exatamente no processo ajustado de modo a reequilibrar a relação vítima-acusado e dessa forma, dar reais condições de integração do homem ao corpo social.

Quanto ao grupo social no regime de pena restritiva de direitos. A execução da pena de prestação de serviços à comunidade é experimentada pelo grupo social por meio da participação do mesmo conforme o estabelecimento pela lei. A pena de prestação de serviço à comunidade executada em entidades comunitárias e públicas traz a sociedade civil para a participação na reforma do homem delinqüente, proporcionando alguma chance real de integração ou de não rompimento da integração deste homem com o meio social.

Importante remarcar aqui a participação da sociedade civil como resposta ao crime, por meio do exemplo da experiência da universidade, para além de suas funções típicas. A universidade como instância de socialização atua no processo de transformação social do desvio, do qual o direito penal corresponde ao topo do controle social, segundo Hassemer ou a *ultima ratio*, para Roxin. Sua diferença face aos demais meios de transformação social está nos objetos e instrumentos que utiliza. O direito penal é um dos âmbitos de exercício do controle social, portanto não o único: *não se pode tratar os problemas da criminalidade se os outros processos de desenvolvimento da cultura pessoal e social e a socialização não obtêm êxito*³⁴.

Nesse sentido, ressaltamos o engajamento da Universidade Federal Fluminense por meio de convênio com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A UFF vem abrindo espaços para acolher condenados à pena restritiva de direitos, um processo que vem crescendo, uma vez que tendo começado tal abertura em espaços do Hospital Universitário

³⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p 416.

Antônio Pedro, estendeu-se por outros departamentos da universidade, como no caso do Departamento de Sociologia, bem como da Faculdade de Direito³⁵. Tal tarefa de engajamento da comunidade acadêmica demonstra a importância da universidade como espaço público de reflexão e prática social, responsável na integração do homem no corpo social.

PARA IR MAIS LONGE

É fato que as tarefas determinadas aos apenados que trabalham nesses espaços da universidade não vão desenvolver grandes formações profissionais aos que por elas passam. Entretanto, os aspectos éticos e morais pela abertura desses espaços pode contribuir para a reconversão do olhar dos participantes do corpo social, de modo a verificar e compreender que o delinqüente é alguém que precisa de melhores condições para que possa compreender sua importância como parte do corpo social, o que demonstra uma relação retro-alimentadora. O corpo social precisa compreender e refletir sobre sua importância no repensar de um novo sistema penitenciário. Conhecendo os condenados que executam a prestação de serviços à comunidade, os membros da sociedade civil, que com eles terão contato mais direto, podem compreender e sensibilizar-se pelas questões que envolvem o sistema penitenciário, criando vínculos de solidariedade. Vão compreender que o sistema penitenciário não pode ser relegado a um mundo a parte, porque tem retorno, uma vez que um dia o condenado recluso será libertado.

A proximidade com um condenado poderá dar cara real ao sistema penitenciário _ o condenado, o outro, passa a ser alguém de carne e osso. É dessa experiência da identificação do outro que pode vir a contribuição para a reformulação de um sistema penitenciário que atenda ao princípio da legalidade, fazendo-o sair da marginalidade, deixando de ser um fator criminógeno e violento.

Conforme o alinhavado, o sistema de penas restritivas de direitos pode estar servindo para resgatar o elo entre vítima, acusado e grupo social, de modo a que seja

³⁵ Devemos aqui remarcar além da própria importância do trabalho institucional da UFF, o engajamento da Faculdade de Direito graças ao empenho da professora Edna Del Pomo do Departamento de Sociologia, como coordenadora do projeto dentro da universidade, do professor Márcio Brandão e da professora Jurema Stussi, Diretor e Coordenadora da Faculdade de Direito, respectivamente, bem como da presente autora, responsável pelo projeto de acompanhamento do apenado dentro dessa faculdade, que conta com o apoio técnico do secretário dessa instituição Valdir Valle.

possível a realização dos direitos e garantias fundamentais trazidas pelo liberalismo. Se o propósito da pena é o de fazer o homem que delinqüiu absorver os valores do sistema de produção liberal, que seja esse então verdadeiramente atingido, integrando o homem na sociedade.

A administração da justiça criminal vem crescendo com o aumento da criminalidade. A Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro é uma espécie de indústria dessa administração, uma vez que nos últimos anos aumentou de tamanho em espaço, em número de funcionários, em número de assistentes sociais e psicólogos. Pode ser que o sistema de penas restritivas de direitos seja o aspecto positivo dessa indústria, que sobrevive e cresce a partir do aumento da criminalidade e que possamos fazer um inventário, no futuro, de uma avaliação positiva desse chamamento da sociedade civil na integração do homem condenado na execução da pena restritiva de direitos.

BIBLIOGRAFIA

BAIGENT, Michel e LEIGH, Richard. *A Inquisição*. RJ: Imago Ed., 2002.

BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*.

CARBASSE, Jean Marie. *Histoire du Droit Pénal et de la Justice Criminelle*. Paris: Puf, 2000.

CÓDIGO PENAL.

CUELLO CALÓN. *La Moderna Penología – represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle*. Paris: Puf, 1992.

_____ *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. RJ: Revan, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría do Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *As Verdades e as Formas Jurídicas*. In: Cadernos da PUC-RJ, Série Letras e Artes 06/ 74, Caderno nº 16, RJ: PUC, 1974.

_____ *Vigiar e Punir*. RJ: Ed. Petrópolis, 1991.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. RJ: Forense, 1982.

História de Roma. RJ: Ed. Vozes, 1976.

GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. SP:Paz e Terra, 1990.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

LEI 9099 de 1995 sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

PIERONI, Geraldo. *Os Excluídos do Reino - a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil colônia*. Brasília: UnB e SP: Imprensa Oficial, 2000.

ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. Porto Alegre: Revista Jurídica Notadez, Ano 52, nº 317, março, 2004.

ZAFFARONI, E.R. *Em Busca das Penas Perdidas – a perda da legitimidade do sistema penal*. RJ:Revan, 1991.