

SERVIÇO PÚBLICO COMUNITÁRIO COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DO REGIME ABERTO

THE PUBLIC SERVICE AS A SPECIAL CONDITION OF THE OPEN REGIME

VLADIMIR BREGA FILHO*
ALEXANDRE MOREIRA VAN DER BROOKE**

RESUMO

No presente artigo será discutida a viabilidade da imposição do serviço público comunitário como condição especial de cumprimento de pena no regime aberto. Para tanto, será feita uma análise dos argumentos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a adotar posicionamento no sentido da sua inviabilidade, em especial no que concerne ao suposto *bis in idem*, buscando demonstrar que a prestação de serviço público comunitário enquanto condição especial do regime aberto não se reveste de natureza jurídica de pena, mas sim de ônus processual.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Regime Aberto. Serviço Público Comunitário. Condição Especial. Ônus Processual.

ABSTRACT

In this article we discuss the feasibility of imposing public service as a special condition of imprisonment in the open regime. Thus, we'll perform an analysis of the arguments that led the *Superior Tribunal de Justiça* to adopt a position contrary to that viability, particularly in regard to the alleged *bis in idem*, seeking to demonstrate that the public service as a special condition of the open regime is not a legal penalty, but a procedural burden.

KEYWORDS: Criminal Execution. Open Regime. Public Service. Special Condition. Procedural Burden.

SUMÁRIO: Introdução. 1 – O Serviço público comunitário. 1.1 – Serviço público comunitário enquanto pena alternativa. 1.2 – Serviço público comunitário enquanto ônus processual. 2 – A vedação à

* Docente do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Mestre pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: bregafilho@uol.com.br.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR; Juiz de Direito do Estado do Paraná. E-mail: broocke11@hotmail.com.

prestação de serviço público comunitário como condição especial do regime aberto. 3 – As consequências da vedação estabelecida no enunciado n° 493 da Súmula de jurisprudência do STJ. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O papel da pena no Estado Democrático de Direito vem sofrendo constante reavaliação por parte da jurisprudência e da doutrina, sendo que atualmente é possível afirmar com certa segurança que o caráter ressocializador prevalece sobre o retributivo, ainda que alguns setores da academia não aceitem que a ressocialização seja, de fato, um objetivo condizente com o respeito aos direitos individuais do preso (CARVALHO, 2003, p.139-142) Questiona-se, nesses segmentos da doutrina, entre outros pontos, se é coerente buscar a ressocialização de alguém que, na maioria dos casos, jamais pôde ser considerado socializado.

De toda forma, ainda que tal discussão seja pertinente sob o prisma da criminologia, não é este o enfoque do presente estudo, em que se buscará analisar a fixação da prestação de serviço comunitário como condição especial do regime aberto à luz da legislação penal, da Lei de Execução Penal e, principalmente, da Constituição da República. Para tanto, é importante estabelecer como premissa que a pena detém duplo caráter, segundo a doutrina tradicional e o disposto no artigo 1º, da Lei n° 7.210/1984, qual seja: ressocializador e retributivo.

A questão da imposição de condição especial para o cumprimento de pena no regime aberto, consistente na prestação de serviço público à comunidade, ganhou especial relevância com a vedação estabelecida no enunciado da súmula n° 493 do Superior Tribunal de Justiça.

Até então, diversas Cortes vinham estabelecendo os critérios de imposição da condição especial em pauta por intermédio de dispositivos insertos nos seus respectivos Códigos de Normas. Aliás, a própria Lei de Execução Penal prevê essa possibilidade em seu artigo 119.

Todavia, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.107.314-PR, afetado pela sistemática estabelecida no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, atinente à controvérsia discutida em recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, afastou a possibilidade de imposição do serviço público comunitário como condição especial de cumprimento da pena no regime aberto, sob o argumento de que haveria *bis in idem* entre a pena privativa de liberdade e a pena restritiva de direito. Além disso, o STJ adotou orientação no sentido de que o artigo 119 da Lei nº 7.210/1984 não foi recepcionado pela Constituição da República, a qual atribuiu à União a competência para legislar em matéria penal.

Diante de tal posicionamento jurisprudencial, alguns questionamentos se colocam como imprescindíveis.

A princípio, uma série de institutos integrantes do sistema normativo penal merecem ser analisados em perspectiva segundo esse novo paradigma estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial a suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, sem mencionar a transação penal de que trata a Lei nº 9.099/95. Referidos institutos, se analisados sob a ótica adotada pelo STJ por ocasião da edição da súmula nº 493, podem ter sua constitucionalidade contestada pelos mesmos argumentos expressos na fundamentação do acórdão prolatado nos autos de Resp nº 1.107.314-PR.

Nesse exercício de reflexão, que tem por objeto o trabalho comunitário, tomado enquanto consequência processual ou consequência sancionatória dependendo da situação, é imprescindível que se lance mão de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico penal. Por outro viés, não se pode ignorar a caótica conjuntura carcerária em que o país se encontra imerso, nem tampouco o dever de proteção do direito social fundamental à segurança pública que recai sobre o Estado (SANTIN, 2004, p.80).

1 O SERVIÇO PÚBLICO COMUNITÁRIO

O serviço público comunitário, enquanto pena, está previsto na Constituição da República, no seu artigo 5º, inciso XLVI, alínea “d”, ainda que com outra denominação, qual seja, “prestação

social alternativa”. Daí decorre uma série de dispositivos legais que tratam da prestação de serviço público comunitário no âmbito do ordenamento jurídico penal e processual penal.

Seguindo a tendência de fortalecer o caráter fragmentário do Direito Penal, o legislador instituiu o procedimento afeto aos crimes de menor potencial ofensivo, os quais passaram a ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais, segundo o rito estabelecido na Lei nº 9.099/95. Na referida Lei, ainda que indiretamente, fixou-se, no seu artigo 76, a possibilidade do noticiado transacionar com o Ministério Público, anuindo com a imposição imediata de uma sanção alternativa e, em contrapartida e sem qualquer assunção de culpa, ver sua punibilidade ser declarada extinta.

Posteriormente, a Lei nº 9.714/98 inseriu modificações na Parte Geral do Código Penal, principalmente no tocante aos artigos 43 e seguintes, adequando a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos ao contexto constitucional, sendo que o serviço público comunitário passou a ter novos critérios de aplicação, segundo a atual redação do artigo 46, do Código Penal.

Ainda é oportuno citar a prestação de serviço público comunitário como condição para a suspensão condicional da pena, tal como previsto no artigo 78, §1º, do Código Penal.

Da detida análise dos dispositivos legais acima mencionados, é possível concluir que a prestação de serviço público comunitário conta com um caráter dúplice. Se por um lado pode ser considerada sanção penal alternativa, por outro pode ser tida, também, como ônus processual penal.

1.1 SERVIÇO PÚBLICO COMUNITÁRIO ENQUANTO PENA ALTERNATIVA

A atividade laborativa é considerada como uma das condições caracterizadoras da humanidade desde tempos imemoriais. Sem buscar aprofundar-se demasiado na busca pela origem dessa concepção, é interessante mencionar que o trabalho enquanto fator legitimador da propriedade privada e relevante componente na formação do contrato social já é reconhecido desde o contratualismo de Locke (LOCKE, 1973, p.51-52). Também é pertinente destacar

que as relações de produção se revelam como verdadeiro esqueleto da sociedade burguesa (HABERMAS, 1997, p.69), em especial se consideradas as características da pós-modernidade consumista e globalizada.

Infeliz ou felizmente, a depender do espectro político de preferência do leitor, o *TER* representa um valor de extrema relevância no atual estado social da civilização ocidental, sendo que o indivíduo é qualificado na medida de sua capacidade produtiva.

Longe de pretender questionar esse estado de coisas, há que se reconhecer que o trabalho é, segundo as mencionadas premissas, um meio de socialização do indivíduo.

Diante disso, o legislador, utilizando-se do trabalho e de outros meios, buscou priorizar o caráter ressocializador da pena sem, no entanto, olvidar do seu aspecto retributivo, estabelecendo os critérios para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Nessa esteira, é interessante mencionar que no projeto de lei que redundou na Lei nº 9.714/98, estava prevista mais uma modalidade de pena alternativa, qual seja, o “recolhimento domiciliar”. Além disso, também havia previsão de que, em se tratando de condenações inferiores a seis meses, o juiz poderia, acaso entendesse suficiente, tão somente admoestar verbalmente o sentenciado. Ambas as modalidades de penas alternativas foram vetadas pelo Presidente da República, justamente por se mostrarem despidas de caráter coercitivo e por serem esvaziadas de conteúdo retributivo, ainda que esta última razão não se tenha feito constar expressamente na mensagem de veto.

De toda sorte, é inegável que a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos é um instituto que torna explícito o viés filosófico adotado pelo Estado, segundo o qual o caráter ressocializador da pena deve prevalecer sobre o seu objetivo retributivo. Para tanto, mostra-se oportuna uma breve remissão à mensagem de veto do Presidente Fernando Henrique Cardoso relativa ao projeto que deu origem à Lei nº 9.714/98:

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, o Projeto de Lei nº 2.684, de 1996 (nº 32/97 no Senado Federal), de iniciativa do Poder

Executivo, teve sua concepção normativa inspirada na vertente filosófica defendida pelas modernas escolas de Direito Penal, cuja tônica doutrinária centra-se, nuclearmente, no amadurecimento e na sustentação da tese de que as penas privativas de liberdade, instituídas com a finalidade preponderante de promover a ressocialização da pessoa do delinqüente, estudada a sua aplicação prática ao lume de métodos científicos de política criminal, revelaram-se inadequadas e inábeis a propiciar a reintegração do detento ao convívio social, sobretudo porque, no ambiente prisional em que são ministrados, perdem eficácia os diversos programas de orientação e de desenvolvimento social do preso.

O projeto de Lei nº 2.684/96 teve como autor o Presidente da República e decorreu de amplas discussões travadas no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Tais discussões levaram o então Ministro de Estado da Justiça, Nelson Jobim, a submeter a proposta de projeto de lei à apreciação do Presidente da República, fazendo constar na sua exposição de motivos que *“A prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir.”*

Assim, a prestação de serviço público comunitário, que já existia como pena alternativa, passou a ser regrada conforme os critérios estabelecidos no artigo 46, do Código Penal, segundo a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.714/98. As mais significativas alterações introduzidas na redação do referido dispositivo legal são aquelas dos seus parágrafos 3º e 4º, nos quais se estabelece que o cumprimento da pena alternativa de prestação de serviço público comunitário se dará à razão de uma hora por dia de condenação e que acaso a condenação supere um ano, o apenado poderá cumprir a sanção em menos tempo, concentrando as horas de serviço, desde que o total da duração do seu cumprimento não fique aquém da metade da duração da pena privativa de liberdade substituída.

Eis a pena alternativa de prestação de serviço público comunitário: uma medida encontrada pelo Estado para fazer prevalecer o caráter ressocializador da pena sobre o caráter retributivo.

Trata-se de verdadeira pena, ainda que alternativa, uma vez que para sua imposição é imprescindível a verificação da responsabilidade penal do apenado, apurada segundo os parâmetros do devido processo legal e fundamentada em sentença de mérito proferida em sede de ação penal. Ademais, o início do cumprimento da pena de prestação de serviço público comunitário de que cuida o artigo 46, do Código Penal, pressupõe trânsito em julgado da decisão condenatória, a qual produzirá todos os efeitos secundários que lhe são peculiares, inclusive no que toca à reincidência.

1.2 SERVIÇO PÚBLICO COMUNITÁRIO ENQUANTO ÔNUS PROCESSUAL

Alguns institutos previstos no ordenamento jurídico penal e processual penal fazem menção ao serviço público comunitário, porém sem conferirem ao mesmo os contornos de sanção penal.

Tal como já referido, a imposição da pena alternativa prevista no artigo 43, inciso IV, do Código Penal, pressupõe trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a qual implica na produção de todos os efeitos secundários da condenação, como reincidência, suspensão de direitos políticos, entre outros.

Entretanto, o mesmo não ocorre quando a prestação de serviço público comunitário se dá em sede de transação penal.

O artigo 76, §4º e §6º, da Lei nº 9.099/95 traz previsão expressa de que a aceitação da proposta de transação formulada pelo Ministério Público não acarretará o reconhecimento de reincidência em caso de eventual denúncia posterior contra o noticiado, nem tampouco será levada a registro, a transação, como mau antecedente criminal. O único registro que se fará a respeito da aceitação da proposta guarda relação com a impossibilidade de concessão do mesmo benefício dentro do prazo de cinco anos.

É de se notar que o acusado não contesta a acusação, mas também não admite a culpa. Não admitindo a culpa, a resposta do acusado não gera efeitos civis, que deverão ser discutidos em ação própria.

Percebe-se, então, que a prestação de serviço público comunitário será cumprida pelo noticiado sem que tenha havido

sentença penal condenatória, nem mesmo processo, uma vez que a denúncia sequer será oferecida. Diante disso, em casos tais, a prestação de serviço comunitário, assim como qualquer outra pena alternativa aplicada por conta da transação, perderá sua natureza jurídica de sanção penal, em atenção ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Já no tocante à suspensão condicional da pena, apesar de necessariamente ter havido condenação anterior - como o próprio nome do instituto indica - o cumprimento da pena se encontra sobrestado. Todavia, mesmo com o cumprimento da sanção penal suspenso, o artigo 78, §1º, do Código Penal prescreve que no primeiro ano da suspensão o apenado deverá prestar serviço público comunitário.

Ora, se o cumprimento da pena está sobrestado, por certo que a natureza jurídica da prestação de serviço público comunitário de que cuida o dispositivo legal acima mencionado não é a de sanção penal.

Tem-se, também, a possibilidade de imposição do serviço público comunitário como condição para a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89, §2º, da Lei nº 9.099/95. Aqui, tal como ocorre com relação à transação, não há que se falar em natureza jurídica de sanção penal porque o denunciado não terá sofrido qualquer condenação quando da suspensão do processo. Como já referido, sem o regular tramitar do feito e a sentença condenatória transitada em julgado, é constitucionalmente inviável a imposição de sanção penal, motivo pelo qual a prestação de serviço público comunitário como condição especial do *sursis* processual não é pena. A respeito da possibilidade de fixação da prestação de serviço público comunitário, é interessante a remissão ao recente (29/05/2012) julgado do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 108914/RS, de relatoria da Ministra Rosa Weber:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALIDADE. Não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que “adequadas ao fato e à situação

peçoal do acusado” e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação. A imposição das condições previstas no § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95 fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em habeas corpus, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas.

No mesmo diapasão, o serviço público comunitário vinha sendo admitido como condição especial para o cumprimento da pena em regime aberto, com base no artigo 115, *caput*, da Lei de Execução Penal. Além disso, com fundamento no artigo 119, da mesma Lei nº 7.210/84, vários Tribunais de Justiça estabeleceram os critérios para imposição da referida condição no bojo de seus respectivos Códigos de Normas. Consoante o já exposto em relação à suspensão condicional da pena, aqui a prestação de serviço público comunitário também não assume as feições de sanção penal, haja vista que a pena é a restritiva de liberdade, a qual está sendo cumprida pelo sentenciado no regime aberto e não se confunde com qualquer de suas condições de cumprimento.

O que se percebe da análise de todos os institutos acima mencionados, é que a prestação de serviço público comunitário em casos tais, detém natureza jurídica de verdadeiro ônus processual, e não de sanção penal.

Isto porque em nenhum dos institutos citados (transação, suspensão condicional da pena, *sursis* processual e cumprimento de pena em regime aberto), a prestação de serviço público comunitário se mostra compatível com o conceito de pena, seja por ausência de condenação penal transitada em julgada; seja por conta da suspensão do cumprimento da pena; seja pelo fato de não poder, uma mera condição de cumprimento, ser confundida com a pena em si.

Ademais, o cumprimento da pena é um dever jurídico, enquanto que a prestação de serviço público comunitário no âmbito dos institutos em pauta se reveste de natureza jurídica de ônus. A respeito do conceito de ônus, é oportuna uma breve menção à lição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Ônus representa um comportamento que se espera do litigante e que, se não praticado o ato, não gera à parte adversa o direito de exigir a prática que não houve, mas tende a acarretar uma

consequência jurídica contrária ou menos favorável ao interesse daquele que deveria ter agido. Cabe à parte escolher entre a prática do ato ou a submissão à consequência correspondente. (WAMBIER e TALAMINI, 2008, p.205)

Pois bem, se o noticiado não aceita a proposta de transação, a consequência é o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público; se o denunciado não aceita as condições do *sursis* processual, a consequência é o regular andamento do feito; se o apenado não aceita as condições da suspensão condicional da pena, a consequência é o cumprimento da reprimenda estabelecida na sentença; e se o sentenciado não aceita as condições de cumprimento do regime aberto, a consequência é a permanência no regime semiaberto ou a regressão para este regime.

Percebe-se que não existe um dever de prestar o serviço público comunitário em nenhuma das hipóteses aventadas no parágrafo anterior. O que há é uma opção, uma alternativa, que se coloca diante da parte que, escolhendo o caminho a ser tomado, arcará com as consequências processuais de sua escolha.

Desta feita, tratando-se dos institutos já mencionados neste tópico, a prestação de serviço público comunitário se apresentará revestida da natureza jurídica de ônus processual.

2 A VEDAÇÃO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMUNITÁRIO COMO CONDIÇÃO ESPECIAL DO REGIME ABERTO

Como já mencionado no início deste breve artigo, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão prolatado nos autos de Recurso Especial de nº 1.107.314/PR afeto à sistemática dos recursos repetitivos, posicionou-se pela impossibilidade de fixação da prestação de serviço público comunitário como condição especial de cumprimento da pena em regime aberto. Dita decisão, tomada por maioria em 13 de dezembro de 2010, restou ementada da seguinte forma:

PENAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REGIME ABERTO. CONDIÇÕES ESPECIAIS.

ART. 115 DA LEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.
BIS IN IDEM. RECURSO DESPROVIDO.

1. É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem, importando na aplicação de dúplice sanção.
2. Recurso Especial desprovido.

Logo em seguida, aquela Corte Superior editou o enunciado da súmula de jurisprudência nº 493, cujo teor é o seguinte: “É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.”.

A razão em que o Superior Tribunal de Justiça se escorou para editar o citado enunciado é o suposto *bis in idem* entre a pena privativa de liberdade e a restritiva de direito fixada como condição de cumprimento do regime aberto. Segundo o entendimento da Corte Superior, o sentenciado estaria sendo duplamente apenado acaso fosse compelido a cumprir a pena no regime aberto e, simultaneamente, prestar serviço público comunitário, este estabelecido como condição especial nos termos do artigo 115, da Lei de Execuções Penais.

Outro argumento de que se valeu o STJ, é o reconhecimento de que a interpretação do artigo 119, da Lei nº 7.210/84, segundo a qual seria dado aos Tribunais de Justiça editar normas administrativas permissivas da imposição de penas alternativas como condições especiais de cumprimento do regime aberto, é inconstitucional frente ao disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição da República. Como a competência para legislar sobre matéria penal foi atribuída privativamente à União pelo constituinte, os Tribunais de Justiça estaduais ou distrital não poderiam estabelecer regras atinentes à imposição de penas alternativas em seus respectivos Códigos de Normas.

As razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça ao posicionamento sumulado poderiam ser consideradas adequadas, acaso se estivesse diante da prestação de serviço público comunitário enquanto pena alternativa.

Porém, como já exposto, a prestação de serviço público comunitário decorrente da aplicação do artigo 115, *caput*, da Lei de Execuções Penais não é pena, e sim ônus. Para tanto, é oportuno ressaltar o teor do artigo 113 da mesma lei, segundo o qual “O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.”.

A sanção penal é *dever jurídico*, portanto não admite margem para opção ou escolha de observância, ou não, por parte daquele que a ela se sujeita. Por outro viés, a progressão para o regime aberto pressupõe aceitação do apenado das condições propostas pelo juiz, aceitação esta que pode não ocorrer. Disso já se extrai que a natureza jurídica da prestação de serviço público comunitário como pena alternativa substitutiva não guarda qualquer relação com a prestação de serviço público comunitário enquanto condição especial do regime aberto.

Partindo-se da premissa de que o serviço público comunitário como condição especial do regime aberto não é pena, conclui-se que não há *bis in idem*, já que a pena é uma só e não se confunde com uma das condições de cumprimento num dado regime. A condição especial, nesta circunstância, é um ônus do sentenciado que, acaso decida pelo seu descumprimento, arcará com as consequências dessa escolha, em especial no que tange à permanência ou regressão ao regime semiaberto.

Também não há que se falar na inconstitucionalidade da interpretação já mencionada do artigo 119 da Lei de Execuções Penais, porque se não se trata de imposição de pena e sim de um simples ônus processual, e se existe previsão legal para que tal ônus seja detalhado no nível procedimental, nada impede que a legislação estadual trate da questão, dado o teor do artigo 24, inciso IX, da Constituição da República.

A execução da pena se dá segundo as regras do processo delineado na Lei nº 7.210/84, dentre as quais se encontram as normas relativas à progressão de regime. Levando-se em conta a previsão legal do artigo 119 da mencionada lei, resta plenamente viável a regulamentação do procedimento relativo à definição das condições especiais do regime aberto pelos estados.

Sendo assim, desde que a prestação de serviço público comunitário como condição especial de cumprimento do regime

aberto seja considerada ônus processual, e não pena, os argumentos que alicerçam o enunciado da súmula de jurisprudência nº 493 do Superior Tribunal de Justiça não se sustentam.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA VEDAÇÃO ESTABELECIDA NO ENUNCIADO Nº 493 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Inicialmente, tomando-se por base a vedação que decorre do enunciado sumular do Superior Tribunal de Justiça, seria mister que fossem consideradas inconstitucionais, também, as “penas” alternativas aplicadas em sede de transação da penal, suspensão condicional da pena e *sursis* processual, dado que em tais circunstâncias, também ocorreria *bis in idem*. Aliás, no caso do serviço público comunitário prestado em sede de transação penal e de *sursis* processual, a incompatibilidade com a Constituição da República, segundo a linha de raciocínio adotada quando da edição do enunciado sumular 493, seria ainda mais gritante, já que se estaria diante de imposição de pena sem processo e sem sentença penal condenatória respectivamente.

Outro reflexo da vedação sumular é o completo esvaziamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que, obviamente, o sentenciado que for condenado nas circunstâncias autorizadas discriminadas no artigo 44, do Código Penal, optará por cumprir a pena privativa de liberdade a submeter-se às penas alternativas restritivas de direitos. Como resta inviabilizada a imposição de condições especiais que encontrem correspondência com as penas alternativas, o cumprimento da reprimenda penal no regime aberto implicará somente nas restrições descritas nos incisos do artigo 115, da Lei de Execução Penal, a dizer: “I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.”.

Diante disso, não subsiste qualquer razão para o sentenciado preferir a substituição da pena ao cumprimento da “privação de

liberdade” no regime aberto. Na realidade, considerando que a casa de albergado simplesmente não existe na maior parte, se não na totalidade, das cidades brasileiras, os incisos I e II, do artigo 115, da Lei nº 7.210/84 deverão ser cumpridos no domicílio do próprio sentenciado. Obviamente que não se pode justificar a imposição de uma sanção mais gravosa ao sentenciado do que aquela prevista em lei por conta da inércia do Estado-Administração, que negligenciou o seu dever de providenciar a concretização dos preceitos constitucionais e legais relativos à execução penal. Por outro lado, não se afigura minimamente razoável interpretar a Lei de Execução Penal de forma a retirar da sanção criminal toda sua carga coercitiva e retributiva.

Pois é justamente essa tal consequência que se tentou evitar com o veto ao projeto de lei que redundou na Lei nº 9.714/98, relativo ao dispositivo que previa o recolhimento domiciliar como uma das modalidades de pena alternativa, tal como se pode perceber do teor da mensagem nº 1447/98 do então presidente, Fernando Henrique Cardoso:

A figura do “recolhimento domiciliar”, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do Projeto que a institui como pena alternativa.

Com a inviabilização da imposição de “sanções” restritivas de direito como condições especiais de cumprimento de pena no regime aberto, na prática, estar-se-á “ressuscitando” o recolhimento domiciliar para penas ainda mais graves do que aquelas que permitiriam a imposição da referida pena alternativa, segundo a redação original do projeto de lei nº 2.684/96. Tal cenário aparentemente se afigura inconstitucional sob o viés da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*) dos direitos fundamentais que se consubstanciam em bens jurídicos tutelados por normas penais, em defesa dos quais é possível afirmar que o legislador constituinte estabeleceu verdadeiros mandados de criminalização (STRECK, p.8).

Os mandados de criminalização estabelecem aos poderes da república, inclusive ao Judiciário, a obrigação proteger os bens jurídicos, estabelecendo sanções proporcionais às violações praticadas. O princípio da proporcionalidade das penas vale tanto para o réu, como para o Estado. Uma pena excessiva é tão perniciosa como a inexistência de pena.

Prevalecendo a tese contida na súmula nº 493, o réu poderia, em clara violação do princípio da individualização da pena, escolher a “pena” que iria cumprir, trocando a pena restritiva de direitos pelo “recolhimento domiciliar”, cuja fiscalização no Brasil é praticamente inexistente, já que não existe qualquer instituição incumbida do controle desse tipo de cumprimento de pena.

Também não se pode esquecer que as condições pessoais e econômicas dos acusados trazem graves distorções no cumprimento da pena e não produzem a necessária igualdade na política criminal. Muitas vezes, o magistrado, analisando as condições pessoais do sentenciado percebe que o cumprimento da pena em regime de albergue domiciliar não é suficiente para a reprovação do delito, inserindo como ônus processual o cumprimento da prestação de serviços à comunidade.

Em face dos questionamentos acima delineados, verifica-se que a vedação contida no enunciado sumular nº 493 se mostra conflitante com a interpretação sistemática do artigo 115, da Lei nº 7.210/84 em relação ao texto constitucional, à lei nº 9.099/95 e ao Código Penal. A consequência mais preocupante que decorre da mencionada vedação é a ruptura do sistema estabelecido no Código Penal, tornando completamente inócua a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito.

Além disso, em se tratando de crimes que não são considerados hediondos e de penas de reclusão cujo cumprimento se iniciou pelo regime fechado, cumpridos 2/6 da reprimenda penal, esta encontraria seu fim, ainda que não fosse formalmente declarada extinta. Isto porque o recolhimento domiciliar, tal como reconhecido na mensagem de veto parcial ao projeto de lei nº 2.684/96, não dispõe de substrato coercitivo, nem atende à finalidade retributiva da pena.

De outro turno, a finalidade ressocializadora da pena também deixa de ser atendida, uma vez que, como já mencionado, o

trabalho é meio de integração social e o serviço público comunitário, em especial, pode servir eficazmente ao propósito de tornar a reinserção do preso à coletividade a que pertence muito mais fácil. É de se registrar, inclusive, que o trabalho é um dos requisitos para o cumprimento do regime aberto, nos termos do artigo 36, §1º, do Código Penal, o que torna ainda mais evidente a compatibilidade da condição especial de prestação de serviço público comunitário com o objetivo ressocializador da pena.

Assim sendo, vedada a imposição da condição especial de serviço público comunitário para cumprimento da pena em regime aberto, o apenado, invariavelmente, progredirá do regime semia-aberto para o recolhimento domiciliar, sendo este um regime de fato, surgido da interpretação assistemática da legislação penal em vigor.

CONCLUSÃO

Atualmente o papel a ser desempenhado pelo Estado diante dos desafios da pós-modernidade tem sido colocado em questão, principalmente no tocante à segurança pública e aos direitos humanos.

Não por outro motivo, a Constituição da República de 1988 trouxe uma série de mecanismos para o resguardo da esfera de autonomia do cidadão, que até então tinha no próprio Estado um inimigo potencial de seus direitos individuais. Passadas duas décadas do sepultamento do regime de exceção, percebe-se que os direitos fundamentais se consolidaram, ainda que formalmente, como paradigma normativo intransigível no estabelecimento das balizas dentro das quais se desenvolve a relação Estado-indivíduo. As feições da máquina repressiva estatal mudaram, deixando de servir como meio de implementação de políticas e ideologias de grupos específicos, passando a funcionar, ao menos no campo ideal, segundo os estreitos parâmetros democráticos de respeito aos direitos fundamentais.

O princípio acusatório se tornou a tônica dominante no atual processo penal e o réu deixou definitivamente a posição de objeto do processo, para ser sujeito de direitos, pelo menos até a condenação.

Obviamente que o mesmo não se pode afirmar no tocante aos condenados, que seguem sendo armazenados e esquecidos em um sistema carcerário seletivo, inepto e, sobretudo, desumano. Formalmente, o sistema punitivo é de vanguarda, mas no mundo dos fatos a história é outra.

Tem-se, então, duas conjunturas que não se confundem, mas se relacionam: uma ideal, em que há a consolidação dos direitos fundamentais como paradigma da relação Estado-cidadão; e a outra real, em que o Estado falhou no cumprimento de seu dever de proteção (*schutzpflicht*) (SARLET, 2011, p.148-149), tanto em relação ao direito fundamental à segurança pública (art.6º, caput, CF), quanto à salvaguarda da dignidade humana do preso.

Diante de tal contexto, a instituição das penas alternativas se revelou como uma possível solução para amenizar os efeitos do distanciamento entre o ideal e o real no que concerne às engrenagens legais da máquina repressiva do Estado. Entretanto, interpretações aparentemente assistemáticas do referido instituto podem acabar servindo justamente para perpetuar o distanciamento entre o que é e o que deveria ser, segundo o texto constitucional.

O Direito Penal é necessário à vida em sociedade, dadas as complexidades das interações humanas, que tornam a pena indispensável para o convívio comum (BITENCOURT, 2004, p.293). Sendo assim, para que não se flerte com regimes autoritários e sistemas inquisitórios, nem se esvazie o Direito Penal dos meios de que dispõe para garantir a segurança pública, é imprescindível que se interprete o ordenamento jurídico à luz dos preceitos constitucionais, sem olvidar da conjuntura fática por que passa o país. Sendo assim, o serviço público comunitário como condição especial do regime aberto e enquanto forma de reinserção gradual do preso na sociedade não só atende ao objetivo retributivo da pena, como também favorece o cumprimento da finalidade ressocializadora da sanção criminal, sem que, com isso, sejam desconsiderados os direitos fundamentais do sentenciado que tem diante de si um ônus, e não uma segunda pena.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol.1, Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo** in *Os Pensadores*. Vol. 18. São Paulo: Abril, 1973.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da Lei nº 9.714/1998. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24JUL1997.pdf#page=72>> Acesso em: 20 de março de 2013.

BRASIL. Planalto. Mensagem de veto nº 1447/98. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm> Acesso em 20 de março de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.107.314/PR, Brasília, 13 de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200802824428>>. Acesso em: 19 de março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 108914 RS, Brasília, 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282650>> Acesso em: 21 de março de 2013.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O Dever de proteção do Estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre**

os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 de março de 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 10ª ed., Vol. 1, RT: São Paulo, 2008.

Recebido em 11/06/2014.

Aprovado em 02/09/2014.

