

ARTIGOS ORIGINAIS

A (IN)CONSTITUCIONAL PENA ALTERNATIVA DA PERDA DE BENS E VALORES

Aline Rodrigues da Silva¹

Helena Akiyama

Helintha Coeto Neitzke

Juliano Garbuggio

Ludmila Vaz Gimenes

Silvana Tormem

Bacharelado em Direito

Jaqueline Odorico Tourinho²

Centro Universitário de Maringá

RESUMO: O objeto do presente trabalho é sobre a polêmica pena da perda de bens e valores, inserida pela Lei 9.714/98 no Código Penal, art. 43, II, que veio para regulamentar o art. 5º, XLVI, "b" da Constituição Federal. Polêmica porque, de acordo com alguns doutrinadores é a odiosa pena de confisco que deveria estar extinta de todas as legislações dos países democráticos de direito, mas, para outros – e nesta linha é que o grupo se filia – a referida pena é perfeitamente legal, por isso, aplicável. Assim, nesta pesquisa procuramos, *a priori*, demonstrar a falência da pena de prisão, bem como os malefícios que traz ao apenado, propondo, por isso, nos casos em que se fizer possível, sua substituição. Após, tratamos brevemente das penas alternativas, num modo geral, e adentramos na pena alternativa da perda de bens e valores, diferenciando-a da pena de confisco, defendendo sua constitucionalidade, bem como trazendo alguns outros assuntos interessantes – e por isso pertinentes – à comunidade científica. Entretanto, como se vê neste trabalho, esta pena embora presente na nossa legislação, vem sendo aplicada em raros – para não dizer nenhum – casos, colocando, destarte, em dúvida sua utilidade. Por isso, numa análise final, propomos algumas sugestões para sua melhor aplicabilidade, tendo-se em vista que é um grande instrumento que, uma vez adequado à realidade social, poderá ajudar o magistrado na luta por uma sociedade mais digna e justa.

PALAVRAS-CHAVE: pena substitutiva; constitucionalidade; aplicação

THE (IN)CONSTITUTIONAL ALTERNATIVE PENALTY ON VALUABLE LOSS

ABSTRACT: *The object of the present work is about the polemic penalty on the loss of valuables, inserted by the law 9.714/98 in the penal code, art. 43, II the came to regulate art. 5º, XLVI, 'b' of the Federal Constitution. It is polemic because, according to some teachers, it is the hateful confiscation penalty that should be extinct from all legislations in the rightful democratic countries, whereas, to others – and it is in this line that the group is a member – such a penalty is perfectly legal and applicable. Thus, in this research we tried 'a priori' to show the bankruptcy of the prison penalty, as well as the bad sides that it brings to the indicted, proposing where possible its substitution. After briefly dealing with alternative penalties in general, we talk about the alternative penalty on valuable loss, showing the difference with the confiscation loss, defending its constitutionality, as well as bring other interesting matters – and therefore pertinent – to the scientific community. However, as we can see in this work, although this penalty is present in our legislation, it has been applied rare, not to say no, cases, making its usefulness doubtful. Therefore, in a final analysis, we propose some suggestions for its improved applicability, since it is a great instrument that, once adequate to the social reality, it can help the magistrate in the fight for a more dignified and just society.*

KEY WORDS: *Alternative penalty, constitutionality, application.*

¹ Discente do bacharelado em Direito do Centro Universitário de Maringá

² Docente da disciplina Direito Penal II do bacharelado em Direito do Centro Universitário de Maringá, Mestre em Direito.

Introdução

Na antiguidade era comum tanto aos familiares quanto à própria vítima a realização de vingança particular, como forma de punir o autor da lesão de um direito. Nesse período surge, naturalmente, no meio social, a chamada lei de Talião, ou seja, "olho por olho, dente por dente". Nessa lei, consagrada por várias legislações como a Lei das XII Tábuas, a punição do mal praticado era dada de acordo com a gravidade do ato.

A pena, na sociedade antiga, não dizia respeito à pessoa do criminoso, mas sim ao ato praticado por ele, contrário aos costumes. Punia-se, assim, o ato cometido pelo infrator, sendo dosada a punição de acordo com a gravidade que era atribuída ao ilícito. Com o passar do tempo essa forma de punir transformou-se numa reparação ao dano causado à vítima.

Surge, mais tarde, a etapa da composição voluntária. Nessa fase existia uma compensação econômica em que o delinqüente e a vítima entravam em acordo, posteriormente sendo conhecida como composição tarifada. Muito depois, a punição do delituoso passou a depender de arbitragem, ou seja, era facultada às partes envolvidas a escolha de um árbitro para a estipulação da pena. Após esta etapa, surge a vez do Estado monopolizar o direito de punir, fazendo-o através de critérios científicos objetivando tanto a intimidação quanto readaptação social do criminoso.

O Direito Penal começa uma nova fase com o fim do século XVIII e início do século XIX. As formas que na época predominavam como justas no âmbito penal, como corpos esquartejados, amputados, marcados, simbolicamente, nos rostos ou nos ombros, expostos vivos ou mortos, um verdadeiro espetáculo público, não mais existem. Diferentemente desta fase a nova se constrói não com a publicidade de punições ao corpo, mas sim, com reclusões, banimento e trabalhos forçados.

No século XIX, a carceragem surge como meio adequado para a recuperação do delinqüente, perdurando por muitos anos. Nos dias atuais prevalece uma certa convicção de que as penas privativas de liberdade devem ser destinadas apenas a situações de reconhecida necessidade. De tal modo, busca-se os chamados substitutivos penais, que constituem as penas alternativas como medida humanizadora para a reintegração do indivíduo à sociedade.

A exigência da mão-de-obra livre no sistema industrial traz a pena privativa de liberdade. Em meados do século XIX, essa forma de punição atinge seu cume. Diante de tanto, a punição adquire um fim corretivo, e o que encontramos é o surgimento de um grande número de prisões.

Ainda nesse século, quando a prisão passou a ser a

principal resposta penalógica, acreditavam que seria o melhor método para reformar o delinqüente. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para demonstrar a falência da pena de prisão como medida retributiva e preventiva. Contudo, como diz BITTENCOURT (2001), "a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível".

Criado em 1948, o Código Universal dos Direitos Humanos instituiu o respeito pela vida na medida em que consagra um conjunto de valores comuns à humanidade. Considerando que na atualidade a pena de prisão, para além de seu fracasso, constitui a síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis. Assim, percebeu-se a necessidade de ressocializar o condenado, porém não dentro da prisão.

Seguiram-se vários congressos da ONU que enfatizaram a necessidade não somente da redução do número de reclusos, mas sobretudo de solução alternativa à prisão, e o escopo de reinserção social dos delinqüentes. Logo que redigidas as regras mínimas sobre o tema, o oitavo congresso da ONU recomendou sua adoção. Tais regras foram denominadas Regras de Tóquio, que são Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.

As regras de Tóquio enunciam um conjunto de princípios básicos para promover emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a penas substitutivas de prisão. Além disto têm por objetivo "promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade" (GOMES, 1999, p.96).

Embora as regras não tenham força de lei ou contenham obrigações legais, não se pode negar seu valor interpretativo (ao menos como norma consuetudinária) no que se refere às penas e medidas alternativas. Para GOMES (2000), "quem viola tais princípios básicos não é merecedor de aprovação, seja interna, seja internacional".

A prisão, não só no Brasil como em outros países, não educa, mas corrompe, avilta, desmoraliza, denigre, e embrutece o presidiário. O sistema carcerário, já falido, dificulta uma possível recuperação do indivíduo; não o prepara para uma reintegração harmônica na sociedade e, por vezes, chega a arruinar a personalidade do delituoso, razão pela qual defendemos que devem ser utilizadas as medidas alternativas para os condenados a penas menores.

Von Liszt, em 1882, foi um dos primeiros a manifestar-se contrário às penas privativas de liberdade, com o *Programa de Marburgo*, em que sustentou que "a pena justa é a pena necessária". A busca de alternativas à pena prisional deu início a um combate à pena privativa de liberdade. Essas idéias progressistas estenderam-se por toda a Europa. Já

no Brasil, apesar dessa expansão o legislador brasileiro não previu nenhuma pena alternativa à de prisão, visto ter o Código Penal Brasileiro de 1940 se inspirado no *Código Penal Rocco Italiano* de 1930, de caráter fascista.

Saindo da esfera da validade da pena de prisão, e partindo para o aspecto de sua execução, podemos melhor enxergar como a privação de liberdade encontra-se em crise. Qualquer cidadão médio é capaz de afirmar o caos de nossas penitenciárias, bem como a insuficiência do orçamento que lhes é destinado.

Outro grande problema que a prisão traz é o da dificuldade do ex-detento em se ressocializar. Isto porque, além do ambiente carcerário ser oposto à sociedade livre, os tratamentos desumanos que são aplicados aos apenados, como insultos, castigos sádicos, superpopulação carcerária, falta de higiene, verbas escassas, entre tantas outras mazelas, contribuem ainda mais para tornar o detento um ser totalmente desqualificado para a vida em sociedade.

Ademais, não podemos esquecer que um “pequeno” criminoso colocado no meio de detentos de alto grau de periculosidade, tende a como um deles, haja vista que o sistema carcerário não faz distinção entre os infratores, simplesmente amontoando-os como se fossem todos iguais.

Já no campo sociológico, os efeitos decorrentes da prisão se mostram de uma forma ainda pior; vejamos:

Segundo estudos de Goffman (sociólogo americano), os agentes penitenciários transformam os detentos em seres passivos que devem satisfação total a esses agentes, produzindo, desta forma, inúmeras depressões e degradações nos internos.

Esse processo que é imposto aos condenados faz com que estes não admitam as regras ditadas pela sociedade exterior, vivendo de acordo como aprenderam no cárcere.

Partindo para o campo da psicologia, a prisão produz graves transtornos nas condutas dos detentos, especialmente pelo fato do isolamento. Estudos comprovam que, quanto mais longa for a pena privativa de liberdade, maiores os índices daqueles que se apresentarão paranóicos, depressivos, além de outras patologias.

Há que se falar também – embora não muito divulgado no nosso meio – dos problemas sexuais que a prisão desenvolve. Parece que o pensamento das autoridades ainda não se desenvolveu nos últimos séculos, uma vez que ignoram a problemática de que as atividades sexuais não terminam quando da reclusão deste. A repressão sexual contraria a própria natureza humana e as conseqüências dessa opressão são, dentre outras, problemas físicos e psíquicos, como o aumento da tensão nervosa, deformação na auto-imagem do recluso, uma vez que serão “obrigados” a manterem relações homossexuais, ainda que sejam heterossexuais e, por conseguinte, a destruição do casamento do detento.

Após a análise de todos estes problemas, não é difícil entender o porquê de tantos motins e rebeliões em presídios, que, principalmente nos últimos anos, têm alertado toda a nação com imagens estarrecedoras. Estas manifestações, na verdade, servem unicamente para comprovar que o confinamento do infrator apenas adia o problema, não o resolvendo.

Destarte, conclui-se que a pena de prisão não deve ser de todo abolida, mas sim reformada e humanizada, aperfeiçoando a pena privativa de liberdade quando necessária substituindo-a quando se possa; isto é, quando a pena for de curta duração, esta deve receber uma medida alternativa à pena privativa de liberdade, uma vez que, como diz ROSCIM (1974, p.17): “a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”. E, por outro lado, as penas privativas de liberdade devem ser aplicadas nas de longa duração uma vez que os condenados são, na maioria das vezes, indivíduos realmente perigosos e de difícil recuperação.

Dentre as penas alternativas, abordaremos, em especial, uma polêmica: a pena da perda de bens e de valores. Polêmica porque, a entendimento de uns, é totalmente inconstitucional, e, para outros, é a prescrita pena de confisco, que fora banida do Direito Penal Moderno há muito tempo. Entendimentos à parte, nosso objetivo é analisar esta pena em sua essência e tentar apresentar soluções para que sua utilização ocorra de uma maneira mais eficaz e justa.

Penas: aspectos gerais

No século XX a opção pelas penas alternativas tomou corpo, enquanto nos anos oitenta deste século autores tratavam timidamente o assunto, passaram a indicar a pena alternativa como solução, se não resolutive, menos maléfica frente à crise do sistema prisional.

As penas alternativas foram introduzidas na legislação penal brasileira através da lei 7.209/48. O legislador brasileiro criou substitutivos penais para as penas privativas de liberdade de pequena duração. As penas alternativas adotadas eram: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Com a edição da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, podemos encontrar de forma clara a mutação na visão sobre a pena alternativa.

Com o advento da Lei 9.714/98, amplia-se um pouco mais o novo modelo de Justiça Penal inaugurado em 1995 com a Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais. Assim, o modelo penal clássico, defensor da pena de prisão, que continua servindo de base inspiradora da política criminal brasileira paleorrepressiva, expressada em leis penais puramente simbólicas nesta década - leis dos crimes

hediondos, do crime organizado, da falsificação de remédios etc. - contrapõe-se, alternativamente, ao novo modelo de Justiça Criminal.

Quando queremos nos referir a penas e medidas alternativas em conjunto falamos em alternativas penais. Porém, cabe uma distinção conceitual entre medida alternativa e pena alternativa.

Medida alternativa é qualquer instituto legal cabível antes ou após a condenação que evite o encarceramento, como exemplos temos a clássica suspensão condicional da pena (*sursis*) concebida desde o século passado e a suspensão condicional do processo, que permite sua suspensão mesmo antes do início da instrução criminal.

Já pena alternativa significa sanção de natureza criminal que não implique privação de liberdade como a multa e a prestação de serviço à comunidade proveniente de uma sentença. No atual direito positivo brasileiro, pode-se aplicar pena alternativa (também chamada restritiva de direitos) nas infrações penais de menor potencial ofensivo, que são geralmente fruto da Lei 9.099/95, podendo-se aplicar pena alternativa a um indivíduo que passou por toda instrução probatória, foi condenado a uma privativa de liberdade e na mesma condenação o juiz converteu essa pena em uma das dez espécies de alternativas existentes em nosso Código Penal. Logo, tanto medida alternativa como pena alternativa constituem as alternativas penais à prisão.

A lei 9.714/98 acrescentou dois tipos de penas alternativas: prestação pecuniária e perda de bens e valores, aplicáveis nos crimes dolosos nos quais a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos; que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça; que o condenado não seja reincidente em crime doloso e, se for, que o mesmo não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (artigo 44, I, II, § 3º). Nos casos de crimes culposos, a lei não estabeleceu qualquer requisito de ordem objetiva, admitindo-se a substituição independentemente do *quantum* da pena aplicada.

As penas alternativas contribuem para a suavização da desumanidade do nosso sistema penitenciário, porém, isoladas, em nada ajudaram. Devem vir acompanhadas da construção de novos presídios, com a posterior retirada dos condenados definitivos das cadeias públicas, bem como a separação do preso provisório do definitivo; a necessidade de instalação em terras do Poder Público de colônias agrícolas e industriais, a fim de utilizar a mão de obra do preso, permitindo-lhe o desconto de um dia de pena para cada três de trabalho.

O discurso das penas alternativas, embora se tem conhecimento que elas isoladamente não representam a solução para o nosso grave problema carcerário, é muito recente e importante, tendo em vista que o Brasil as aplica para apenas 2% dos condenados, não se comparando à

Alemanha, Cuba e Japão (que fixam tais penas em 85% dos casos), Estados Unidos (68%), Inglaterra (50%). Esta análise nos permite concluir que países com melhores condições econômicas adotam as penas alternativas e o índice de reincidência é de 50%.

No nosso pobre modelo penitenciário, que deposita fé no encarceramento de todos os criminosos, a taxa de reincidência é de 85%. Além disso, não nos é permitido esquecer que gastamos, em média, quinhentos reais por mês com cada um dos cerca de 45 mil detentos de menor potencial criminoso, cujos crimes cometidos não excederam, em tese, cem reais, ou seja, não são mais fixadas na sentença condenatória, em conjunto com as penas privativas de liberdade. Agora, o magistrado, de início, na sentença condenatória fixa a pena privativa de liberdade e, entendendo que o condenado preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substitui por pena alternativa. Quando a pena aplicada não for superior a quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena, se o crime for culposo, tem cabimento a substituição. Porém, se o réu for reincidente em crime doloso, em princípio, não faz jus à substituição. E também não conta com tal substituição quando sua culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade ou ainda os motivos e circunstâncias não o recomendarem.

As penas aplicadas ao delito, seja ele doloso ou culposo, inferior a um ano de privação de liberdade, podem ser operadas com a substituição, como a imposição de pena de prestação de serviços comunitários ou de uma pena restritiva de direitos. Se superior a um ano, e não excedendo a quatro quando doloso o crime, ou mesmo superior em se tratando de crime culposo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos.

A Lei de Penas Alternativas, apesar de seu pouco tempo em vigência, já está para ser modificada. Em agosto de 2000, o Poder Executivo enviou projeto de lei ao Congresso Nacional alterando diversas disposições da parte geral do Código Penal, dentre elas o art. 44. Caso aprovada a nova redação, será cabível pena alternativa em condenações inferiores a 4 anos, mesmo que o crime seja praticado mediante violência ou grave ameaça, ou seja, atualmente se o delito provoca dano físico à vítima ou a mesma é gravemente ameaçada, há, como foi dito, um óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade pela alternativa.

Assim, se o projeto que está no Congresso virar lei poderá ser aplicada pena alternativa em crimes de grave impacto para as vítimas e para sociedade, como no caso do delito de lesão corporal gravíssima que pode provocar incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou

função; deformidade permanente ou aborto, cuja pena é de 2 a 8 anos. O que mais nos preocupa é que essas graves modificações aumentam sobremaneira o campo de alcance das penas alternativas, cujo monitoramento dos réus condenados é de difícil execução, sem falar que a sociedade não tem discutido esse projeto já apresentado no Congresso.

As penas alternativas podem ser consensuais ou não consensuais. As consensuais exigem o consenso do autor do fato na substituição, como ocorre na transação penal, por exemplo. As penas alternativas não consensuais dividem-se em diretas ou substitutivas. A diferença consiste em que nas primeiras o juiz as aplica diretamente, sem passar pela pena de prisão (é o caso da multa, por exemplo, no art. 135 do CP); já nas segundas, o magistrado primeiro fixa a prisão para depois substituí-la. As penas substitutivas, por sua vez, compreendem as penas restritivas de direitos (hoje são nove as modalidades) e a multa.

No que se refere às medidas alternativas, do mesmo modo, tanto existe as consensuais (suspensão condicional do processo, composição civil extintiva da punibilidade) como as não consensuais (*sursis*, perdão judicial etc).

Embora se tenha diversas classificações, uma específica adveio, qual seja: a) *infrações de lesividade insignificante* (as quais não são tuteladas pelo direito penal, tendo em vista a sua insignificância); b) *infrações de menor potencial ofensivo* (aquelas cujos delitos com pena de prisão não excedem um ano, bem como as contravenções que admitem as soluções consensuadas da lei dos juizados criminais); c) *infrações de médio potencial ofensivo* (as que admitem a suspensão condicional do processo – pena mínima não superior a um ano – ou penas substitutivas – crimes culposos e crimes dolosos com pena até quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa); d) *infrações de grande potencial ofensivo* (todos os crimes considerados graves, como por exemplo o homicídio simples, previsto no art. 121 de CP, porém, não se esquecendo que os crimes hediondos aqui não se incluem); e) *infrações hediondas* (às quais rege-se-ão pela lei dos crimes hediondos).

Com essa classificação, podemos dizer que as penas alternativas incidem prioritariamente nas infrações de menor potencial ofensivo e nas de médio potencial ofensivo. Porém, não se nega a possibilidade de incidência das substitutivas nos demais grupos (excluídas, é claro, as infrações de lesividade insignificante), que comportam o *sursis*, o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho etc.

Permanece válida a classificação das penas restritivas em *genéricas* e específicas, aquelas, as que podem ser aplicadas para qualquer infração e as específicas, como o próprio nome diz, aplicáveis somente quando o legislador

declarar.

O *sursis* só é cabível em relação à execução da pena privativa de liberdade, conforme o art. 77 do CP, não se permitindo nas penas substitutivas e nas restritivas. Assim, portanto, a preferência deve ser dada à substituição da prisão por outra pena alternativa. Não sendo possível essa substituição, deve-se averiguar a pertinência do *sursis*.

Não se pode negar, em tese, que as penas substitutivas são aplicáveis às contravenções, consoante o disposto no art. 12 do CP. Deve-se dizer “em tese”, porque como sabemos, as contravenções são infrações de menor potencial ofensivo. GOMES (2000) nos ensina que

conflito dessa natureza deve ser solucionado prioritariamente no âmbito dos juizados criminais (transação penal). Depois, a preferência é da suspensão condicional do processo. Por último, havendo o devido processo ‘penal’ (que seguirá, por sinal, o rito sumaríssimo), em caso de condenação à pena privativa de liberdade, nada impede a incidência das penas substitutivas. Em seguida, não sendo o caso, deve-se pensar no *sursis*. Se incabível, impõe-se ao juiz determinar o regime de cumprimento da pena, tendo primazia o ‘aberto’. Em última instância, o ‘semi-aberto’.

Quando impossível a cumulação entre prisão e pena restritiva de direitos, necessário será assinalar as exceções: a) Código do Consumidor (art. 78), que prevê a pena restritiva como cumulativa ou alternativa à prisão; b) art. 69, § 1º, do CP (concurso material de crimes); c) art. 44, § 5º (superveniência de condenação a pena privativa de liberdade compatível com a pena substitutiva anterior).

Não podemos nos esquecer que a lei é clara no sentido da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva, no entanto, não se pode substituir a de multa. Da mesma forma não se pode substituir a prisão civil, cuja natureza é distinta da privação da liberdade penal. Esta prisão é meio ou instrumento coercitivo para se alcançar o cumprimento de uma obrigação. Já a prisão penal é consequência de uma infração penal, não instrumento coercitivo.

Explicando um pouco mais as penas alternativas presentes no Código Penal atual, encontramos as seguintes:

A **prestação pecuniária** consiste no pagamento pelo agente à vítima, de um determinado montante em prestações, cujo valor será definido pelo juiz de acordo com a capacidade financeira do agente e com a gravidade do dano causado à vítima. De acordo com o artigo 45, parágrafo 1º do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou a seus dependentes e ainda à entidade pública ou privada com fim social, prestando a quantia fixada pelo juiz sendo esta não inferior a um salário mínimo e nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

A palavra “multa” vem do latim *mulcta*, que significa reproduzir, multiplicar, isto porque antigamente sua quantia

era fixada multiplicando o dano produzido pelo delito (PRADO, 1980 p. 7). A pena pecuniária em legislações arcaicas permite uma certa analogia nos dias atuais com as perdas e danos da área cível, pois se revestia de um caráter indenizatório.

Podemos, assim, encontrar a pena pecuniária em várias civilizações. Nicola Marvulli, penalista grego, afirma que "as penas pecuniárias encontraram o máximo favor, pois o conceito de sanção estava indissolavelmente ligado à necessidade da reparação do dano determinado pelo ilícito". Essa forma de punir era a mais usada em ilícitos penais relevantes, aplicando-se a pena de detenção excepcionalmente. Em determinada época a propagação do uso da sanção pecuniária era tamanha que chegava a substituir certos delitos originalmente punidos com a morte.

No direito Penal Romano a pena de multa era submetida à *provocatio ad populum*, se esta fosse aplicada em seu limite máximo (multa suprema), o que era feito através dos chamados *Concilia Plebis Tribuna*. Contudo, no final do século IV A. C., praticamente todas as penas foram subordinadas ao procedimento do *provocatio* (confirmação popular). Ao mesmo tempo era possível a subtração à aplicação da pena mediante exílio voluntário.

Entre os germânicos, no direito Penal, predominava originariamente a vingança de sangue (*blutrache*), a qual foi aos poucos substituída pela composição voluntária, depois obrigatória. Tal obrigação se dependia compensação do dano com uma quantia em dinheiro.

Quanto ao Direito Penal Brasileiro, só a partir de 1830 é que se pode dar ênfase a sua existência, com o nascimento do Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, já que anteriormente (a essa data) predominava a legislação de Portugal.

Por sua vez, os Estados Unidos criaram em 1830 o Código Criminal, o qual inovou a pena de multa, criando o dia-multa, que estipulava ao infrator a pena de pagar certa quantia regulada pelos lucros do condenado em um dia de serviço. Tal foi a importância desse instituto que, em 1890 nosso código, inspirando-se no americano tratou do assunto igualmente, apenas deixando de aplicar, na parte especial, multa sobre isto.

Em 1940, deixamos de aplicar o dia-multa, e o legislador fixou caso a caso o mínimo e o máximo da multa, dando ao juiz a tarefa de estipular o "quantum" para o réu.

Contudo, com a Reforma Penal de 1984, o legislador voltou a adotar o antigo dia-multa, tornando a multa menos agressiva, e caracterizando-a de acordo com a situação econômica do infrator.

A prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública: de acordo com o artigo 46 do Código Penal, esta pena consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas,

orfanatos e/ou outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

O cumprimento da pena obedece à disponibilidade do réu, de forma a não prejudicar a sua fonte de sustento, sendo de natureza compulsória e não remunerada.

Com efeito, a primeira vantagem dessa pena alternativa é que através dela os fins de reprovação e prevenção podem facilmente ser alcançados. Não se pode negar o seu caráter retributivo. Afinal, o condenado fica vinculado durante meses (e até anos, se for imposta como condição do regime aberto) à obrigação de trabalhar gratuitamente para a comunidade nos finais de semana, sem prejuízo de suas atividades habituais. Nesse aspecto, ela é um mal como resposta ao mal praticado.

Um fator bastante importante é a integração social que esta pena proporciona, porque ao trabalhar para a comunidade, o condenado percebe que pode ser uma pessoa útil, que pode deixar de agredi-la através do crime e passar a ter condutas honestas, e voltar ao convívio social adequado, sem o descumprimento de preceitos legais.

A restrição temporária de direitos: consiste na privação por um determinado período do exercício de atividades para os quais o agente se encontrava anteriormente habilitado. De acordo com o artigo 47 do Código Penal são: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares.

A interdição temporária de direitos visa impedir que o agente atue, em determinada atividade, sem que com isso perca sua liberdade de ir e vir cerceada. Mas para a aplicação dessa pena, exige-se que a infração tenha a ver com as obrigações inerentes à profissão, ou que tenha ocorrido, em caso de abuso da capacitação profissional.

Aplicação da pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo é aplicável quando da prática de delito culposo de trânsito (art. 57). No entanto, há dificuldade na aplicação desta sanção, porque faltam meios para uma fiscalização efetiva, e a possibilidade do agente apenado em determinado Estado vir a obter nova habilitação em outro Estado da Federação.

A limitação de final de semana é definida no artigo 48 do Código Penal e preceitua que a limitação de fim de semana é a obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Há grande dificuldade quanto à execução destas penas, dada a inexistência de casas de albergamento, assim aplica-se o albergue domiciliar como alternativa para que a decisão

condenatória desta pena não tenha efeito meramente documental. Assim, enquanto não adotadas medidas que permitam o cumprimento real dessa reprimenda, inquestionável que ela não deve ser escolhida.

Por fim, aparece a **pena da perda de bens e valores**, a qual trataremos (em capítulo) à parte.

Que as penas alternativas são melhores e mais dignas que a prisão é algo indiscutível; que podem contribuir para atenuação do grave problema carcerário brasileiro não se nega. Porém o mais sensato é prevenir o delito através de programas que incentivem e conscientizem as pessoas, tanto no nível primário (os motivos do crime), como no nível secundário (criar obstáculos aos delitos), e no terciário (recuperação do delinqüente, visando a sua não reincidência). Defender a construção de presídios, desse modo, não se justifica, ou melhor, só se justifica como medida de última instância, porque como sabemos, o político socialmente correto é aquele que zela pela construção de mais escolas, creches, centros sociais, hospitais, centros de saúde, de lazer, entre outros.

Lei 9.714/98 e as principais mudanças que ela trouxe

Com a alteração advinda pela Lei 9.714/98, o art. 43 prevê cinco penas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Convém lembrar que esse rol de penas é taxativo, não possibilitando ao juiz discricionariamente aplicar outras medidas que contenham a prisão. Mister lembrar, ainda, da multa substitutiva, prevista no art. 60, § 2º do Código Penal.

Porém, não se pode esquecer que a pena de interdição temporária subdivide-se em quatro, ou seja, além das seis já citadas, temos ainda as penas de proibição do exercício de cargo, proibição do exercício de profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares. Portanto, hoje, soma-se dez (nove restritivas e mais a multa). A última sanção cominada é a prestação de outra natureza - art. 45, § 2º.

Pena da perda de bens e de valores

A **perda de bens e valores** veio regulamentar o artigo 5º, XLVI, alínea "b" da Constituição Federal, que enumera a perda de bens como uma das penas a serem adotadas em nosso País. Esta modalidade de pena não se refere à perda de bens e valores obtidos com a prática do crime, mas os pertencentes ao condenado. O teto do valor vai até o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro (o que for maior). A perda se dará em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e consiste na

transferência de patrimônio pertencente ao agente para o Estado, como forma de ressarcimento de danos ou prejuízos que tenham sido acarretados pelo condenado em sua conduta delituosa.

Preceitua o artigo 45, parágrafo 3º do Código Penal: "a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvadas a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime."

Destinam-se os valores levantados através desta pena ao fundo Penitenciário Nacional - que os utilizará para reformas e obras em estabelecimentos prisionais - resguardando-se a legislação especial tendo como valor de seu teto o montante do prejuízo causado ou do produto obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do delito. Os bens podem ser móveis, imóveis ou semoventes, também os títulos de crédito, as ações e outros papéis que representem valor econômico e pertençam ao patrimônio do condenado.

Esta pena é o meio através do qual o Estado visa impedir que instrumentos idôneos para delinqüir caiam em mãos de certas pessoas. E, exatamente por isso, a Constituição Federal prevê no art. 243, parágrafo único, a expropriação, isenta de indenização de glebas utilizadas para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, além de confisco de bens apreendidos em função da prática do narcotráfico. Estabelece como base de cálculo o prejuízo causado pelo delito ou o proveito auferido pelo agente ou terceiro. Em havendo diferença entre o prejuízo da vítima e o montante da vantagem obtida, há de se preferir o maior.

Os instrumentos do delito são as coisas materiais de que se valeu o agente para cometer a conduta, favorecendo-se da posse ilícita, ficando abrangido todos os benefícios, sejam eles diretos ou indiretos, isto é, as coisas que constituam utensílios para fabrico, alienação, uso, porte ou detenção para a prática de fato ilícito. O objeto jurídico da norma é assegurar a boa execução da política econômica nacional, procurando proteger também o mercado financeiro e os investimentos em geral, sendo que em todos os crimes há ofensa ao Estado.

Assim, a pena consiste em retirar do agente o benefício que auferiu com o crime, além de privá-lo da vantagem, diminuindo seu patrimônio e desestimulando a reiteração. Desta forma a atividade criminosa não ocasiona lucro, além de enfraquecer o poder econômico, servindo até para desconstituir uma eventual estrutura já existente para o cometimento de ilícitos.

Da diferença entre o confisco e a pena da perda de bens e valores

Com o advento da Lei 9.714/98, que inseriu no Código Penal, ainda que timidamente, o sistema de penas alternativas ou substitutivas da privativa de liberdade, denominadas restritivas de direito, introduzindo no art. 43 a polêmica pena da perda de bens e valores, a doutrina desde então tem encontrado grande dificuldade em se posicionar a respeito da semelhança ou diferença com a pena de confisco.

Para BITTENCOURT (2001), a perda de bens e valores trata-se, na verdade, “da odiosa pena de confisco, que, de há muito, foi prescrita pelo direito penal moderno”. Para esse autor a pena não passa de uma ficção político-jurídica para impor uma sanção repudiada na maioria dos países democráticos de direito. O autor classifica o confisco em “confisco-pena” e “confisco-efeito da condenação”. O confisco pena destina-se ao fundo penitenciário nacional, é o patrimônio pertencente ao condenado. O confisco-efeito destina-se a união, como receita não tributária, são os instrumentos e produtos do crime.

MIRABETE (1999) e LIVIANU (s/d) seguem a mesma linha de raciocínio e entendem ser a perda de bens e valores também denominada de confisco, tendo por objetivo extrair parte do patrimônio do condenado, correspondente ao que amealhou ilícitamente, com a ação criminosa.

Por sua vez, DE JESUS (1999) entende que “não devemos confundir a perda de bens e valores como pena (CP art.43, II) e confisco (CP, art. 91). Este constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o produto do crime na pena alternativa, os bens e valores são de natureza e origem lícitas.

Nosso entendimento está de acordo com este último posicionamento, tendo em vista que são evidentes as diferenças existentes entre a pena de bens e valores e o confisco.

A priori, o confisco não está elencado entre as penas restritivas de direito (art. 43 do CP), encontrando-se discriminado no art. 91, inciso II, do Código Penal.

Outra diferença é que, enquanto o confisco visa tão somente a apreensão dos instrumentos do crime e seus produtos, a pena de perda de bens e valores atinge todos os bens do condenado, ou seja, busca-se reparar o dano através do seu próprio patrimônio que poderá atingir até o montante referente ao prejuízo causado, ou do provento obtido pelo agente, ou por terceiro, em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior.

Deste modo, enquanto o destino do lucro obtido através do ato ilícito na pena da perda de bens e valores é para o Fundo Penitenciário Nacional, ressalvando destinação diversa que lhe for dada, no confisco os valores irão para a

União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa fé.

Por fim, o confisco poderia, no máximo, ser confundido com a pena de multa, que se aplica em retirar do patrimônio do condenado, compulsoriamente, determinada soma em dinheiro, podendo chegar a 1.800 (mil e oitocentos) salários mínimos de acordo com o art. 49 do Código Penal, até 18.000 (dezoito mil) salários mínimos, no caso de crimes contra o sistema financeiro (art. 33 da Lei nº 7.492/86).

O papel do Ministério Público diante da pena da perda de bens e valores

A pena de perda de bens e valores está relacionada fundamentalmente com o combate da criminalidade do “colarinho branco” e com a reparação do prejuízo experimentado pela vítima em face do crime da Lei 9.714/98. Incluíam-se as figuras do confisco e do dever de indenizar a vítima no Direito Penal, como mera condição de consequências civis acessórias, oriundas da condenação criminal. Nota-se, contudo, que a pena privativa de liberdade tradicionalmente foi e ainda é a regra geral. Diante desta mudança no Direito Penal o Ministério Público deve reavaliar seu papel e seus objetivos ao longo do processo criminal, pois é ele quem propõe a ação penal e colhe as provas que embasarão o julgamento do juiz que irá decidir na substituição ou não das penas restritivas de direitos.

Portanto as investigações relacionadas ao volume patrimonial do acusado, como a quebra do sigilo bancário e fiscal são iniciativas que deverão se tornar mais comuns ao Ministério Público em busca de provas. Esta pena tem por objetivo extrair parcela do patrimônio do criminoso, correspondente ao proveito amealhado ilícitamente por meio da ação criminosa. A retirada dos valores que ilícitamente enriqueceram o criminoso tem sido preocupação dos princípios de Direito, que jamais tolerou o enriquecimento sem causa. Esta é a razão por que a Lei 9.714/98 transformou o confisco em pena restritiva de direitos. Desta forma exerce o Estado verdadeira tutela administrativa dos interesses privados atingidos pelo crime.

Da constitucionalidade da pena da perda de bens e valores

É natural a discussão acerca da constitucionalidade da pena da perda de bens e valores. Para BITTENCOURT (1999, p. 120), o artigo 5º, XLVI da Carta Magna é de todo inconstitucional, pois estabelece que a “pena criminal” transmita-se aos sucessores, nos limites da herança; em outros termos, pode passar da pessoa do condenado. Para este autor, esta previsão viola os princípios constitucionais da individualização e da personalidade da pena, porque

permite que esta ultrapasse a pessoa do condenado, ignorando, inclusive, que a morte deste é a primeira e principal causa extintiva da punibilidade e da própria sanção penal. “Pena extinta não pode ser cumprida”.

Para Jorge Henrique Schaefer Martins, “não há que se falar em afronta ao princípio constitucional, principalmente por competir à legislação ordinária definir as modalidades de pena passíveis de aplicação, bem como sobre a forma de processamento das ações penais e seus resultados, não se cuidando de uma medida nova, ao contrário, empresta-se ao efeito secundária da sentença condenatória importância diferente, por transmudar verdadeiramente em punição”⁶.

Ao nosso ver, é perfeitamente constitucional a pena de perda de bens e valores, uma vez que atende ao princípio da legalidade previsto no art. 5º XXXIX da Constituição Federal. Além de que a decretação da perda de um bem ou de qualquer valor só será efetivada após a sentença judicial, observando, desta forma, o princípio constitucional do devido processo legal, isto é, ninguém será privado de seus bens ou coagido a efetuar pagamento sem defesa em processo que lhe assegure o contraditório, porquanto o direito de propriedade envolve garantia constitucional.

Se fôssemos enquadrar perda de bens e valores como inconstitucional pelo simples fato dela se transmitir aos sucessores do condenado, ultrapassando a pessoa do mesmo, como diria Bittencourt, todas as demais penas também não seriam constitucionais, tendo em vista que ao menos indiretamente elas atingem não apenas o réu, mas todos os do seu convívio, como por exemplo, no caso da aplicação da pena alternativa de prestação pecuniária, em que não só o apenado a cumprirá, mas toda a sua família sofrerá com os gastos extra-orçamentários impostos na sua sentença.

Por estas e outras, afirmamos com total convicção que a pena de perda de bens e valores prevista no art. 5º, inciso XLVI, alínea “b”, da Carta Maior, guarda perfeita consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e tantos outros textos internacionais, assim como a nossa Constituição.

Jurisprudências

Abaixo, algumas jurisprudências, a fim de demonstrar, na prática, a utilização desta pena.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – PENA – DOSIMETRIA – SUBSTITUIÇÃO – Se o réu é primário, tem bons antecedentes e não ostenta personalidade criminosa, a pena deve ser fixada no mínimo, caso não haja outras circunstâncias que recomendem particularmente maior

severidade. O aumento decorrente da continuidade não precisa obedecer, necessariamente, critério objetivo ou matemático, em função do número de fatos. Nos crimes patrimoniais, salvo quando praticados com violência ou em circunstâncias que evidenciem especial periculosidade, a melhor pena é, de regra, a que atinge o bolso do delinqüente. Para tanto, nada mais indicado do que a substituição da pena privativa de liberdade pela perda de bens e valores no montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro em consequência do crime. Se a pena for superior a um ano é recomendável aplicar uma segunda pena restritiva de direitos, preferencialmente a de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de fim de semana. Substituição, no caso concreto, da pena privativa de liberdade, fixada em 2 anos e 8 meses de reclusão, pela pena de perda de valor patrimonial, e, ainda, pela limitação de fim de semana. (TRF 4ª R. – ACr. 96.04.58814-1 – RS – 1ª T. – Rel. p/o Ac. Juiz. Amir José Finocchiaro Sarti – DJU 27.01.1999).

APELAÇÃO – DEPÓSITO DE VALORES APREENDIDOS – ARTIGO 34 LEI 6368/76 -MEDIDA PROVISÓRIA 1713-3 ARTIGO 34, § 3, LEI 9.804/99 – Tendo o juiz determinado na sentença, que já transitou em julgado, a perda de bens e valores apreendidos (artigo 34 da Lei 6368/76) em favor da União – artigo 91, II, b, CP, fica prejudicado o apelo de decisão indeferitória de depósito no curso do processo, embasada na MP – 1713 (Lei 9.804, de 30 de junho de 1999). Prejudicado. (5 fls.) (TJRS – ACR 699194700 – 3ª C.Crim. – Relª Desª Juíza Elba Aparecida Nicolli Bastos – J. 15.06.2000).

STJ – A decretação da perda de um bem ou de qualquer valor, ainda que após a verificação da existência do crime de tráfico de entorpecentes (e drogas afins) e da identificação de sua autoria, só deve ser efetivada através da sentença judicial, observado o princípio constitucional proeminente – o do devido processo legal. Nenhum cidadão pode ser privado dos seus bens (ou coagido a efetuar pagamento) sem defesa, em processo em que se lhe assegure o contraditório, porquanto o direito de propriedade constitui garantia constitucional (RT 735/551).

Conclusão

A pena da perda de bens e valores introduzida no Código Penal (art. 43, inciso II) ampliou o rol de penas restritivas de direito, tendo como principal objetivo a restituição do prejuízo causado pelo infrator, a fim de satisfazer os anseios da sociedade e do Estado, encontrando uma efetiva sanção para os crimes contra a economia popular, o sistema financeiro, e principalmente os crimes de “colarinho branco”.

Para a sociedade torna-se satisfatório e econômico retirar o dinheiro e os bens desses criminosos ao invés de colocá-los na prisão, pois, caso contrário, após cumprir a pena, iriam desfrutar dos proveitos obtidos com a prática do crime.

Embora a perda de bens e valores esteja disposta no Código Penal, raramente é aplicada, levando os magistrados a utilizarem as penas de privação de liberdade, detenção, reclusão e também as de multa, mesmo quando os crimes forem cometidos contra o patrimônio público, devido aos requisitos exigidos para a sua aplicação. E, também, conforme opiniões de magistrados, a melhor forma seria aplicar a pena de prestação pecuniária, tendo em vista que será destinada a uma instituição social local do que ao Fundo Penitenciário.

Para que esta pena viesse efetivamente atender aos anseios da comunidade e levar os magistrados a aplicá-la com maior intensidade, mister seria que a pena da perda de bens e valores pudesse constituir novo e autônomo instituto penal, sem as amarras a que estão enfiadas as penas restritivas de direito, como por exemplo, não atender ao requisito do limite máximo de 4 (quatro) anos para a sua aplicação, tornando-se assim mais eficaz.

Somente desta forma, poderemos dar a nossa contribuição para a formação de uma sociedade mais justa, digna e livre dos meandros daqueles que só querem enriquecer-se às custas do alheio.

Referências

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito criminal – v.1).
- GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Penas Alternativas – a competência de sua aplicação**. Revista Consultor Jurídico, 21 de Dezembro de 1998.
- LIVIANU, Roberto. **Tese sobre o papel do Ministério Público na diante da pena de bens e valores**. 13º Congresso Nacional do Ministério Público.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. Curitiba: Juruá, 1999.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. **Pena de Multa**. Maringá: Sugestões Literárias S/A, 1980.