

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

André Santos Guimarães

A PENA DE PERDA DE BENS E SUA APLICAÇÃO À MACROCRIMINALIDADE

Brasília

2011

André Santos Guimarães

A PENA DE PERDA DE BENS E SUA APLICAÇÃO À MACROCRIMINALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Orientadora: Prof. MsC. Carolina Costa Ferreira.

**BRASÍLIA
2011**

Guimarães, André Santos

A pena de perda de bens e sua aplicação à macrocriminalidade /
André Santos Guimarães. – Brasília , 2011. 152 f.

Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Brasília (UnB).
Graduação. Bacharelado em Direito.
Orientadora: Carolina Costa Ferreira

1. Direito Penal. 2. Penas Alternativas. 3. Perda de bens e valores.
4. Direito Penal Econômico. 5. Crimes do colarinho branco.

ANDRÉ SANTOS GUIMARÃES

A pena de perda de bens e sua aplicação à macrocriminalidade

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), sob a orientação da Prof. MsC. Carolina Costa Ferreira.

Data de aprovação: 15 de julho de 2011

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof(a). MsC Carolina costa Ferreira
Orientadora – FD/UnB

.....
Prof(a). Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho – FD/UnB

.....
Prof(a). Dra. Beatriz Vargas – FD/UnB

Dedico este trabalho a José Gilson Sombra Saraiva, que me sugeriu as leis dos homens quando eu me encontrava diante das leis da natureza.

Agradeço enormemente a Carolina Costa Ferreira pela orientação nesse trabalho, feita com uma simpatia cativante, com atenção e com dedicação que vão muito além da obrigação de orientar. Agradeço também pelo exemplo de carreira acadêmica que ela me apresentou por meio de sua produção científica e de seu magistério, exemplo esse que, seguramente, motivará outros frutos além deste trabalho.

Agradeço a meus pais pelo exemplo de vida, pelo apoio incondicional que nunca me faltou e pelos constantes incentivos.

Agradeço ao meu irmão, que, com olhar ímpar sobre o mundo, me influencia em tudo o que faço.

Agradeço aos amigos de curso pelos cinco anos de alegrias, diversões e aprendizados que, com certeza, deixarão muita saudade. Em especial, agradeço a José Gilson Sombra Saraiva, Gustavo Cordeiro, Igor Frutuoso, Abrahão Alencar, Bárbara Miyuki, André Torres, Guilherme Sivieri, Natália Dino, Milena Miranda, Bruna Parente, Lívia Amorim, Luciana Mesquita, Ana Paula de Carvalho, André Gomes, Luísa Peliano, Diego Guimarães, Marina Ferreira, Ludmila Daher, Ana Brandt, Clara Costa, Ivan Machado, Raquel Amorim, Tahinah Albuquerque, Pedro Tiziotti, Renzo Dallago, Juliana Radicchi, Marcos Pineschi, Lívia Brito, Tairone Messias, João de Deus, Guilherme de Macedo, Tainá Camelo, Victor Oliveira, Vinícius Fox, Elizabete Nogueira, Maximiliano Saldanha e muitos outros que, ao longo desses anos, nas salas de aula da FD/UnB ou fora delas, me proporcionaram momentos dos quais nunca esquecerei.

Agradeço a todos os professores e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília que direta e indiretamente possibilitaram a concretização deste trabalho.

Agradeço, ainda, à Prof. Ela Wiecko Volkmer de Castilho pela referência teórica, pelo exemplo profissional e acadêmico e por ter me apresentado o Direito Penal.

- Gato Cheshire... quer fazer o favor de me dizer qual é o caminho que eu devo tomar?

- Isso depende muito do lugar para onde você quer ir – disse o Gato.

- Não me interessa muito para onde... – disse Alice.

- Não tem importância então o caminho que você tomar- disse o Gato.

- ...contanto que eu chegue a algum lugar – acrescentou Alice como uma explicação

Ah, disso você pode ter certeza – disse o Gato – desde que caminhe bastante.

Lewis Carrol, “Alice no País das Maravilhas”

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discorrer sobre a pena alternativa de perda de bens, apresentado suas características, falhas e sistemática de aplicação. Trata-se de uma das espécies de penas alternativas introduzida no ordenamento jurídico nacional como parte de um movimento político-criminal com vistas a afastar o Direito Penal do paradigma da pena de prisão e a aproximá-lo de um paradigma desencarcerizante. Em especial, busca-se demonstrar a eficiência e a adequação dessa modalidade de reprimenda para, no âmbito das penas alternativas, punir os crimes do colarinho branco, visto que ela apresenta alto grau de retributividade, de prevenção geral e de prevenção especial quando aplicada aos macrocrimes. Demonstra-se aqui que a pena de perda de bens, apesar das imperfeições que possui, encontra-se em plenas condições de contribuir, de maneira importante, com a punição aos macrocrimes. Por fim, são analisados acórdãos do Tribunal Regional Federal da Primeira Região com o objetivo de se investigar como essa espécie de pena alternativa vem sendo aplicada aos casos concretos. Dessas análises, conclui-se que, não obstante a pena de perda de bens seja, no plano teórico, um instrumento bastante eficiente e adequado para combater a criminalidade dourada, no plano concreto, ela não passa de uma ficção jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal. Penas Alternativas. Perda de bens e valores. Direito Penal Econômico. Crimes do colarinho branco.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – AS PENAS ALTERNATIVAS

1.1 O paradigma da pena privativa de liberdade e sua falência.....	13
1.2 A fundamentação teórica das penas alternativas.....	18
1.3 O surgimento das penas alternativas.....	20
1.4 Fundamentos jurídicos das penas alternativas.....	27
1.4.1 Definição.....	27
1.4.2 “Penas alternativas” ou “penas restritivas de direitos”?.....	28
1.4.3 Classificação.....	30
1.4.4 As penas alternativas no Código Penal brasileiro: a sistemática de aplicação.....	32
1.4.4.1 Dosimetria e escolha da pena alternativa cabível.....	37
1.4.5. A conversão das penas alternativas em penas privativas de liberdade.....	43
1.5 As vantagens decorrentes da aplicação de penas alternativas.....	45
1.6 Relações das penas alternativas com outros institutos.....	48
1.6.1 Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.....	48
1.6.2 A multa substitutiva.....	50
1.6.3 a suspensão condicional da pena (<i>sursis</i>).....	51
1.7 As espécies de penas alternativas.....	53
1.7.1 Prestação pecuniária.....	54
1.7.2 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.....	57
1.7.3 Interdição temporária de direitos.....	58
1.7.4 Limitação de final de semana.....	64
1.8 Penas alternativas na legislação extravagante.....	64

CAPÍTULO 2 – A PENA DE PERDA DE BENS

2.1 A pena de perda de bens e valores na legislação brasileira.....	69
2.2 Os bens e valores envolvidos.....	71
2.2.1 A distinção entre bens e valores.....	71

2.2.2 Dos bens envolvidos.....	71
2.2.3 O montante do perdimento.....	75
2.3 O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) como destinatário da pena de perda de bens e valores.....	78
2.4 Algumas distinções necessárias.....	83
2.4.1 Confisco.....	83
2.4.2 Perda de bens, prestação pecuniária e multa.....	87
2.5 A pena de perda de bens e os efeitos condenatórios (o inciso II do art. 91 do Código Penal).....	90
2.6 Medidas assecuratórias.....	98
2.7 A adequação da pena de perda de bens à punição a certas categorias de delitos.....	100
2.8 A execução da pena de perda de bens e valores.....	116
2.9 As insuficiências do atual modelo de pena de perda de bens.....	119

CAPÍTULO 3 – A APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS AOS CRIMES FINANCEIROS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1^A REGIÃO

3.1 A aplicação da pena de perda de bens nos casos concretos.....	121
3.2 Do método.....	122
3.3 Análise quantitativa.....	125
3.4 Análise qualitativa.....	130
3.4.1 A quantidade de absolvições.....	131
3.4.2 A delegação ao juízo da execução da escolha da pena alternativa cabível.....	132
3.4.2 A ausência de cominação da pena de perda de bens.....	137
Conclusão.....	146
Referências bibliográficas.....	151
Anexo I.....	158

INTRODUÇÃO

Para novos delitos são necessárias novas abordagens jurídicas. E isso é especialmente importante no que tange aos crimes do colarinho branco, uma categoria de delitos relativamente recente e para qual as abordagens tradicionais, em especial a pena de prisão, não parecem ser adequadas.

Trata-se de uma categoria de crimes capaz de promover danos de alta monta, como ficou demonstrado, por exemplo, com a crise mundial do *subprime*. Ainda que os crimes contra o patrimônio e os crimes financeiros estejam relacionados a bem jurídicos diversos, os objetos das ações dessas duas categorias giram em torno, na maioria das vezes, de bens e valores. No entanto, uma única conduta delituosa de um crime do colarinho branco é capaz de equivaler, em termos de prejuízo e vantagem auferida, a milhares de crimes contra o patrimônio.

Em que pese a vastidão dos prejuízos e vantagens que podem decorrer desses crimes, tem-se verificado que o combate a eles não se mostra efetivo se feito por meio dos tradicionais mecanismos punitivos do Direito Penal e do Processo Penal. Em especial, as penas tradicionalmente utilizadas parecem ser inócuas para reprimir essas condutas, dada a natureza hipersuficiente de seus agentes.

Nesse sentido, é largamente admitido pelos juristas que a repressão à macrocriminalidade deve ser empreendida por meio de um outro viés, qual seja, o sufocamento econômico e patrimonial de seus agentes.

Assim, desponta como alternativa a pena de perda de bens, uma das modalidades de penas alternativas, a qual se mostra bastante adequada para a punição a essa categoria de delitos no âmbito das penas restritivas de direitos.

Este trabalho destina-se, então, a estudar a pena de perda de bens e a investigar como ela vem sendo aplicada nos casos concretos.

Para tanto, inicialmente, é exposto um breve panorama acerca da falência da pena de prisão e de como medidas alternativas daí despontaram com o fito de superar as inconsistências e mazelas do cárcere. Em especial, mostra-se como, a partir das falhas da pena de prisão, surgiram as penas alternativas.

Em seguida, são apresentadas as características das penas alternativas no

ordenamento jurídico penal, sua dogmática e a sistemática de cada uma de suas espécies.

O objetivo dessa parte do estudo não é construir uma “Teoria Geral das Penas Alternativas”, uma vez que é vasta a literatura sobre o tema, mas sim se debruçar sobre aqueles aspectos dessas penas que permitem uma melhor compreensão do real objeto deste estudo: a a pena alternativa de perda de bens.

Os itens acerca das penas alternativas em geral são, em grande parte, uma compilação de ideias de diversos autores, com vistas a fomentar e subsidiar as discussões que são apresentadas no restante do trabalho.

O mesmo vale para as penas alternativas em espécie, que serão apresentadas perfunctoriamente, com o único objetivo de subsidiar as discussões da pena de perdimento.

Da mesma maneira, este trabalho promove uma rápida apresentação da categoria dos crimes do colarinho branco, mas não traz uma imersão profunda nesse âmbito, o qual será desenvolvido tão somente na medida que permita demonstrar a intrínseca comunicação existente entre a pena de perda de bens e essa categoria de delitos.

À perda de bens foi dedicado um capítulo específico, composto em parte por compilação daquilo que foi apreendido a partir da revisão bibliográfica e, em parte, parte por novas propostas acerca dessa reprimenda, já que os autores a ela pouco se dedicam.

Por fim, foram analisadas apelações criminais do Tribunal Regional da Primeira Região, selecionadas a partir de alguns critérios, com o objetivo de se investigar como a pena de perda de bens vem sendo aplicada nos processos criminais que envolvem crimes do colarinho branco.

CAPÍTULO 1 – AS PENAS ALTERNATIVAS

A pena é castigo, mas a punição não é só a prisão.

René Ariel Dotti

1.1 O PARADIGMA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA FALÊNCIA

Para se compreender as penas alternativas deve-se, antes, entender aquilo ao lado do qual as penas alternativas se colocam como alternativas: a pena privativa de liberdade.

Com relação à pena de prisão, Neves (2008, p. 37-38) cita aparecimentos efêmeros e episódicos institutos desde os anos setecentos e oitocentos até a metade do século XVI, quando começa o desenvolvimento institucionalizado da pena privativa de liberdade, sendo que na segunda metade do século XVIII a prisão assume papel central como reprimenda penal, conforme trecho a seguir.

Na segunda metade do século XVIII [...], a crise das penas, até então aplicadas, faz surgir uma nova forma de punição: a pena privativa de liberdade, que vinha se delineando no cenário europeu e se mostrava aparentemente eficaz para o exercício do controle social” (NEVES, 2008, p. 40).

A partir da segunda metade do século XVIII, a pena de prisão fortalece-se e torna-se a pena por excelência no direito penal ocidental, ao que se chama, nesse trabalho, de paradigma da pena de prisão.

Não será feito aqui, nenhum detalhamento histórico mais detido acerca das origens e evoluções da pena privativa de liberdade até o ponto em que ela se torna a pena por excelência do direito penal ocidental.

De fato, não é objetivo deste estudo analisar o desenvolvimento da pena de prisão ao longo do tempo ou o papel punitivo que ela vem exercendo historicamente, mas sim partir do princípio de que essa modalidade de reprimenda tornou-se a pena por excelência no direito penal ocidental.¹

Portanto, eliminando-se a “evolução histórica”, para o presente trabalho, basta considerar que, atualmente, vige o paradigma da pena de prisão.

Com relação ao que aqui se denomina “paradigma da pena de prisão”,

¹ Sobre a evolução da pena de prisão ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003

Bitencourt (2006, p. 1) explica que há muito predominou “a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente”.

Esse paradigma é tão arraigado que a própria definição legal de crime, no Brasil, atrela o conceito de delito à pena privativa de liberdade.

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Decreto Lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal).

Trata-se de um dispositivo legal ultrapassado, pois, de acordo com ele, não seriam crimes, por exemplo, o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (lei de drogas), os crimes de traição e de cobardia e outros do Código de Processo Penal Militar, pois nenhum deles é apenado com pena privativa de liberdade. Mas, de toda sorte, a definição de crime a partir de condutas às quais é cominada pena privativa de liberdade é representativa de um paradigma em que a pena, por excelência, é a pena de prisão.

É interessante notar que, no Recurso Extraordinário nº 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal (STF), considerou haver, no art. 28 da lei de drogas, despenalização, pelo fato de o referido dispositivo não cominar, para a conduta típica nele descrita, a pena de prisão (BRASIL, 2007). Isto é, de acordo com esse entendimento, que se apóia no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41, somente se considera como pena a cominação de privação de liberdade, tendo-se aí um caso bastante representativo da vigência do que aqui se chama de paradigma da pena de prisão.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (BRASIL, 2007).

No entanto, apesar de ser o paradigma punitivo nos dias de hoje, a pena de prisão mostra claros sinais de falência. Bitencourt (2006, p. 1) aponta que “a crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise”.

Segundo Bitencourt (2006, XXIII), apesar de a pena de prisão ter atingido seu auge na segunda metade do século XIX, já no final desse século ela inicia seu processo de decadência.

Neves identifica as primeiras críticas ao paradigma do encarceramento como pena padrão no Programa de Marburgo, de Franz von Liszt, em 1882, conforme explicitado no trecho a seguir.

As críticas a esse sistema foram iniciadas através do Programa de Marburgo, em 1882, por Franz von Liszt. [...] Assevera von Liszt resultar daí, a exigência de que o legislador substitua as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas e cita, como exemplos, o trabalho forçado sem encarceramento, as penas principais relativas à honra, a proibição de frequentar as tavernas, a prisão doméstica e até os castigos corporais (NEVES, 2008, p. 90).

Nessa década, explica Bitencourt (2006, XXIV), o “combate à pena de prisão, sugerindo a busca de alternativas (inicialmente com a pena de multa), ganhou espaços nos *Congressos Penitenciários Europeus* realizados nessa década”.

Iniciativas como essas, que culminaram, entre outras coisas, com a formulação do instituto das penas alternativas, decorrem da constatação da ineficácia da pena privativa de liberdade como ferramenta ressocializadora do agente criminoso.

Parece não haver dúvidas da “incapacidade de alcançarem as instituições fechadas os fins a que se propõem”, ainda que “haja batalhões de especialistas e técnicos que continuem a sustentar, por indústria ou como vítimas das abstrações metafísicas, o ‘otimismo penológico’” (THOMPSON, 2007, p. 96-97).

Essa ineficácia, apesar da fácil constatação, é um fenômeno bastante intrincado e multicausal, mas pode ser resumido em duas premissas. A primeira é de que o instituto da prisão seria absolutamente ineficaz para o alcance dos fins a que se destina, isto é, o cárcere, por suas características, não realiza nenhum trabalho reabilitador e deve ser abolido. A segunda premissa considera que a ineficácia do sistema penitenciário relaciona-se com as condições materiais desumanas a que são submetidos os reclusos, as quais tornam o alcance do objetivo ressocializador algo praticamente impossível (BITENCOURT, 2004, p. 154 e 155).

Quanto à primeira premissa, por exemplo, Alessandro Baratta (2002, p. 183) afirma que os “institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa” e “têm tornado vã toda tentativa de realizar tarefas de socialização e de reinserção através destas instituições”.

Neste trabalho será adotada a segunda premissa, ou seja, considerar-se-á que as deficiências da prisão são resultantes das condições cruéis e desumanas a que os internos são submetidos, de sorte que ela deveria ser um instituto destinado

tão somente a crimes graves, ficando a punição dos delitos de baixo e médio potencial ofensivo a cargo das alternativas penais.

De fato, Bitencourt aponta como características do cárcere os maus-tratos verbais e de fato, a superpopulação carcerária, a falta de higiene, as condições deficientes de trabalho, a deficiência nos serviços médicos, a assistência psiquiátrica abusiva ou deficiente, o regime alimentar deficiente, o elevado consumo de drogas, os reiterados abusos sexuais e o ambiente propício à violência, características essas que levam à conclusão de que a prisão encontra-se de fato em crise (BITENCOURT, 2004, p. 156 e 157).

Ademais, essas características são causas de outras que indicam a insuficiência da pena de prisão como instrumento ressocializador do condenado.

A prisão como fator criminógeno é uma das causas da falência desse instituto penal. Ao invés de promover a prevenção especial, o que se observa é que fatores materiais, psicológicos e sociais inerentes à prisão a dotam de uma força criminógena.

Conforme expõe Augusto Thompson, (2007, p. 101), citando Cross e Osborne, “parece, pois, que treinar homens para a vida livre submetendo-os a condições de cativo, se afigura tão absurdo ‘como alguém se preparar para uma corrida ficando na cama por semanas”. Ou seja, a prisão não atende aos fins de ressocialização.

Bitencourt, no entanto, alerta para o fato de que cientificamente ainda não se conseguiu determinar a influência específica do cárcere como fator criminógeno e quanto desse fator criminógeno dependeria, também, da personalidade do agente (BITENCOURT, 2004, p. 160)

Consequência direta da prisão como fator criminógeno são os altos índices de reincidência. Evandro Lins e Silva aponta que a prisão “perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime” (LINS E SILVA *apud* BRASIL, 2002, p. 6). Bitencourt anota que, não obstante a falta de estudos quantitativos acerca dos índices de reincidência dos egressos do sistema prisional, dados de outros países mostram reincidências que variam de 40% a 80%. O autor faz a ressalva, no entanto, de que esses índices não são estudados cientificamente, de sorte que não é possível estabelecer quanto da reincidência é causada pela prisão em si e quanto decorre de acontecimentos posteriores a ela, como o desemprego do egresso, por

exemplo (BITENCOURT, 2004, p. 161).

Ademais, Bitencourt aponta como causas da falência da pena de prisão os efeitos sociológicos, psicológicos e sexuais ocasionados pela prisão sobre em relação aos condenados (BITENCOURT, 2004).

Nesse sentido, a prisão não é capaz de promover a formação e o desenvolvimento de valores humanos básicos, contribuindo para a estigmatização, despersonalização e prisionização do detento, funcionando na prática como autêntico aparato de reprodução da criminalidade” (BRASIL, 2002, p. 5).

O Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas, da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, resume os principais efeitos do encarceramento:

i. o agravamento do déficit público; ii. a realocação do fundo público da área social (saúde, educação, habitação) para o sistema de justiça criminal; iii. a rotinização da experiência prisional e a colonização da cultura comunitária pela cultura da prisão; iv. o efeito criminógeno do cárcere, tendo em vista as altas taxas de reincidência; v. a destituição do direito de voto de parcelas significativas da população; e, por último, porém não menos importante, vi. o reforço e o agravamento das divisões sociais tendo em vista o caráter econômica e socialmente enviesado das práticas punitivas” (BRASIL 2002, p. 5).

Diante desses efeitos indesejáveis da pena de prisão e de sua patente ineficácia, conforme já exposto, surgem duas posturas, sendo a primeira, mais radical, a que pugna por uma abolição da pena de prisão; e a segunda, alega ser a prisão necessária em alguns casos, devendo-se buscar melhorias em suas condições materiais.

É no seio dessa segunda postura que as penas alternativas encontram o ambiente propício para prosperarem no Direito Penal, isto é, “na baliza da busca de humanização para a execução da pena privativa de liberdade, delinear-se, também, outras formas alternativas de punição” (NEVES, 2008, p. 93).

O cerne dessa segunda postura é um movimento que compreende, ao mesmo tempo, a humanização e a limitação da pena de prisão a casos excepcionais e o desenvolvimento de formas alternativas de exercício do poder punitivo do Estado para abrigar aqueles casos em que se pode dispensar o encarceramento, conforme trecho a seguir.

Outro aspecto de capital importância – paralelo ao movimento de descriminalização – está em procurar medidas alternativas às penas privativas de liberdade (que, o mais das vezes, são penas estigmatizantes). Vários autores já tem como pacífico que não são a

longa duração da pena ou o horror do sofrimento infligido os aspectos mais importantes da reprovação penal (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 155).

Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 155) apontam que, contemporaneamente, pode-se enumerar a descriminalização, a despenalização, a intervenção mínima, a *probation* e o uso da pena privativa de liberdade apenas para delitos graves como postulados e tendências de reação à situação de crise da pena de prisão.

A partir dessas “formas alternativas” é possível reservar a pena de prisão apenas para os crimes graves e deixar a punição dos delitos médios ou menores a cargo de modalidades não-encarcerantes de pena. Nesse sentido, Bitencourt (2006, p. 3) afirma que se recomenda “que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação”.

1.2 A FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DAS PENAS ALTERNATIVAS

Atualmente, no que tange às políticas criminais, duas grandes correntes podem ser identificadas com relação à finalidade das penas e à própria existência do direito penal, quais sejam, as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras (NEVES, 2008, p. 49).

Segundo Neves (2008, p. 49), as teorias legitimadoras que reconhecem “sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos) a legitimação do Estado para intervir na liberdade dos cidadãos, através do Direito Penal”.

Segundo Neves (2008, p. 49), “as teorias deslegitimadoras consideram a intervenção do Direito Penal desnecessária, o que ocorre de forma imediata, numa perspectiva abolicionista, ou mediata, numa perspectiva minimalista radical”.

Parece restar claro, do exposto no item 1.2, que as teorias legitimadoras não são confirmadas quando se observa dados concretos resultantes da aplicação do direito penal atual. Nesse sentido, Zaffaroni alerta que o sistema penal atual é um verdadeiro embuste, pois pretende dispor de um poder que não tem, o ocultando o verdadeiro poder que exerce e, mais, se tivesse realmente o poder criminalizante que pretende ter, provocaria uma catástrofe social.

Assim, as correntes legitimadoras são negadas pela própria história do

direito penal, a qual, conforme visto no item 1.2, entre outras coisas, demonstrou a falência da pena de prisão, conforme expõe Zaffaroni no trecho a seguir.

Es hoy incontestable que la racionalidad del discurso jurídico-penal tradicional y la conseguinte legitimidad Del sistema penal se han vuelto “utópicas” y “atemporales”: no se realizarán en ninguno lugar ni en ninguno tiempo” (ZAFFARONI, 2005, p. 24).²

Diante disso, fundamenta-se o presente trabalho nas teorias deslegitimadoras, sob as quais encontram-se correntes que rechaçam, em medida variável (dependendo da corrente deslegitimadora que se considera), a legitimidade que o Estado possui para exercer o poder punitivo.

A teorias de deslegitimação do sistema penal podem ser agrupadas em duas grandes propostas político-criminais: a proposta de um direito penal mínimo ou “contração do direito penal” e a proposta da abolição do Direito Penal ou abolicionismo penal (ZAFFARONI, 2005, p. 93).

Zaffaroni delimita o conteúdo da categoria do abolicionismo penal:

El *abolicionismo* niega la legitimidad de los sistemas penales tal cual operan en la realidad social actual y, como principio general, de cualquiera otro que pudiera proyectarse en el futuro como alternativa sobre modelos formales y abstractos de solución de conflicto, postulando una abolición radical de los mismos y la asunción de los conflictos por instancias o mecanismos informales (ZAFFARONI, 2005, p. 93-94 - itálico do autor).³

Quanto ao direito penal mínimo, o mesmo autor oferece uma definição do que vem a significar esse termo:

El *derecho penal mínimo* (minimalismo penal o contracción penal), al igual que anterior, niega la legitimidad de los sistemas penales tal como operan en la actualidad, pero propone una alternativa mínima que considera necesaria como mal menor (ZAFFARONI, 2005, p. 94 - itálico do autor).⁴

Adotam-se aqui, como axioma, portanto, as premissas do direito penal mínimo, por se considerar que não há possibilidade “ainda nesse momento histórico, de ser completamente abolido [o direito penal]” (NEVES, 2008, p. 299), conforme defendido pelo abolicionismo.

² É inconstestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal se mostraram utópicas e anacrônicas: não se realizaram em nenhum lugar e em época alguma (tradução livre).

³ O abolicionismo nega a legitimidade dos sistemas penais da maneira como operam na realidade atual e, como princípio geral, negam também qualquer outro sistema que possa projetar-se no futuro como alternativa sobre modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando uma abolição radical desses sistemas e a sua substituição por instancias ou mecanismos informais (tradução livre)

⁴ O direito penal mínimo (minimalismo penal ou contração penal), tal qual o anterior, nega a legitimidade dos sistemas penais tal como operam na atualidade, mas propõe uma alternativa mínima que considera necessária como um mal menor.

Bitencourt (2006, p. 7), citando Muñoz Conde, também adere à corrente de que o abolicionismo da pena de prisão é inviável em uma sociedade, citando que a “pena (ou quando for o caso, a medida de segurança), é uma condição indispensável para o funcionamento dos *sistemas sociais* de convivência”.

Partindo-se dessa premissa, de que a abolição do direito penal é impraticável nos tempos atuais, isto é, sendo o Direito Penal um mal necessário com o qual a sociedade deve conviver para enfrentar seus próprio males, então se deve buscar um Direito Penal mínimo, que, diante de sua sabida produção de efeitos colaterais, atue tão somente naquelas situações em que nenhuma outra ferramenta jurídico-social se mostre eficiente (*ultima ratio*).

A concretização do Direito Penal mínimo pode se dar em duas frentes: primeiro, no atendimento da subsidiariedade, ínsita ao Direito Penal, segundo a qual devem ser tipificadas como delitos tão somente aquelas condutas que não nenhum outro ramo do direito é capaz de evitar; e, segundo, na humanização das penas, conforme trecho a seguir.

Assim, a solução que se sustenta é a admissão de um Direito Penal mínimo, que seja efetivamente necessário no controle racional da criminalidade, ao proceder-se à seleção de condutas típicas, numa esfera subsidiária [...] Contudo, tal seleção deverá ocorrer, ainda, no âmbito das sanções a serem cominadas, buscando-se a aplicação de penas mais brandas para crimes menos graves e, efetivamente, a substituição das penas privativas de liberdade em crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, por restritivas de direito (NEVES, 2008, p. 299 e p. 300).

É nessa segunda frente de atuação do Direito Penal mínimo que se inserem as penas alternativas.

1.3 O SURGIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS NO MUNDO E NO BRASIL

Conforme exposto, as penas alternativas são uma das medidas político-criminais decorrentes das inconsistências e imperfeições da pena privativa de liberdade.

As críticas à pena de prisão levam à busca de alternativas para o encarceramento, dando início a uma mudança de paradigma que culminou, modernamente, com a adoção de diversas medidas e penas distintas da restrição de

liberdade.

Dotti (1998, p. 369) afirma que as penas alternativas “nasceram porque sobrepairando tudo se achava a convicção de que o encarceramento, salvo para os denominados presos residuais, consiste em injustiça constante”.

Surgem as penas alternativas, portanto, como uma nova maneira de punir em oposição ao paradigma da segregação prisional, que já vinha em franca decadência desde o final do século XIX.

Shecaira e Corrêa apontam para praticamente o mesmo período como marco inicial do surgimento das penas alternativas, conforme excerto a seguir.

O apogeu da prisão marca, dialeticamente, o prenúncio de sua decadência. Se no início do século XX ainda se discutia como deveria ser a reclusão, se com ou sem isolamento noturno (conforme Congresso Penal e Penitenciário Internacional de Praga - 1930), pouco tempo depois buscavam-se formas alternativas ao regime fechado (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p 163)

Observe-se, então, que as penas alternativas são um instituto moderno, da primeira metade do século XX, sendo inapropriados alguns vínculos que alguns autores estabelecem dessas modalidades de pena com algumas reprimendas medievais e da antiguidade. Neves (2008, p. 100), por exemplo, ao discorrer sobre o surgimento de formas alternativas de punição, menciona a pena de trabalhos forçados no Egito antigo e as reparações pecuniárias do império romano.

Esse tipo de referência a épocas pré-modernas, no entanto, não faz sentido, pois remete a origem das penas alternativas a paradigmas punitivos em que nem mesmo a pena de prisão constituía o paradigma punitivo vigente. Somente faz sentido se falar em penas alternativas à prisão em contextos penais nos quais a pena privativa de liberdade é a pena por excelência, o que, como mostrado anteriormente, se deu apenas após a segunda metade do século XVIII.

Nesse sentido, tem-se o seguinte trecho de Thompson.

As penas restritivas de direitos, inobstante alguns precedentes históricos, às vezes impróprios, como os trabalhos forçados, outras vezes aproximados, como a perda de certos direitos na Antiguidade e no direito medieval, rotulam-se de sanções modernas, visto que se entrelaçam com nova postura penal, circunstância que as caracteriza na atualidade (DOTTI, 1998, 369).

Especificamente, Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 160), com relação à identificação do nascimento das penas alternativas, apontam que “uma das primeiras alternativas à pena privativa de liberdade foi a prestação de serviços à comunidade estabelecida no Código Penal soviético de 1926” (SHECAIRA;

CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 160).

A partir daí, ao longo do século XX, em diversas legislações penais, penas alternativas à prisão vão surgindo como forma de punição a crimes de médio ou baixo potencial ofensivo, principalmente no que tange à cominação de prestação de serviços à comunidade.

O II Congresso Internacional de Direito Comparado, na Haia, no ano de 1937 e o Congresso das Nações Unidas, de Genebra, em 1953, apontavam a necessidade da busca de alternativas à pena de prisão (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 163 e p. 164).

A título de exemplo, Bitencourt cita, de maneira resumida, as seguintes inovações nos ordenamentos penais europeus do início da década de XX:

uma das primeiras *penas alternativas* surgiu na Rússia em 1926, a “*prestação de serviços à comunidade*”; mais tarde (1960), o diploma penal russo criou a pena de “*trabalhos correcionais*”, sem privação de liberdade; em 1948, a Inglaterra introduziu a “*prisão de fim de semana*”; em 1953, a Alemanha adotou a mesma pena para infratores menores; em 1963, a Bélgica criou o “*arresto de fim de semana*”; em 1967, o Principado de Mônaco adotou uma “*forma fracionada*” da pena privativa de liberdade e, finalmente, em 1972, a Inglaterra instituiu a “*pena de prestação de serviços comunitários*”, que, até hoje, é a mais bem-sucedida *alternativa* à prisão (BITENCOURT, 2006, XXIV).

Ademais, diversos países europeus “passaram a utilizar como penas principais, medidas anteriormente previstas como penas acessórias”, o que demonstra que atualmente há, de fato, uma tendência de afastamento do paradigma da segregação penitenciária (NEVES, 2008, p. 108).

Bitencourt comenta que, particularmente, a pena de prestação de serviços adotada na Inglaterra foi bem-sucedida e serviu de exemplo para que outros países adotassem o instituto, tais como:

Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977), e, mais recentemente, Dinamarca e Portugal, desde 1982, França, desde 1983, e Brasil, com sua reforma de 1984, sendo que nos dois últimos o trabalho comunitário pode ser aplicado como sanção autônoma e também como condição do sistema de *sursis* (BITENCOURT, 2006, p. 74).

As penas alternativas avançam ainda mais com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, conhecidas como “Regras de Tóquio” e que, em 1990, foram recomendadas pela ONU, em 1990, com meios mais eficientes de combate ao crime e de tratamento dos criminosos, em oposição à pena de prisão. (BRASIL, 2002, p.

6).

Trata-se do diploma internacional que fundamenta a adoção de penas alternativas no direito interno dos países. As Regras de Tóquio, por exemplo, recomendam a instituição de alternativas penais tais como a restrição de direitos, a indenização da vítima e a composição do dano causado (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 4).

Assim, o século XX, em especial, foi pontuado por diversos documentos internacionais que apontavam para a insuficiência e para os problemas da pena privativa de liberdade e, ao mesmo tempo, apontavam para a necessidade do desenvolvimento de alternativas penais. Concomitantemente, nesse período, as legislações penais de diversos países passaram a conter dispositivos que se mostravam como novas opções diante da pena prisão, entre eles, as penas alternativas.

As penas alternativas são, atualmente, senão o fim, mas uma conclusão parcial de um processo de questionamento da pena de prisão e de uma longa história de humanização da pena, história essa que está em franca construção” (NEVES: 2008, p. 212).

No que tange ao Brasil, Neves explica que com a realização, em 1971, do I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários, aprovou-se a Moção de Friburgo, na qual se apontou a premência de ampliação das penas no Brasil, sendo que, dois anos depois, em Goiânia, aprovou-se nova moção, na qual os penalistas recomendavam, entre outras coisas, o estabelecimento de medidas substitutivas à pena de prisão (NEVES, 2008, p. 105).

Posteriormente, na década de 80, foi formada pelo Ministro da Justiça uma comissão encarregada de alterar o Código Penal nesse sentido, cujo resultado foi a modificação da parte geral do Código Penal por meio da Lei nº 7.209 de 11/07/1984, a qual inserir as penas restritivas de direito no ordenamento penal brasileiro (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 165).

A referida lei, ao reformar o Código Penal, inseriu no Capítulo I (“Das espécies de penas”) Título V (“Das penas”), a Seção II, cujo título era “Das penas restritivas de direito” e estabelecia, como alternativas à pena de prisão, a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana (art. 43).

Antes da Lei nº 7.209 de 11/07/1984, o Código Penal apresentava penas que

são similares a algumas das penas alternativas atuais, a saber, a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, interdições de direitos e a publicação da sentença. No entanto, essas penas eram acessórias, isto é, eram aplicadas, em alguns casos, a reboque das penas principais (reclusão detenção e multa) (CRUZ, 2000, p. 42).

Com a reforma de 1984, as penas restritivas de direitos ganharam autonomia e passaram a ter a capacidade de substituir as penas privativas de liberdade quando elas fossem inferiores a um ano, no caso de crime doloso, ou sempre, no caso de crimes culposos, desde que o réu não fosse reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, conforme dispõe o art. 44 do Código Penal.

Mais adiante, em 1995, com a Lei nº 9.099, os crimes de menor potencial ofensivo podiam ter como resposta do Estado a aplicação de medidas alternativas. Essa lei criou os Juizados Especiais Criminais e estabeleceu os institutos da transação penal, da composição civil e da suspensão condicional do processo para a aplicação de alternativas penais anteriores à condenação.

O artigo 89 dessa lei, no *caput* e parágrafos, prevê que, para crimes de menor potencial ofensivo, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, se presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Aceita essa proposta pelo acusado e seu defensor, o juiz, se receber a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado às seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Essas “condições”, em que pesem serem restrições de direitos, não são penas alternativas de fato, visto que o processo, no âmbito da Lei nº 9.099, é suspenso, ou seja, não há condenação. Mas essas medidas são semelhantes, na prática, àquelas apresentadas no Código Penal com a reforma de 1984, de sorte que compõem, em boa medida, o movimento político-criminal desencarcerizador e

fazem parte do contexto das penas alternativas.

No ano de 2001, a Lei nº 10.259 estendeu os institutos da Lei nº 9.099 para o âmbito federal e, o que é mais importante, ampliou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo, passando a dizer respeito àqueles crimes cuja pena seja igual ou inferior a dois anos (até então, pela Lei nº 9.099 eram de menor potencial ofensivo os crimes apenados com restrição de liberdade igual ou inferior a um ano).

Mas as penas alternativas foram somente de fato reforçadas com o advento da Lei nº 9.714 de 25/11/1998, que reformulou o instituto das penas restritivas de direito e adicionou às penas restritivas de direito a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

Além disso, essa lei modificou os pressupostos para que as penas privativas de liberdade fossem substituídas pelas penas restritivas de direito, estabelecendo, em linhas gerais, que a substituição deve ocorrer nos casos em que a pena privativa de liberdade for não superior a quatro anos, em crimes dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça, ou em qualquer quantidade de pena, nos crimes culposos, desde que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, conforme o artigo 44 do Código Penal.

Caso o réu seja reincidente, conforme o §3º do art. 44, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Com essa lei, a pena de prisão passou a ficar reservada “para os agentes perpetradores de crimes graves e/ou criminosos perigosos ou habituais” (NEVES, 2008, p.26).

Deve-se recordar também que na sanção dessa lei “houve o veto a quatro outras penas alternativas constantes do projeto: recolhimento domiciliar, advertência, submissão a tratamento e frequência a cursos” (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 5).

Ressalte-se que, uma semana após a edição dessa lei, o Poder Executivo instituiu, por meio do Decreto nº 2.856, de 03/12/1998, a Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Regime de Penas Restritivas de Direitos, para que, no prazo de dois anos, se manifestasse sobre a conveniência da nova lei

(NEVES, 2008, p. 128).

Após esses dois anos, a lei foi mantida e se criou, no ano 2000, a Cenapa (Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas), subordinada à Secretaria Nacional de Justiça, com o objetivo de executar o “Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas”, o qual tinha vistas a fomentar uma política de aplicação e fiscalização das penas alternativas (NEVES, 2008, p. 128).

Segundo o Ministério da Justiça (2002, p. 7-8), inicialmente, celebraram-se convênios do Governo Federal com os Estados, para o “estabelecimento de Centrais de Apoio, junto às respectivas Secretarias de Estado e Tribunais de Justiça”, sendo que hoje existem “Centrais de Apoio no Distrito Federal e em quase todos os Estados, sendo atendidos cerca de 21.560 beneficiários de penas e medidas alternativas, o que corresponde a 8,7% da população carcerária brasileira, que é de 248.685 presos”.

No entanto, o relatório do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 6) aponta que atualmente somente as cidades de Fortaleza (1998), Recife (2001), Porto Alegre (2001), Salvador (2001), Belém (2002), Curitiba (2004) e Aracajú (2005) possuem varas especializadas na execução de penas e medidas alternativas, sendo que, além dessas varas, existem 39 centrais de apoio e 56 núcleos de apoio e acompanhamento às penas e medidas alternativas em outras localidades.

Lima explica a diferença entre central e vara de penas alternativas.

Cabe uma distinção terminológica entre central e vara de penas alternativas. A central de execução de penas e medidas alternativas é criada dentro da esfera de competência da justiça estadual, não passa por tramitação legislativa, o que facilita sua instalação, já que é menos burocrático e dispendioso. Além disso as centrais existentes no Brasil atualmente atuam com penas e medidas alternativas. Já uma vara de execução de penas alternativas é criada através de lei estadual, o que garante uma maior estabilidade, todavia é mais difícil sua criação, tanto é assim que o Brasil atualmente só possui 2 varas de execução de penas alternativas (LIMA, 2001).

1.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS PENAS ALTERNATIVAS

1.4.1 Definição

Conforme delineado, a implantação das penas alternativas no Brasil, em boa medida, deu-se a partir da estrutura traçada pelas Regras de Tóquio.

Essas regras, ainda que forneçam um conjunto normativo mínimo acerca dessas penas, não trazem a definição do termo “penas alternativas”, fato que também é observado no Código Penal brasileiro.

Com relação a essa definição e às Regras de Tóquio, Neves explica que:

Em seu texto, a expressão ‘medida não privativa de liberdade’ se refere a qualquer providência determinada por decisão, proferida por autoridade competente, em qualquer fase da administração da Justiça Penal, através da qual ‘uma pessoa suspeita ou acusada de um delito, ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão. [...] Podem ser citados, como exemplo, a fiança, o sursis, a suspensão condicional do processo, o perdão judicial, as penas alternativas etc. (NEVES, 2008, p. 99).

Disso concluem-se duas coisas: primeiro, que, como alternativa à pena de prisão, há um gênero de possibilidades que pode ser chamado de “alternativas penais” ou “medidas alternativas”, sendo que esse gênero é composto por diversas espécies, entre as quais, as penas alternativas.

Assim, as alternativas penais têm a função de “ocupar, com benefícios e vantagens, o espaço da pena privativa de liberdade e seus notórios inconvenientes, possibilitando ao juiz a escolha de formas alternativas de punição para uma realização eficaz da individualização da pena”.

São exemplos de alternativas penais a suspensão condicional da pena (*sursis*), a suspensão condicional do processo, a transação penal e as penas restritivas de direitos (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 159).

Segundo, que o termo “penas alternativas” possui uma definição negativa: são todas aquelas penas que não são restritivas de liberdade.

O ordenamento jurídico pátrio utilizou-se da nomenclatura ‘penas restritivas de direitos’ para designar as sanções que efetivamente restringem direitos, como as interdições provisórias de direitos, e também aquelas que restringem a liberdade, a exemplo da limitação de fim de semana, além de outras de ordem pecuniária, como a

perda de bens e valores e a chamada prestação pecuniária” (NEVES, 2008, p. 99)

Assim, pode-se definir o termo “penas alternativas” como “reações contra o autor de infração, limitando o exercício de determinados direitos, liberdade ou garantias. Tais penas [...] se destinam a *restringir* ou *recortar* determinados direitos do condenado como a liberdade e o patrimônio” (DOTTI, 1999, p. 99, itálico do autor)

Ressalve-se, quanto a essa definição, que a restrição do direito de liberdade nela encerrada não se refere à pena de prisão, mas sim àquela promovida por penas como a de limitação de final de semana, que “não atinge o nível imposto pelas penas de prisão tradicional” (NEVES, 2008, p. 15).

1.4.2 “Penas alternativas” ou “penas restritivas de direitos”?

Apesar de a legislação brasileira utilizar o termo “penas restritivas de direitos”, talvez, por questões político-criminais, seja mais adequado referir-se a essas penas como “penas alternativas”, no sentido de que seriam penas alternativas à pena tradicional do Direito Penal, que é a pena restritiva de liberdade.

Isso porque o termo “penas restritivas de direito”, se tomado em sentido amplo, pode englobar, também, a pena de prisão, pois nela, em verdade, restringe-se um direito, qual seja, a liberdade de ir e vir.

Em função disso, dado o contexto de alternativa ao paradigma do encarceramento, neste trabalho será adotado o termo “penas alternativas” em vez de “penas restritivas de direito”, ainda que o Código Penal e boa parte dos autores que tratam desse tema assim se refiram a essas penas.

Bitencourt (2006, p. 68) considera o termo “penas alternativas” inadequado, dando preferência à expressão “penas substitutivas”, “posto que só podem ser aplicadas em *substituição* à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória” (itálico do autor), conforme será visto a seguir.

De fato, no que tange à sistemática de aplicação, as “penas alternativas” são, realmente, “substitutivas”. Conforme item *infra*, se o caso concreto satisfizer certos requisitos, ter-se-á a “pena alternativa” em substituição à pena de prisão, não

havendo para o magistrado a possibilidade de se aplicar a “pena alternativa” ou a pena de prisão (situação de alternância). Nas “penas substitutivas” é necessário um processo-crime que culmine com a cominação de uma pena privativa de liberdade, a qual será substituída por pena alternativa; já nas “penas alternativas”, o alternativo penal é aplicado diretamente, sem a necessidade de uma aplicação prévia da pena privativa de liberdade.

No entanto, neste trabalho, utiliza-se o termo “pena alternativa” não em função de sua sistemática de aplicação, como propõe Bitencourt, mas sim em termos de política criminal, no sentido de que as “penas alternativas” são modalidades de exercício do poder punitivo do Estado que se colocam como alternativa político-criminal ao paradigma do encarceramento como pena padrão. Trata-se de penas cominadas como alternativas punitivas ao sistema carcerário.

Não obstante isso, deve-se ressaltar que é comum, na literatura acerca desse tema, encontrar críticas sobre o uso do termo “penas restritivas de direitos”, sob a alegação de que o rol de penas que as integram não é, em sua totalidade, composto exclusivamente por “penas restritivas de direito”, mas também por penas restritivas de liberdade e por penas pecuniárias.

Vários autores compartilham desse posicionamento, como Bitencourt, por exemplo, mas o trecho abaixo resume o posicionamento de todos eles.

A denominação penas restritivas de direito, a rigor, açambarca tão somente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP⁵), e as interdições temporárias de direitos (art. 47, I, II, e III, CP). As demais sanções arroladas nos artigos 43 e 47 constituem, em realidade, penas *restritivas de liberdade* – limitação de final de semana (art. 43, VI, CP) e proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, CP) –, e penas patrimoniais – prestação pecuniária e perda de bens e valores (art. 43, I e II, CP) (PRADO, 2010, p. 543).

Quanto a isso, conforme exposto no segundo parágrafo deste item, esse tipo de posicionamento adota uma visão reducionista do termo “restrição de direitos”. Os direitos apresentam as mais variadas facetas e, em uma acepção ampliada, qualquer pena é restritiva de direitos, inclusive a pena de prisão, de sorte que aqui, por isso e pelas razões de política criminal expostas, será utilizado o termo “penas alternativas”.

⁵ “CP” é o acrônimo tradicionalmente utilizada para “Código Penal”.

1.4.3 Classificação

A partir da análise dos dispositivos do Código Penal que preveem as penas alternativas e a partir da sistemática de sua aplicação, é possível classificá-las de acordo com alguns critérios.

Quanto à autonomia, conforme se depreende da leitura do caput do art. 44 do Código Penal, as penas alternativas substituem as penas privativas de liberdade, se respeitadas as condições dos incisos desse artigo, o que as confere o caráter de penas principais ou autônomas.

Isso significa que elas não são cumuladas com as penas restritivas de liberdade cominadas pelos tipos penais, isto é, se é cominada uma pena alternativa, obrigatoriamente, não será cominada pena privativa de liberdade e vice-versa.

Não se trata, então, de penas acessórias, que são aquelas que podem ser aplicadas em conjunto com a pena principal, como a pena de multa, por exemplo.

Essa característica de autonomia, no entanto, encontra exceções, como, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro, como se verá adiante.

Em um outro critério de classificação, as penas podem ser originárias ou substitutivas.

A substituição é a troca ou permuta em que a lei, prevendo diversas modalidades de pena, permite a escolha de alternativas (MARTINS, 2001, p. 83)

Nesse sentido, as penas alternativas são substitutivas, na medida em que substituem as penas privativas de liberdade que originariamente são cominadas aos tipos penais. Isto é, na condenação, o acusado é apenado com um *quantum* de pena privativa de liberdade, a qual, em momento processual posterior, é substituído por pena alternativa, se forem satisfeitas as condições legais.

Isso significa que as penas substitutivas não são originárias, isto é, não são cominadas em abstrato originalmente nos tipos penais. Dito de outra forma, as penas alternativas não fazem parte do preceito secundário das normas penais. Essa característica das penas alternativas, tal qual a característica anterior, também encontra exceções.

Na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), há penas alternativas que vêm cominadas no próprio tipo penal, conforme será visto adiante (NEVES, 2008, p. 129). Nesse caso, ao invés de serem substitutivas, essas penas alternativas são

originárias, excepcionalmente.

O mesmo ocorre, como também será detalhado a seguir, com a Lei nº 9.503/1997 (Código Brasileiro de Trânsito), que adotou as “penas restritivas de direitos’ na condição de ‘pena principal’, se assim se pode falar, na ausência de *pena acessória* ou secundária, mas, enfim, as utiliza, em regra, *cumulativamente* com a pena privativa de liberdade” (BITENCOURT, 2006, p. 68).

Além disso, conforme explica Bitencourt, no caso das penas⁶ alternativas previstas no art. 89 da lei 9.099/95, têm-se penas, de fato, alternativas quanto à sistemática de aplicação: “a Lei n. 9.099/95, com sua *política criminal consensual descarcerizadora*, adotou as penas restritivas de direitos em ‘caráter alternativo” (BITENCOURT, 2006, p. 68).

Utilizado nesse sentido, o termo “alternativas” qualifica aquelas penas que são cominadas no lugar da pena de prisão e não em substituição a elas. De fato, pela sistemática do Código Penal, primeiro comina-se a pena privativa de liberdade e depois, se satisfeitos alguns critérios, ela é substituída pelas penas alternativas, ou seja, há substituição.

Se as “penas alternativas” fossem alternativas (quanto à sistemática de aplicação), então, satisfeitos os critérios, nem sequer haveria estabelecimento da pena privativa de liberdade, haveria automaticamente a cominação da pena alternativa, ou seja, não haveria substituição, mas sim uma alternativa que incidiria no lugar da pena de prisão.

Quanto à aplicação à generalidade de delitos ou a delitos específicos, as penas podem ser gerais ou específicas.

Nesse âmbito, as penas alternativas são penas gerais, por que podem ser utilizadas para qualquer delito, desde que atendidas condições estabelecidas pelos incisos do art. 44 do Código Penal brasileiro.

Essa característica pode ser inferida do disposto no art. 54 do Código Penal.

Art. 54. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos (BRASIL, 1940).

Ainda, as penas alternativas podem ser pecuniárias ou não pecuniárias, sendo que as primeiras são aquelas que possuem um conteúdo patrimonial e as

⁶ Vide o item 1.7.1, o qual discute se as medidas previstas na lei 9.099/95 são, de fato, penas.

segundas não possuem essa característica.

Bitencourt aponta para três tipos de penas pecuniárias: o confisco, a indenização ao ofendido e a multa (BITENCOURT, 2004, p. 271).

Nesse sentido, no que tange às penas alternativas disponibilizadas pela legislação brasileira, são pecuniárias a perda de bens e valores e a prestação pecuniária, enquanto que as demais são não pecuniárias, a saber, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

1.4.4 As penas alternativas no Código Penal brasileiro: a sistemática de aplicação

A possibilidade de substituição da pena de prisão abre-se a partir da previsão do inciso IV do artigo 59 do Código Penal, conforme lê-se a seguir.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

O art. 59 apresenta uma gradação e sucessão de atos do juiz que culminam com a pena em concreto cominada ao réu. De acordo com esse artigo, o juiz deve analisar as circunstâncias judiciais do réu (culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima), estabelecer as penas aplicáveis entre aquelas disponíveis para o delito em tela, dosar a quantidade dessas penas, estabelecer o regime inicial de cumprimento dessas penas e, por fim, e de interesse para esse trabalho, ele deve estabelecer a substituição da pena de prisão, se atendidos os requisitos para tanto.

Então, primeiro é fixada a pena privativa de liberdade pelo juiz e depois, se satisfeitos determinados critérios, dá-se a sua substituição por penas alternativas.

Delmanto ressalta, ainda, que, além de a substituição da pena privativa de

liberdade se dar na sentença, pode ocorrer também em grau de recurso e no âmbito da execução (vide item acerca da conversão adiante) (DELMANTO, 2010, p. 242).

As penas que, nos termos do inciso IV do art. 59, são passíveis de substituir a pena privativa de liberdade, aqui chamadas de penas alternativas, são reguladas, no Código Penal, por dispositivos constantes da Seção II do Capítulo I do Título V, em especial, pelos artigos 43 a 48. Ressalte-se, conforme será detalhado, que a legislação especial traz também algumas penas alternativas, que serão discutidas em item específico adiante.

O art. 44 do Código Penal apresenta, em seus incisos de I a III, as condições que devem ser cumpridas para que essas penas alternativas possam substituir as penas de prisão, conforme se depreende da transcrição a seguir.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Segundo Neves (2008, p. 25), os critérios apresentados pelo art. 44 para a adoção das penas alternativas podem ser divididos em objetivos e subjetivos, os quais devem ser satisfeitos simultaneamente.

Os critérios objetivos constam do inciso I. Segundo esse dispositivo, após a fixação de uma pena privativa de liberdade, caberá a substituição por pena alternativa, se o crime for praticado na modalidade culposa, e, no caso de delito doloso, caberá a substituição quando o *quantum* cominado não ultrapassar 4 anos.

Além disso, devem ser satisfeitos critérios subjetivos (relacionados ao próprio autor do delito) para que se possa proceder à substituição, os quais constam dos incisos II e III.

Satisfeitos esses critérios, o magistrado escolhe as penas alternativas cabíveis.

O art. 43, nesse sentido, enumera as espécies de penas alternativas existentes no Código Penal brasileiro, sem prejuízo de dispositivos específicos da legislação extravagante, a saber: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, as quais serão abordadas em

item específico adiante.

A seguir são discutidos os pormenores dos critérios objetivos e subjetivos.

O critério objetivo consta inciso I do artigo 44, o qual destina as penas alternativas apenas para dois casos: primeiro, para situações em que os réus tenham sido condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, por delitos que não foram praticados com violência ou grave ameaça à pessoa; e, segundo, quando se tratar de crime culposos, independente da pena privativa de liberdade aplicada.

Com isso, o legislador, ao invés de estabelecer um rol de delitos suscetíveis de apenação alternativa, optou por um critério mais genérico e abstrato, que é o da escolha de um teto de pena cominada, qual seja, quatro anos, abaixo do qual, se satisfeitas certas condições, vislumbra-se a possibilidade de pena alternativa. Com isso, conforme destaca Bitencourt, “evitou-se o problema do *casuismo*, isto é, a dificuldade em escolher os crimes que poderiam ou não ser *apenados* com esta sanção” (BITENCOURT, 2006, p. 78).

Ressalte-se que o teto de quatro anos diz respeito à pena de prisão cominada e não às penas máximas ou mínimas abstratamente cominadas pelos tipos legais (preceitos secundários). Dessa sorte, Bitencourt exemplifica que crimes “*abstratamente* puníveis com sanções de até oito ou dez anos podem, eventualmente, beneficiar-se com *penas alternativas*, v. g., os crimes de furto qualificado [...]” (BITENCOURT, 2006, p. 105 – itálicos do autor).

Neves aponta que os únicos crimes do Código Penal Brasileiro que, por esses critérios, não são passíveis de penas alternativas são os crimes dolosos contra a vida, os crimes contra o patrimônio, se forem praticados com violência, o estupro e o atentado violento ao pudor, isso porque a pena abstrata mínima cominada a eles passa dos quatro anos previstos no inc. I do art. 44 do Código Penal (NEVES, 2008, p. 127).

Quanto aos outros crimes dolosos do Código Penal, eles somente não serão passíveis de penas alternativas, se forem praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Repita-se que, se o crime for culposos, ele é sempre passível de pena alternativa, qualquer que seja o tempo de prisão eventualmente cominado.

Com isso, Bitencourt assinala que as penas alternativas possuem aplicabilidade para mais de noventa por cento das infrações tipificadas no Código Penal Brasileiro (BITENCOURT, 2006, p. 105). Martins vai além e lista,

exemplificativamente, 225 delitos dolosos do Código Penal para os quais são aplicáveis penas alternativas, ressalvando-se: a legislação especial, a possibilidade de causas de diminuição de pena em delitos que inicialmente não fariam jus à substituição e a possibilidade de concurso, situação na qual o total poderá ficar acima do limite de quatro anos (MARTINS, 2001, p. 65 a 75).

Observe-se que, mesmo se o crime for hediondo, caso ele satisfaça os critérios objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa deve ser feita (NEVES, 2008, p. 141 a 148).

Isso pode ocorrer, por exemplo, para os delitos de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou médicos e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (PRADO, 2010, p. 556).

Quanto aos concursos de crimes, o total das penas, em casos de crimes dolosos, deve ficar dentro dos limites do critério objetivo para que a substituição seja possível (PRADO, 2010, p. 554).

A substituição somente não irá ocorrer se, no caso de concurso material, houver sido, para um dos crimes, aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa. Nesses casos, para os demais crimes componentes do concurso, será incabível a substituição por pena alternativa, conforme dispõe o §1º do art. 69 abaixo apresentado.

Art. 69. [...]

§ 1º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o artigo 44 deste Código.

No que tange ao concurso de agentes, nada obsta que a pena privativa de liberdade seja substituída se forem cumpridos os critérios objetivos e subjetivos estabelecidos pelo art. 44 do Código Penal (MARTINS, 2001, p. 77).

Quanto ao inciso I do art. 44, deve-se esclarecer, ainda, que a reforma proporcionada pela edição da Lei nº9.714/98 não modificou o art. 54, que estabelece a forma como as penas alternativas são aplicadas.

Art. 54. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos. (BRASIL, 1940)

Isso gerou uma antinomia, pois, o inciso I do art. 44 do Código Penal estatui que as penas alternativas substituem as penas de prisão não superiores a quatro

anos, enquanto o “o art. 54 permanece estatuindo que as penas restritivas substituem as privativas inferiores a um ano (NEVES, 2008, p. 130).

No entanto, segundo Neves, não se trata essa antinomia de um grande problema, pois não há “dúvidas de que prevalece a lei mais favorável, embora essas disposições conflitantes causem perplexidade aos operadores do direito” (NEVES, 2008, p. 130).

Quanto aos critérios subjetivos, são aqueles relacionados a características do próprio autor do delito e que são estabelecidos pelos incisos II e III do art. 44.

De acordo com o inciso III, além do cumprimento dos critérios objetivos, devem ser analisados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do delito e a personalidade do condenado, de sorte que o sopesamento desses elementos deve indicar que a substituição será suficiente.

“Substituição suficiente”, segundo Bitencourt, é o atendimento da prevenção especial (BITENCOURT, 2006, p. 85). Ou seja, se, ao analisar os elementos enumerados no inciso III do art. 44, o juiz vislumbrar que a cominação da pena alternativa contemplará a prevenção especial, então a substituição da prisão pela pena alternativa será suficiente.

Bitencourt observa também que os elementos contidos no inciso III do art. 44, são os mesmos do art. 59, exceto pelas “consequências do crime” e pelo “comportamento da vítima”, que constam desse último dispositivo.

Por fim, o inciso II, em conjunto com o §3º do art. 44, estabelece que no caso de o réu ser reincidente em crime doloso, a substituição somente ocorrerá se ela se mostrar uma medida socialmente recomendável e se a reincidência não for na prática do mesmo crime, ou seja, se houver reincidência específica, a substituição é proscrita (vide transcrição a seguir).

Art. 44. [...]

§3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (BRASIL, 1940).

Assim, a reincidência é, de regra, um fato impeditivo da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. No entanto, esse impedimento não é absoluto, visto que o §3º permite que, mesmo em caso de reincidência em crime doloso, seja aplicada a pena alternativa se essa medida se mostrar socialmente recomendável. No entanto, a reincidência específica, isto é, a reincidência no mesmo delito doloso, esta, sim, é um impedimento absoluto, pois, caso ocorra,

impede que seja substituída a pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2006, p. 83 e 84).

Neves explica que os critérios subjetivos são importantes para que as penas alternativas obedeçam aos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

Com base nesses princípios da culpabilidade e da proporcionalidade respaldam-se, sobremaneira, as penas restritivas de direitos. Primeiro, em face da cominação legislativa, ao estabelecer os critérios objetivos de substituição (CP, art. 44, inc. I); segundo, no momento da aplicação judicial da pena ao infrator, quando o juiz examina o contexto social e psicológico em que o agente cometeu sua conduta; se ele, é ou não, efetivamente, merecedor da pena alternativa à prisão, e qual deve ser a pena adequada ao ilícito e ao indivíduo (NEVES, 2008, p. 137).

1.4.4.1 DOSIMETRIA E ESCOLHA DA PENA ALTERNATIVA CABÍVEL

Satisfeitos os critérios objetivos e subjetivos estabelecidos pelo art. 44 do Código Penal como requisitos para a aplicação das penas alternativas, o magistrado deve eleger as penas alternativas que irá cominar e deve dosá-las.

Observe que, uma vez satisfeitos os critério objetivos e os subjetivos, a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa deve ocorrer, ou seja, a substituição não é uma mera discricionariedade do juiz, mas sim uma obrigação, casos os critérios sejam satisfeitos pelo condenado. A substituição é direito público subjetivo do acusado que contemplar os critérios objetivos e subjetivos (DELMANTO, 2010, p. 244).

Por isso,

a sentença que nega a substituição deve estar concretamente fundamentada, sob pena de nulidade (STJ, HC 10.156-RJ, *DJU* 14.2.2000, p. 50, *in* Bol. IBCCr 88/431), sendo que a motivação genérica, vaga, não preenche a exigência estabelecida no art. 93, IX da CR (STJ, HC 11.436-RJ, *DJU* 14.8.2000, p. 183, *in* RBCCr 32/335) (DELMANTO, 2010, p. 244).

Quanto à dosimetria, o art. 55 do Código Penal determina que o tempo de duração das penas restritivas será o mesmo dosado para a pena de prisão que as penas alternativas passarão a substituir. Esse dispositivo, no entanto, faz a ressalva de que, excepcionalmente, quando a pena privativa de liberdade for superior a um ano, o condenado pode cumprir a substitutiva em tempo menor, desde que esse

tempo não seja inferior à metade da pena de prisão inicialmente cominada.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 46.

Art. 46.

[...]

§4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (artigo 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 1940)

Quanto à escolha das penas alternativas a substituírem a pena de prisão, o Código Penal estabelece dois regimes distintos, dependendo do tempo de pena privativa de liberdade cominado, conforme estabelecido no §2º do art. 44, transcrito a seguir.

Art. 44. [...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (BRASIL, 1940).

Assim, no caso de condenação a pena de prisão igual ou inferior a um ano, a substituição do encarceramento pode ser feita ou por multa ou por uma das penas alternativas (nunca pelas duas modalidades de pena concomitantemente). Para escolher se irá cominar a multa ou a pena alternativa, o juiz deve se pautar pelas circunstâncias judiciais do art. 59, observando, principalmente, qual será a pena mais satisfatória em face do mal cometido (MARTINS, 2001, p. 84).

No entanto, no caso de condenação a pena de prisão superior a um ano, a substituição do encarceramento deve ser feita por uma pena de multa e uma das penas alternativas ou por duas das penas alternativas, desde que elas possam ser executadas simultaneamente (BITENCOURT, 2006, p. 82).

Como exemplo de penas alternativas que podem ser executadas simultaneamente tem-se a limitação de fim de semana e a habilitação para dirigir veículos ou a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e a prestação de serviço à comunidade (PRADO, 2010, p. 554)

No caso de concurso material, no entanto, o Código Penal abre uma exceção e permite que penas alternativas incompatíveis de cumprimento simultâneo sejam cumpridas sucessivamente, como determina o §2º do artigo 69 do Código Penal:

Art. 69. [...]

§2º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (BRASIL, 1940).

Ressalte-se, por fim, que a multa, a partir do que dispõe o §2º art. 44, além do caráter de pena principal visto nos preceitos secundários dos tipos penais do Código Penal, onde é cominada isolada, cumulada ou alternadamente com a pena de prisão, adquire o papel de pena substitutiva. E, como pena substitutiva, a multa, dependendo do *quantum* de pena privativa de liberdade cominado, pode ser determinada isolada ou cumuladamente com uma pena alternativa (BITENCOURT, 2006, p. 161).

Quanto à eleição de qual pena alternativa será aplicada ao caso concreto, deve-se, de início, observar quais são genéricas e quais são específicas.

Conforme será detalhado no item 1.6, as penas alternativas listadas no art. 43 do Código Penal podem ser genéricas, que são aquelas passíveis de serem aplicadas a quaisquer infrações penais, ou específicas, que são as modalidades limitadas a certos delitos.

São genéricas a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, proibição de freqüentar determinados lugares e a limitação de final de semana. E são específicas a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

As penas específicas não deixam alternativas ao magistrado: possuem aplicação restrita aos delitos mencionados em lei. Já as genéricas, em tese, deixam o juiz livre para eleger entre as penas alternativas existentes aquela ou aquelas que considerar mais adequada(s) ao caso concreto.

Portanto, para um dado condenado, a lei não estabelece, diretamente, critérios para nortear a escolha da pena alternativa pelo juiz, podendo ele, em tese, escolher livremente uma pena alternativa entre prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, proibição de freqüentar determinados lugares e limitação de final de semana.

No entanto, cada uma das modalidades de penas alternativas possui um desenho próprio, isto é, cada uma apresenta nuances, características e peculiaridades que a torna mais ou menos adequada para a punição deste ou daquele delito e também diante deste ou daquele condenado.

Assim, o caráter genérico de algumas penas alternativas não significa total

liberdade do magistrado para, diante de um caso concreto, cominar a pena alternativa que melhor lhe aprouver.

O caráter genérico de algumas penas alternativas, significa, sim, a potencialidade de essas penas serem cominadas para punir qualquer delito. No entanto, essa potencialidade não se concretiza a partir da discricionariedade do magistrado, mas sim a partir de uma análise do caso sob a luz do art. 59.

E não poderia ser diferente. O art. 59 não se refere exclusivamente à pena prisão, conforme se depreende da redação do dispositivo: ele deve ser obedecido quando da aplicação da pena alternativa ou de qualquer outra pena.

Recorde-se que, de acordo com esse dispositivo do Código Penal, o Brasil adota as teorias mistas ou unificadas quanto à finalidade da pena, segundo as quais a pena deve representar a retribuição do injusto realizado, a prevenção especial positiva e a prevenção geral (NEVES, 2008, p. 76).

Portanto, o pinçamento de uma pena alternativa entre as penas genéricas disponíveis deve ser guiado pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente; pelos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e pelo comportamento da vítima, estabelecerá.

Ademais, a escolha de uma ou mais modalidades de penas alternativas deve se mostrar necessária e suficiente para reprovação (retribuição)⁷ e prevenção do delito, conforme preconiza o comando do art. 59.

Neves, comentando acerca da eficácia e prestígio das penas alternativas, afirma que “é necessário que o magistrado proceda a uma escolha plausível daquela que melhor se adapta ao caso concreto, viabilizando o aspecto pedagógico da resposta penal” (NEVES, 2008, p. 157)

As Regras de Tóquio trazem disposição específica nesse sentido, conforme a transcrição a seguir.

3.2. A escolha da medida não privativa de liberdade é fundada em critérios estabelecidos relativos tanto à natureza e gravidade da infração como à personalidade e antecedentes do delinquente, ao objectivo da condenação e aos direitos das vítimas (BRASIL, 1940).

Após a análise do caso em tela a partir do artigo 59, uma ou mais penas mostrar-se-ão adequadas ao caso concreto e poderão ser aplicadas.

Observe-se que, por meio desse procedimento, a escolha de uma das penas alternativas acaba tendo que contemplar a análise da tríade condenado-delito-

⁷ Neves (2008, p. 76) aponta que a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade.

modalidade de pena alternativa. Em verdade, ao assim se proceder, atende-se não só ao disposto no art. 59 do Código Penal, mas, e principalmente, ao mandamento constitucional da individualização da pena (inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal).

Por exemplo, um indivíduo pobre, condenado por furto simples a dois anos de pena privativa de liberdade, que cumpre os critérios objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal pode ter essa pena substituída por multa e pena alternativa ou por duas alternativas. Em tese, para essa substituição, estariam disponíveis para o juiz as penas genéricas de prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, proibição de freqüentar determinados lugares e a limitação de final de semana.

Entretanto, como foi exposto, o fato dessas penas serem genéricas não autoriza o magistrado a escolhê-las aleatoriamente.

A hipossuficiência do agente, por exemplo, praticamente desautoriza a cominação de penas pecuniárias (prestação pecuniária e perda de bens e valores), conforme explica Amico, no trecho a seguir:

A reparação civil tem por parâmetro o salário mínimo e, ainda que não referida na lei, a situação econômica do condenado deverá ser levada em consideração quando da fixação da pena, do prazo e da forma de pagamento. Esta pena restritiva de direito concede ao magistrado no processo-crime o poder de arbitrar ao condenado o *quantum* a pagar aos ofendidos ou entidade pública ou privada com destinação social, sem prévio contraditório, o que exige redobrada prudência do julgador (AMICO, 1999, p. 3).

Tampouco faria sentido impor a proibição de frequentar certos lugares, pois as peculiaridades dessa modalidade de pena alternativa a torna indicada para apenas aqueles delitos cujo cometimento é influenciado pela presença do agente em lugares específicos, conforme será visto em item específico adiante.

Resta ao magistrado, nesse exemplo, as opções da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e da limitação de final de semana.

Outro hipótese seria a de um presidente de uma multinacional condenado a dois anos de pena privativa de liberdade por apropriação indébita previdenciária.

Novamente, em tese, para essa substituição, estariam disponíveis para o juiz as penas genéricas de prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, proibição de freqüentar determinados lugares e a limitação de final de semana.

Nesse caso, pelo mesmo motivo apresentado no exemplo anterior, a

proibição de frequentar certos lugares não se aplica.

Ademais, a hipersuficiência do agente desaconselha a cominação de prestação pecuniária, uma vez que ela limita-se ao montante de trezentos e sessenta salários mínimos, que seria um valor ínfimo se cotejado com o patrimônio desse tipo de agente e com o dano decorrente da prática do delito, o que não atenderia aos fins de retribuição ou de prevenção especial.

A partir disso, restariam ao magistrado, para esse segundo exemplo, as opções da perda de bens e valores, da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e da limitação de final de semana, se bem que a cominação da perda de bens e valores mostra-se bastante recomendável nesse caso, conforme se demonstrará adiante.

Em resumo, o caráter genérico de algumas das penas alternativas significa que, na escolha de qual será a pena alternativa a substituir a prisão, o magistrado deve perscrutar os aspectos subjetivos do condenado, as condições do cometimento do delito, a capacidade de promover a prevenção (geral e específica) das penas disponíveis, as características intrínsecas de cada pena alternativa e a capacidade de retribuição de cada uma delas.

E face a essa necessidade de o magistrado analisar a tríade condenado-delito-modalidade, as decisões de escolha de penas alternativas devem ser fundamentadas.

Delmanto (2010, p. 46) relata algumas decisões judiciais em que foi ressaltada a necessidade de fundamentação e de se escolher a pena alternativa adequadamente, e não aleatoriamente:

Fundamentação na escolha da modalidade de pena substitutiva: A imposição de pena restritiva de direito, como expressão da individualização da resposta penal, reclama devida fundamentação, sendo defeso ao juiz aplicar a limitação de final de semana em detrimento de espécie menos grave prevista no art. 43 do CP, sem declinar, ainda que sucintamente, os motivos ensejadores de sua indicação (STJ, HC 25.838/RS, j. 3.2.2005, DJU 11.4.2005, p. 384, in *Bol. IBCCr.* n° 150, maio de 2005). Pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a qual poderia ter se dado de três outras formas: perda de bens ou valores, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana; flagrante falta de motivação concreta, sendo vedada a adoção do princípio da convicção íntima do juiz ao invés do livre convencimento concretamente fundamentado (STJ, HC 29.357, j. 18.3.2004, DJU 10.5.2004, p. 313, in *Bol. IBCCr.* 139/805). [...] A escolha das penas restritivas de direitos dentre as previstas no art. 43, sem apontar qualquer fundamento, não preenche as exigências constitucionais e infraconstitucionais de fundamentar. Não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima (STJ, HC 14.984/RS, DJU 13.8.2001, p. 184, in *RBCCr.* 7/314). (DELMANTO, 2010, p. 246).

Em resumo, a seleção de uma pena alternativa entre aquelas colocadas à disposição pela legislação segue um modelo de chave-fechadura, no qual ao desenho do caso concreto deve-se amoldar e se encaixar o desenho da pena alternativa.

1.4.5 A conversão das penas alternativas em penas privativas de liberdade

A conversão é o incidente de execução no qual uma pena em cumprimento é convertida em outra modalidade de pena em face do cumprimento de requisitos ou de determinadas ações ou omissões do condenado.

A conversão pode ser liberativa, quando um condenado não beneficiado inicialmente por pena alternativa tem sua pena privativa de liberdade substituída durante o cumprimento da pena cominada, ou detentiva, que ocorre quando o condenado a pena restritiva de direito descumpra injustificadamente a restrição imposta e tem sua pena convertida em pena privativa de liberdade (PRADO, 2010, p. 556).

Com relação à conversão liberativa, ela é regulada pelo art. 180 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), de acordo com o qual o apenado com restrição da liberdade não superior a dois anos, que esteja cumprindo em regime aberto, que tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena e cujos antecedentes e personalidade indiquem ser a conversão recomendável, poderá ter sua prisão convertida em restrição de direitos. conforme transcrição a seguir.

Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:
I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
II – tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena;
III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável (BRASIL, 1984).

Apesar dessa previsão, diante da reforma operada pela Lei nº9.714, que permite a substituição das penas privativas de liberdade de até quatro anos, mesmo diante de reincidência em crime doloso, “muito raramente haverá hipóteses que se enquadrem na previsão do art. 180 da Lei de Execução Penal” (BITENCOURT,

2006, p. 169).

Quanto à conversão detentiva, ela pode ocorrer se sobrevier condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, nos termos do §5º do art. 44 ou se o condenado a penas alternativas descumprir restrição exigida para o tipo de pena alternativa aplicada (PRADO, 2006, p. 557).

Com relação à primeira possibilidade, conforme o §5º do art. 44 transcrito abaixo, caso o beneficiado com a pena alternativa seja, futuramente, condenado a uma pena privativa de liberdade, o juiz da execução penal tem a faculdade de converter ou não a pena alternativa em pena privativa de liberdade. Se for possível ao condenado cumprir a pena alternativa anteriormente aplicada em conjunto com a pena privativa de liberdade, não haverá conversão; se for impossível ao condenado cumprir a pena alternativa junto com a nova pena restritiva de liberdade, então a pena alternativa sofrerá conversão.

Art. 44. [...]

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (BRASIL, 1940).

A segunda possibilidade de conversão decorre do disposto no início do §4º do art. 44, conforme se confere a seguir, o qual determina a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade quando o condenado violar restrição específica do tipo de pena restritiva que cumpre.

Art. 44. [...]

§4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (BRASIL, 1940).

As restrições específicas de cada pena alternativa constam dos parágrafos do art. 181 da Lei de Execução Penal, conforme se observa a seguir.

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§1º. A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§2º. A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o

condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a, d e e do parágrafo anterior.

§3º. A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interdito ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a e e do §1º deste artigo (BRASIL, 1984).

Por fim, deve-se se ressaltar que, quando houver conversão de pena alternativa em privativa de liberdade, deve ser operada a detração penal, isto é, deve-se abater da pena de prisão cominada inicialmente aquilo que já foi cumprido a título de pena alternativa.

O que restar dessa subtração será o tempo de cumprimento de pena de prisão após a conversão, conforme o final do §4º do art. 44 do Código Penal.

Art. 44. [...]

§4º [...] No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido na pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão (BRASIL, 1940).

Quanto a esse dispositivo, Bitencourt explica que os trinta dias mencionados referem-se ao saldo mínimo de detenção ou reclusão a ser cumprido após o cálculo da detração (BITENCOURT, 2006, p. 173).

1.5 AS VANTAGENS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS

Além de as penas alternativas, por sua própria definição, apresentarem como vantagem o fato de serem, por si só, alternativas à pena de prisão, ou seja, além de intrinsecamente promoverem, entre outros valores, a humanização da pena pública, elas possuem outras características relevantes.

Primeiro, pode-se citar a questão dos custos do exercício do poder de punir por parte do Estado. As penas alternativas à prisão apresentam ao Estado um custo menor do que a pena privativa de liberdade. De acordo com o Ministério da Justiça, “cada nova vaga [nos presídios] custa aos cofres públicos cerca de R\$ 15.000,00. O custo mensal do preso varia de R\$ 700,00 a R\$ 1.200,00” (BRASIL, 2002, p. 5, grifos nossos).

Ainda que se observem autores que apontem em direção ao menor custo

para o Estado da aplicação das penas alternativas em comparação com os custos da pena de prisão, o relatório final do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD) sobre a execução de penas alternativas alerta que, atualmente, não há:

levantamento confiável cuja intenção seja aferir quais são as despesas envolvidas em cada uma das modalidades de sanção penal. Embora aparentemente a pena alternativa se mostre como menos onerosa, não é possível fazer essa afirmação sem que haja dados confirmando essa impressão” (NAÇÕES UNIDAS: 2006, p. 3).

De qualquer forma, ainda que o custo das penas alternativas seja mais baixo e isso, sem dúvida é uma vantagem, o relatório do ILANUD ressalta que o custo das medidas não deveria servir de justificativa para a adoção das penas alternativas, conforme se confere no trecho a seguir.

Em outra medida, é importante ter em mente que tal critério utilitarista não está presente entre os precedentes e princípios expostos pelos instrumentos normativos tanto internacionais – especialmente as Regras de Tóquio das Nações Unidas – quanto nacionais para a implementação das penas alternativas. Isso equivale a dizer que o custo de uma política pública eficaz não é, em especial no caso da política criminal em tela, um critério norteador da sua relevância, ainda mais se tomado o significado do custo em termos estritos, como se propaga. Se, afinal, se aferisse que a manutenção de um sistema operante e eficaz de penas alternativas fosse mais onerosa que a do sistema carcerário, essa seria uma razão para abandonar a opção política pelas alternativas penais? (ILANUD, 2006, p. 3)

Além disso, as penas alternativas conservam o mesmo caráter de atendimento da prevenção geral que a pena de prisão, visto que são penas substitutivas, isto é, não são cominadas originariamente no tipo penal, salvo raras exceções.

Também, a possibilidade de retomada da pena de prisão no caso de descumprimento da pena alternativa também dota essa última de prevenção geral, é o que aponta Neves.

Verifica-se que, ao ser cominada, no próprio tipo, a pena privativa de liberdade (que poderá ser substituída) realiza o fim da prevenção geral, que também se faz presente no caso de descumprimento da pena restritiva de direitos, a qual pode ser convertida em privativa de liberdade. Esse é, sem dúvida, um fator de intimidação da prática de delitos, por parte da comunidade. (NEVES, 2008, p. 148).

Além da prevenção geral, as penas alternativas mostram-se vantajosas no atendimento da prevenção especial, principalmente, por evitar o contato com o ambiente promotor de criminalidade da prisão e por desenvolver no condenado a importância da vida em sociedade, conforme explica Neves.

A prevenção especial é perfeitamente atingida quando o juiz, ao substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, afasta o condenado do cárcere, deixando de submetê-lo a um sistema que poderá estimular a corrupção e perversão, oferecendo-lhe uma oportunidade de permanecer no grupo social, outorgando-lhe tão-somente uma pena que lhe restringirá certos direitos, mas não lhe subtrairá a liberdade (NEVES, 2008, p. 148).

Há inclusive casos de condenados que, após o cumprimento da pena alternativa de prestação de serviços, acabaram “optando por continuar a prestação do serviço, voluntariamente, mesmo após o cumprimento da pena” (NEVES, 2008, p. 149).

Outra vantagem das penas alternativas diz respeito à reincidência, que seria muito maior entre os apenados com aprisionamento em comparação com os condenados a penas alternativas.

Neves apresenta um exemplo, não representativo em termos estatísticos, mas exemplificativo, em que se observa esse cotejo entre a reincidência nos egressos do sistema carcerário e a reincidência entre os apenados com penas alternativas.

Na vara de execuções de Pernambuco, por exemplo, a qual atende treze (13) comarcas da Região Metropolitana do Recife, e monitora dois mil e quatrocentos (2400) beneficiários (“quase 17% da população carcerária do Estado, que é de 14500 presos”), a taxa de reincidência é quase nula, abaixo de 1%, afirma o Juiz Flávio Fontes. No Brasil, o percentual médio de reincidência no sistema carcerário tradicional chega a 65%” (NEVES, 2008, p. 149).

No entanto, ainda que se aponte ser maior a reincidência no apenados com prisão do que nos penas com penas alternativas, o relatório do ILANUD alerta para o fato de que não haveria estudos quantitativos nesse sentido.

No entanto, não obstante se propague a existência de altíssimas taxas de reincidência no que se refere à pena de prisão, que ora estariam próximas de 70%, ora alcançariam 80%, fato é que, até a presente data, não se registra qualquer estudo quantitativo que tenha sido realizado em todo o país ou com alguma representatividade, de modo a ser desconhecido o verdadeiro índice de reincidência de indivíduos que cumpriram pena de prisão (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 2).

Bitencourt também é reticente no que tange às estatísticas atinentes à reincidência e aponta que “não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja mais ineficaz, em termos de reincidência, em relação aos outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais” (BITENCOURT, 2006, p. 91).

Por outro lado, em que pese a falta de estatísticas acerca da reincidência,

Thompson (2007, p. 99) presume que ela seja da ordem de 70% no Brasil, “do que não há certeza por falta de estatísticas confiáveis, número, porém, que se pode considerar como muito provável em face dos dados precisos de outros países”. Nesse sentido o autor cita a mesma porcentagem de 70%, aferida nos Estados Unidos e na Suécia.

Da mesma maneira, em estudo acerca da avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade nos crimes de roubo e furto no Distrito Federal, o Grupo Candango de Criminologia (GCCrim) identificou que os réus sancionados com penas restritivas de direitos “apresentaram índices de reincidência significativamente menores do que os que passaram pelo cárcere, bem como foram percebidas menores violações a seus direitos” (BARRETO & CASTILHO, 2008, p. 103).

1.6 RELAÇÕES DAS PENAS ALTERNATIVAS COM OUTROS INSTITUTOS

1.6.1 Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995

De acordo com César Bitencourt, a Lei nº 9.714/98, que instituiu as últimas penas alternativas, e a Lei nº 9.099/95, que criou os juizados especiais criminais, compartilham do mesmo ideal descarcerizador, porém atuam em searas diferentes, sendo que a primeira seleciona os casos que a ela se subsumem pelo *quantum* de pena privativa de liberdade cominado (não superior a quatro anos) e pelo modo de execução do crime (sem violência ou grave ameaça), e a segunda seleciona suas hipóteses de incidência a partir, tão somente, do *quantum* de pena de prisão abstrata dos delitos - penas que não ultrapassem dois anos (BITENCOURT, 2006, p. 104 e 105).

Assim, dada essa diferença de critérios, existem crimes que são praticados com violência ou grave ameaça, que são, portanto, insuscetíveis de pena alternativa, mas que são crimes de menor potencial ofensivo, nos termos da lei nº 9.099/95, como é o caso da lesão corporal leve dolosa, e que serão julgados e processados nos termos dessa lei, o que para Bitencourt é “um verdadeiro paradoxo”

(BITENCOURT, 2006, p. 106 e 109).

Quanto a isso, diversos autores admitem que a lesão corporal leve, o constrangimento ilegal e o delito de ameaça, ainda que envolvam violência ou ameaça, devem ser suscetíveis de penas alternativas, por uma questão de interpretação sistemática das leis 9.099/95 e 9.714/98.

Jesus e Gomes (1999, p. 1), por exemplo, defendem que “crimes cometidos com violência ou grave ameaça não autorizam a substituição, exceto quando já admitem a aplicação de outras formas alternativas de sanção, porque nesse caso o legislador já fez alhures uma valoração menos severa da mesma infração”.

Assim, no caso de lesão corporal leve, constrangimento ilegal ou delito de ameaça em que não tenha havido solução consensual pela Lei nº 9.099/95 (§7º do artigo 89) devem ser passíveis de penas alternativas, mesmo sendo condutas delituosas violentas ou que envolvam ameaça.

No mesmo sentido, Martins, por exemplo, alega que deve haver “leitura sistematizada do novo texto do art. 44, I, a fim de se dirimir o confronto entre os preceitos mencionados, resolvendo-se em favor do infrator, ou seja, dando aplicação à norma que lhe é favorável”. Advoga da mesma ideia René Ariel Dotti (1999, p. 105).

Além disso, essa distinção de critérios entre as duas leis leva a casos em que ambas são aplicáveis. Por exemplo, um delito de pena abstrata máxima de um ano, cometido sem violência ou grave ameaça, em tese é suscetível a ambos os procedimentos.

Nesses casos, impera a subsunção à Lei nº 9.099/95, visto que essa configura-se mais benéfica por não implicar condenação, conforme explica Bitencourt.

Afinal, qual é o instituto mais benéfico, a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei n. 9.099/95) ou a *substituição da pena privativa de liberdade aplicada*? Sem sombra de dúvidas, a *suspensão do processo* é instituto consideravelmente *mais liberal* do que a *substituição* das penas prisionais por restritivas de direito. Ao contrário da *substituição*, onde haverá condenação, com todos os seus consectários, na suspensão do processo, além da inexistência de decisão condenatória, não há processo, antecedentes criminais, pressuposto de reincidência etc. (BITENCOURT, 2006, p. 107).

Outra distinção das penas alternativas do Código Penal e dos dispositivos análogos da Lei nº9.099/95, é que nos juizados especiais criminais os alternativos penais não substituem a pena de prisão, pois esta não chega a ser cominada, já que

o processo é suspenso. Dessa maneira, as medidas previstas pela Lei nº 9.099/95, são realmente “alternativas”, no sentido de que são cominadas como alternativa à privação de liberdade (que nem chega a ser dosada), conforme esclarece Bitencourt no trecho a seguir:

[...] nos Juizados Especiais Criminais” as “penas restritivas de direitos”, têm *natureza alternativa*, enquanto que no Código Penal (mesmo com a nova redação) elas são de natureza substitutiva. Em outros termos, nos Juizados Especiais Criminais não há aplicação de pena privativa de liberdade a ser substituída, partindo-se diretamente da cominação abstrata; já no sistema do Código Penal concretiza-se a pena de prisão, que, a seguir deve ser substituída” (BITENCOURT, 2006, p. 106).

Em verdade, as medidas propostas aos infratores, trazidas pela Lei nº 9.099/95 para a conciliação e a transação, não são nem mesmo penas, posto que não há condenação, mas sim “condições substitutivas do processo” (DOTTI, 1999, p. 100).

1.6.2 A multa substitutiva

A multa substitutiva é uma figura que se encontra prevista no §2º do art. 60 do Código Penal:

Art. 60.[...]

§2º.A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do artigo 44 deste Código (BRASIL, 1940).

Assim, a multa substitutiva é aquela que incide, a título de pena substitutiva, em condenação a pena privativa de liberdade não superior a seis meses, devendo o caso concreto, para que a substituição de fato ocorra, cumprir os incisos II e III do art. 44, ou seja, o réu não pode ser reincidente em crime doloso específico e os critérios subjetivos já discutidos devem ser cumpridos.

Observa-se, então, que a multa substitutiva guarda relação com as penas alternativas, por se utilizar dos critérios subjetivos dessas penas como condições para seu implemento. A diferença é que as penas alternativas, de acordo com o §3º do art. 44, podem ser aplicadas em casos de reincidência, enquanto que a multa substitutiva, ao se reportar ao inciso II do art. 44 e não se referir ao §3º, em tese, não pode ser aplicada a casos de reincidência.

No entanto, Souza e Nogueira explicam que, por meio de uma interpretação lógico-sistemática, a multa substitutiva deve ser possível para casos em que o réu é reincidente e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a seis meses. Segundo eles, se as penas alternativas são cabíveis em casos de reincidência não específica, “que dizem respeito a delitos de média gravidade, com mais razão deverá incidir na hipótese de aplicação de multa substitutiva, por se tratar de reprimenda penal que se inter-relaciona com delitos de menor gravidade” (SOUZA; NOGUEIRA, 1999, p. 8).

1.6.3. A suspensão condicional da pena (*sursis*)

A suspensão condicional da pena ou *sursis* é uma medida alternativa ao encarceramento e que guarda relação com a sistemática das penas alternativas.

Trata-se do ato por meio do qual o magistrado suspende a execução da pena e impõe ao condenado a pena privativa de liberdade de curta duração, primário e não perigoso (BRUNO *apud* BITENCOURT, 2004, p. 238).

Nesse sentido, o *sursis* pode ser entendido como um substitutivo penal, causa de extinção da punibilidade sob condição, meio de adaptação da pena, condição resolutória ou ainda como sendo causa de extinção do crime ou da ação (BITENCOURT, 2004, p. 238).

No ordenamento penal brasileiro, o *sursis* encontra-se previsto no artigo 77 do Código Penal, conforme transcrição a seguir.

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que:

- I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
- III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 deste Código (BRASIL, 1940).

Observe-se, então, que, genericamente, condenados a penas privativas de liberdade não superiores a dois fazem jus ao *sursis* se preencherem os requisitos dipostos nos incisos do art. 77, quais sejam, não reincidência em crime doloso, não substituição da pena por pena alternativa e culpabilidade, antecedentes, conduta

social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias favoráveis.

Ademais, os septuagenários, excepcionalmente, podem ter a pena não superior a quatro anos suspensa por quatro a seis anos:

Art. 77 [...]

§2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (BRASIL, 1940).

Os beneficiados pelo *sursis*, no primeiro ano da suspensão da pena, ficam submetidos à prestação de serviços a comunidade ou a limitação de fim de semana, como condição para usufruírem desse benefício, conforme estabelece o §1º do artigo 78. No entanto, se o condenado tiver reparado o dano decorrente do delito, e o art. 59 for favorável a ele, o juiz pode aplicar, cumulativamente, a proibição de freqüentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, de acordo com o §2º do artigo 78.

Além dessas condições ditas legais, pode haver condições judiciais, isto é, a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, conforme disposto no artigo 79 do Código Penal.

Observe-se, então, a partir do que foi exposto acerca desse instituto, que ele guarda relação com a aplicação das penas alternativas. Em especial, naqueles casos em que o agente não reincidente em crime doloso é condenado a penas não superiores a dois anos, esses dois institutos concorrem, pois, em tese, ambos podem ser aplicados.

No entanto as penas alternativas são mais benéficas ao condenado, posto que substituem a pena privativa de liberdade, enquanto o *sursis* apenas suspende a pena de prisão, de sorte que prevalece a aplicação das penas alternativas quando da concorrência com a suspensão condicional da pena.

Portanto, o *sursis* tende a desaparecer do sistema, visto que o sistema das penas alternativas abrange a maioria dos casos que se submeteriam ao *sursis*. Resta ao *sursis*, tão somente, os delitos que envolvam ameaça ou violência e que

satisfaçam os critérios do art. 77, tais como o de constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal dolosa (AZEVEDO *in* DOTTI, 1999, p. 55).

No entanto, conforme os argumentos expostos no item 1.7.1, os casos de constrangimento ilegal, ameaça e lesão corporal dolosa, que não foram objeto de consenso no âmbito da Lei nº9.099/95, devem ser passíveis de penas alternativas, mesmo sendo condutas delituosas violentas ou que envolvam ameaça.

Assim, a suspensão condicional da pena parece ter restado esvaziada em face das penas alternativas e da Lei nº 9.099/95.

1.7 AS ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS

As espécies de penas alternativas são estabelecidas, no ordenamento jurídico penal brasileiro, no art. 43 do Código Penal, conforme se observa a seguir.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – VETADO;

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940)

Esse rol não é taxativo e permite o estabelecimento de penas alternativas distintas na legislação especial, como se verá adiante.

De acordo com Neves, as penas alternativas listadas podem ser agrupadas em duas categóricas: penas alternativas genéricas e penas alternativas específicas, sendo que

As primeiras são aquelas que admitem a aplicação substitutiva em qualquer infração penal, sem exigência específica. Nesse rol se instalam: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a limitação de final de semana. Nas específicas, sua aplicação limita-se a determinados crimes praticados no exercício de certas atividades, mediante violação do dever a elas inerentes (NEVES, 2008, p. 150).

A definição de quais são as penas específicas, consta dos artigos 56 e 57 do Código Penal (veja a seguir), os quais dispõem que as penas de 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 e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo são específicas, como será detalhado adiante.

Art. 56. As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do artigo 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

Art. 57. A pena de interdição, prevista no inciso III do artigo 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito (BRASIL, 1940).

Por fim, deve-se comentar que alguns autores não consideram a prestação pecuniária e a perda de bens e valores como penas restritivas de direitos. Bitencourt, por exemplo, as considera como penas pecuniárias e afirma ter havido equívoco do legislador ao considerá-las como restritivas de direitos: “já destacamos o grande equívoco do legislador em definir como “penas restritivas de direitos” a *prestação pecuniária* e a *perda de bens e valores*, que são, ontologicamente, *pecuniárias*” (BITENCOURT, 2006, p. 162).

No entanto, o fato de essas duas modalidades de penas alternativas terem natureza pecuniária (e elas são, de fato, penas pecuniárias) em nada desabona a classificação dessas penas como alternativas. A cominação dessas modalidades restringe a propriedade do condenado, o que faz dessas penas restritivas de direitos, em face dessa restrição que elas operam no direito de propriedade do réu. Ademais, o fato de serem pecuniárias não retira dessas duas modalidades de pena a característica de serem medidas alternativas à pena privativa de liberdade, ou seja, não há incompatibilidade entre a natureza pecuniária dessas penas e a natureza de alternativas ao paradigma encarcerador.

Abaixo, comenta-se, de maneira mais detida, acerca de cada uma das modalidades de penas alternativas. No entanto, neste trabalho, será dada ênfase à pena alternativa de perda de bens e valores, conforme apontado na introdução, de sorte que as outras penas alternativas serão expostas aqui apenas de maneira perfunctória, enquanto que à pena de perda de bens e valores será dedicado um item próprio.

1.7.1 Prestação pecuniária

A prestação pecuniária está prevista no inciso I do art. 43 e de acordo com o

§1º do art. 45 consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a sessenta salários mínimos” (BRASIL, 1940). Atualmente, com o salário mínimo de R\$ 545,00, essa pena varia, portanto, deste valor a R\$ 32.700,00.

Portanto, essa modalidade de pena alternativa apresenta a finalidade precípua de auxiliar na reparação dos danos decorrentes do cometimento do crime, inclusive pelo fato de que o parágrafo primeiro do art. 43 (vide a seguir) estabelece que o montante pago a título de prestação pecuniária deve ser abatido de eventual condenação em ação reparatória civil (BITENCOURT, 2006, p. 117).

Art. 43. [...]§1º.A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (BRASIL, 1940)

Diante disso, discute-se se a prestação pecuniária não seria uma hipótese de reparação civil prevista, erroneamente, como pena.

Bitencourt, diante das disposições do§1º do art. 43, afirma que, com relação à prestação pecuniária, “teria sido mais adequado e mais técnico defini-la como ‘multa reparatória’, que é sua verdadeira natureza” (BITENCOURT, 2006, p. 117).

Assim, dada essa característica de ser abatida de uma eventual condenação em ação reparatória civil, a prestação pecuniária parece ser uma “reparação civil disfarçada” (REALE JUNIOR, 2009, p. 383).

E, de fato, a partir do momento que essa pena é descontada da reparação civil, ela é inútil como pena e deve sim, ser considerada como uma “reparação disfarçada de pena”, ou, ainda, como um adiantamento da reparação civil.

Ademais, com relação à prestação pecuniária, Neves explica que ela deve obedecer à ordem dos beneficiários apresentada pelo inciso I do art. 43, isto é, primeiro deve ser beneficiada a vítima, depois, caso não seja possível beneficiar a vítima, devem ser beneficiados os dependentes dela e, caso isso também não seja possível, devem ser beneficiadas as entidades com destinação social, sendo prioritárias as públicas perante as privadas (NEVES, 2008, p. 152).

Quanto a isso, Bitencourt esclarece, ainda, que a prestação pecuniária somente é destinada às entidades com finalidade social, quando não houver vítimas

ou descendentes desta ou quando do crime não houver resultado dano a ser reparado (BITENCOURT, 2006, p. 117-118).

Observe-se que, nesses casos em que a prestação pecuniária é destinada às entidades com finalidade social, ela adquire o caráter de pena, pois não haverá abatimento do montante arrecado de uma eventual reparação civil, seja porque não houve prejuízo decorrente do delito, seja porque não haverá ação de reparação civil (quando não há vítimas ou dependentes).

Além disso, o 2º do art. 45 estabelece que, caso o beneficiário da prestação aceite, ela pode consistir em prestação de outra natureza, ou seja, pode consistir na “entrega de gêneros alimentícios (cestas básicas), peças de vestuário, títulos, metais preciosos etc., e que o pagamento pode se dar tanto à vista quanto parceladamente” (NEVES, 2008, p. 151).

Bitencourt alega que a prestação de outra natureza consiste em uma pena inominada, visto que não especifica quais seriam essas “outras” prestações, tendo-se, com isso, uma violação do princípio da reserva legal e uma consequente inconstitucionalidade dessa modalidade de pena alternativa (BITENCOURT, 2006, p. 129-131).

Outro aspecto relevante no que concerne à prestação de outra natureza, em especial à cominação de pagamento de cestas básicas, é a eficiência dessa modalidade como pena, isto é, a capacidade da prestação de outra natureza de promover a prevenção geral e especial e até mesmo a retribuição. Seguramente, uma ida ao supermercado não tem o condão de intimidar a coletividade a não praticar crimes ou de impedir um condenado a voltar a delinquir.

Além disso, Bitencourt alerta que outras modalidades da prestação de outra natureza, que não o pagamento de cestas básicas, têm sido utilizadas menos para retribuir e prevenir o crime e mais para benefício próprio da justiça e da polícia judiciária, sendo que em algumas regiões metropolitanas do País, a bem intencionada ‘cesta básica’ virou ‘kit’, ‘kit combustível da polícia’, ‘kit paviflex’, ‘kit reforma do fórum’, ‘kit aluguel da delegacia de polícia’ (BITENCOURT, 2006, p. 133).

1.7.2 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

A pena de prestação de serviços à comunidade é prevista no artigo 46 e em seus parágrafos e consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, as quais devem ser cumpridas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (BRASIL, 1940).

Trata-se da “pena alternativa por excelência”, de “extraordinário caráter pedagógico-preventivo” e que “tem maior repercussão e melhor aceitação em todo o mundo” (BITENCOURT, 2006, p. 142 e 143).

Neves, citando Pierangeli, afirma que essa pena alternativa alcança seus fins retributivos na medida em que “o trabalho que se executa enquanto outros, livres, descansam dedicando-se à recreação, significa, para o condenado, um mal considerável” (PIERANGELI *apud* NEVES, 2008, p. 172).

No que tange à prevenção especial, a pena de prestação de serviços à comunidade é “também útil, no sentido de o condenado sentir-se necessário aos que precisam de ajuda, além de lhe possibilitar o convívio com outras pessoas que voluntariamente se devotam ao próximo” (NEVES, 2008, p. 171).

O §1º do artigo 46 especifica que as entidades assistidas por essa modalidade de pena devem ser públicas, de maneira que “afastaram-se, liminarmente, as *entidades privadas* que visam lucros, de forma a impedir a exploração de mão-de-obra gratuita e consequente locupletamento sem a devida contraprestação” (BITENCOURT, 2006, p. 138).

O §3º desse artigo estipula que as tarefas serão atribuídas ao condenado, conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por um dia de condenação, fixadas de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Ao não prejudicar a jornada de trabalho normal do condenado, a legislação preserva a inserção do condenado no mercado de trabalho. Do contrário, ela acabaria por afetar a ressocialização do agente (BITENCOURT, 2006, p. 139).

Quanto ao cumprimento dessa pena à razão de uma hora de tarefa por um dia de condenação trata-se de uma regra geral que pode ser excepcionada, conforme o §4º, quando a condenação for superior a um ano. Nesses casos, faculta-

se ao agente cumpri-la em jornada maior que uma hora de tarefa por um dia de condenação com o objetivo de executar a prestação de serviço em tempo menor que o da pena substituída, desde que não seja inferior à metade dela.

Por fim, segundo o *caput* desse artigo, essa pena possui uma limitação relativa ao *quantum* de pena privativa de liberdade aplicada: somente é aplicável para condenações superiores a seis meses.

1.7.3 Interdição temporária de direitos

Essa pena alternativa consta do art. 47 do Código Penal e abrange, em verdade, um conjunto de penas alternativas agrupadas sob o título genérico de “interdição temporária de direitos”.

Assim, o art. 47 prevê como penas alternativas a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e a proibição de frequentar determinados lugares.

Diferentemente de todas as outras, as interdições temporárias de direitos não podem ser aplicadas como punição a qualquer delito, como será visto a seguir, mas sim a delitos específicos, de sorte que elas são, então, penas alternativas específicas e não genéricas.

A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo é apresentada pelo inciso I do art. 47 e, dada a sua natureza, somente é aplicada àqueles condenados que, de fato, exercem cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo e naqueles delitos praticados em com um “nexo funcional, aproveitando-se o agente da qualidade específica inserta no art. 327 e §1º do Código Penal” (NEVES, 2008, p. 171).

Conforme o art. 327 do Código Penal, “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 1940).

Observe-se, então, que essa modalidade pena alternativa é aplicável, tão somente, aos funcionários públicos, sendo, portanto, uma pena específica e não

genérica.

Além disso, deve-se ressaltar que não basta a qualidade de funcionário público para que o agente possa ser apenado com essa modalidade, necessário se faz, também, que tenha havido violação deveres inerentes à condição de funcionário público (BITENCOURT, 2006, p. 147).

A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo não é uma restrição definitiva, mas sim temporária, subsistindo pelo tempo da pena prisão substituída, conforme estipula o art. 55:

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 46 (BRASIL, 1940).

Decorrido esse tempo, “o condenado voltará a exercer suas funções, desde que não haja qualquer impedimento de ordem administrativa” (NEVES, 2008, p. 171)

Neves atenta para que essa modalidade de interdição de direitos não seja confundida com a perda de cargo ou função pública estabelecida pelo inciso I do art. 92 do Código Penal a título de efeito da condenação, a qual acontece quando a pena privativa de liberdade aplicada for superior a um ano, desde que cometido o crime com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, ou quando for superior a quatro anos nos demais casos, devendo ser declarada na sentença fundamentadamente (NEVES, 2008, p. 183).

Esse dispositivo apresenta uma interseção com a interdição de direitos, pois quando a pena privativa de liberdade aplicada for superior a um ano e menor que quatro e o crime for cometido com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, a situação se encaixa nos critérios das penas alternativas e também nos critérios dos efeitos da condenação, podendo haver dúvida sobre o que irá prevalecer: a perda ou a proibição temporária do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.

Para essa situação específica, Neves afirma que, para Miguel Reale Júnior, a pena de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo seria despropositada diante do efeito da condenação de perda do cargo. Segundo ele, “tendo a lei nº 9.714/98 estendido a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade até quatro anos por pena restritiva, esta deixa de poder substituir as penas privativas iguais ou superiores a um ano, pois já incide, como efeito da condenação, a perda do cargo ou função, sendo um

despropósito a pena de interdição temporária ” (REALE JÚNIOR *apud* NEVES, 2008, p. 183).

Neves argumenta, no entanto, que tal perda de cargo dá-se em face da pena privativa de liberdade. Mas, se a pena privativa de liberdade for substituída pela restritiva de direito, ela deixa de existir e a perda de cargo não poderá mais ser operada como efeito da pena privativa de liberdade, passando a vigir, temporariamente, a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, conforme se depreende do trecho a seguir:

O legislador estabelece, nesse dispositivo de lei, como efeito da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando o magistrado tiver fixado ‘uma pena privativa de liberdade’ igual ou superior a um (01) ano, em crimes praticados com abuso de poder ou violação do dever para com a administração pública. Mas isto ocorre especificamente no caso de fixação de uma ‘pena privativa de liberdade, e não, de uma pena ‘restritiva de direitos’, que é fruto de uma operação substitutiva. Se, ao proceder à dosimetria da pena, o juiz decidir por substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a pena privativa de liberdade substituída ‘não existe mais’. Portanto não pode ser parâmetro de aplicação desse efeito da condenação (NEVES, 2008, p. 184).

Um raciocínio a *contrario sensu* demonstra que Neves tem razão perante o exposto por Miguel Reale Júnior. Caso um condenado a pena de privativa de liberdade superior a um ano e menor que quatro, cominada em face de delito cometido com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, não seja agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, então está-se diante de uma situação em que o condenado não cumpriu os requisitos subjetivos da substituição. Assim, já que as condições subjetivas do agente não são favoráveis, é coerente que, ao invés da proibição temporária do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, uma pena mais branda, o agente seja punido com a perda do cargo a título de efeito da condenação por uma pena privativa de liberdade.

Quanto à proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, trata-se de pena alternativa inserida no inciso II do art. 47 e no art. 56 do Código Penal.

Tal qual a proibição temporária do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, tem-se nessa modalidade de pena, uma pena alternativa específica, porque ela se destina apenas àqueles que infringirem deveres próprios de profissão que, para ser exercida, dependa de habilitação

especial, de licença ou de autorização do poder público.

Neves cita, como exemplos de profissionais que dependem de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público para exercer seus ofícios, os advogados, os médicos, os engenheiros, os dentistas, os arquitetos, os despachantes *etc* (NEVES, 2008, p. 187 e 188).

A autora menciona, também, em rol exemplificativo, a violação de segredo funcional, a omissão de notificação de doença, a falsidade de atestado médico, o patrocínio infiel, o desabamento culposo e a fraude processual, como delitos passíveis de serem apenados, alternativamente, com a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial (NEVES, 2008, p. 188).

Além disso, não basta que o condenado exerça uma dessas profissões para que seja possível a incidência dessa pena, necessário se faz também que, na prática do crime, tenha infringido deveres inerentes à sua atividade (BITENCOURT, 2006, p. 148).

Observe-se que os crimes citados são todos relacionados a profissões que dependem de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público. O “desabamento culposo”, por exemplo, é um crime que costumeiramente é imputado a arquitetos e engenheiros.

De acordo com o citado artigo 55, a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial dá-se pelo mesmo tempo da pena de prisão que ela substituiu.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no §4º do artigo 46 (BRASIL, 1940).

A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, por sua vez, é modalidade de interdição de direitos que se encontra prevista no inciso III do art. 47 e no art. 57, ambos do Código Penal e tem como uma das finalidades “afastar do trânsito ou autores de delitos culposos” (BITENCOURT, 2006, p. 151).

Bitencourt elucida a diferença entre “autorização para dirigir” e “habilitação para dirigir”. Segundo ele, no antigo Código de Trânsito Brasileiro, a “autorização” dizia respeito à condução de veículos de tração humana ou animal, enquanto que a “habilitação” relacionava-se à condução de veículo automotor, sendo que a primeira ficou a cargo dos municípios, de acordo com a Lei nº 9.503/1997, e nunca foi, de

fato, implantada (BITENCOURT, 2006, p. 149).

No art. 57 do Código Penal, observa-se que essa pena somente é aplicável aos crimes culposos de trânsito. Tem-se aí, novamente, uma pena específica e não genérica.

Uma análise do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) indica que os únicos dois delitos de trânsito culposos que estão previstos são o homicídio e lesão corporal na direção de veículo automotor (vide os tipos a seguir).

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção do veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 1997)

Observe-se que esses tipos penais cominam a suspensão da habilitação cumulativamente à pena de prisão, o que inclusive é expressamente autorizado pelo art. 292 do CTB:.

Art. 292. A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (BRASIL, 1997).

A partir desses dispositivos conclui-se que, no que se relaciona à suspensão da habilitação, essa pena alternativa não contempla a característica de autonomia da maioria das penas alternativas, isto é, ela não substitui a pena de prisão, mas sim é aplicada cumulativamente a ela. “No entanto, no que tange à perda de autorização para dirigir veículo, permanece em vigor a sanção substitutiva do art. 47, III, do Código Penal” (NEVES, 2008, p. 192).

Quanto a isso, citando Shecaira e Corrêa Júnior, Neves alerta que “a impossibilidade de substituição da pena prisão pela suspensão da habilitação nos crimes culposos de trânsito não impede a substituição da prisão por outra pena restritiva de direitos” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR *apud* NEVES, 2008, p. 193).

De acordo com o citado art. 55 do Código Penal, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo dá-se pelo mesmo tempo da pena de prisão que ela substituiu.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 46 (BRASIL, 1940).

Por fim, com fundamento no princípio da reserva legal, Bitencourt alerta que,

como o inciso III do art. 47 menciona “autorização” e “habilitação”, tão somente, não pode ser aplicada a pena de suspensão da permissão para dirigir veículo (BITENCOURT, 2006, p. 149 e 150).

Por fim, proibição de freqüentar determinados lugares, consta do inciso IV do art. 47 e do art. 55 do Código Penal, a qual consiste em uma restrição na liberdade do condenado que o impede de frequentar determinados lugares.

De acordo com o citado art. 55, a proibição de frequentar determinados lugares dá-se pelo mesmo tempo da pena de prisão que ela substituiu.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4o do artigo 46 (BRASIL, 1940).

Essa pena não pode ser aplicada a qualquer delito, nem a qualquer condenado e nem como proibição a locais aleatórios. Deve haver uma influência criminógena do local alvo da proibição sobre o indivíduo ou sobre a modalidade de delito cometida, conforme explica Bitencourt.

Da mesma forma, não será qualquer infração penal que poderá sofrer essa espécie de sanção, mas somente aquela que, por algum motivo, possa ter alguma relação com o local em que acabou sendo praticada. Finalmente não será qualquer infrator que poderá receber esta indigitada sanção, como é o caso do criminoso ocasional, para quem o ‘lugar do crime’ será mais um detalhe meramente accidental, sem qualquer influência criminógena na formação, socialização ou ressocialização do infrator. Com efeito, é indispensável que haja uma relação de integração-influência entre ‘lugar-infração-delinquente’ (BITTENCOURT, 2006, p. 153).

Segundo Neves, essa pena evita a reincidência, pois afasta o condenado de locais onde o cometimento de crimes é mais comum, tais quais “bares noturnos, boates, clubes de jogatina e lugares de prostituição.”

Por fim, essa pena apresenta dificuldades de fiscalização, fato que tem “sido muito considerado pelos magistrados que dificilmente a aplicam, gerando sua ineficácia” (NEVES, 2008, p. 198).

1.7.4 Limitação de final de semana

Essa modalidade de interdição de direitos consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo que durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas, conforme a cabeça e o parágrafo único do artigo 48 do Código Penal.

Essa pena também se mostra como uma restrição na liberdade do condenado, tal qual a proibição de frequentar determinados lugares.

Neves aponta que essa modalidade de interdição de direitos é criticada pela “falta de casas de albergado, o que dificulta sua execução” e também pelo fato de que as poucas que existem cumprem suas funções de forma ineficiente (NEVES, 2008, pp. 200 e 201).

Bitencourt aponta a mesma falha com relação a essa modalidade de pena alternativa e explica que “a consequência natural da inexistência de tais estabelecimentos é a inviabilidade de aplicação dessa sanção, que a maioria dos juízes, prudentemente, continuará substituindo por outra alternativa” (BITENCOURT, 2006, p. 157).

De acordo com o citado art. 55, a limitação de final de semana dá-se pelo mesmo tempo da pena de prisão que ela substituiu.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no §4º do artigo 46 (BRASIL, 1940).

1.8 PENAS ALTERNATIVAS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

Na legislação penal extravagante, é possível identificar penas alternativas na Lei nº 9.605/1998 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na já citada Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) e na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) (NEVES, 2008, p. 130).

Nesse sentido, deve-se observar que, apesar de a maioria da legislação extravagante editada na década de noventa ter sido decorrência de um movimento de endurecimento penal e de incriminação de novas condutas, de outra parte, várias delas admitem e prevêm penas alternativas, deixando de fora do cárcere, ainda que não a contento, as condutas de baixo ou médio potencial ofensivo por elas previstas.

Na Lei de Crimes Ambientais as penas alternativas constam do art. 8º, onde podem ser observadas as seguintes: prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividade, a prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar.

Essas penas são próprias do diploma ambiental e possuem as mesmas características de autonomia e substituição que as penas alternativas do Código Penal (BITENCOURT, 2006, p. 200).

O art. 7º da Lei de Crimes Ambientais estabelece em que condições as penas alternativas previstas podem substituir as penas privativas de liberdade cominadas por essa lei.

No caso, a substituição ocorrerá quando se tratar de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos e, ainda, quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Observe-se que na Lei de Crimes Ambientais a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos pode ser substituída, enquanto que pelo Código Penal a substituição é autorizada para pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (BITENCOURT, 2006, p. 200).

Assim, quanto ao art. 7º, exceto pelo termo “não superior” ao invés de “inferior”, é interessante observar que ele é redundante em relação à Lei nº 9.714 de 1998, no que tange às condições em que as penas alternativas podem substituir a pena privativa de liberdade.

Deve-se atentar, no entanto, que a Lei nº9.714 de 1998 é posterior à Lei nº 9.605 de 1998, de sorte que, quando essa última foi promulgada ainda vigiam as condições da Lei nº 7.209 de 11/07/1984, segundo a qual as penas restritivas de direitos substituíam as penas privativas de liberdade somente quando fossem inferiores a um ano, no caso de crime doloso, ou sempre, no caso de crimes

culposos, desde que o réu não fosse reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, conforme explicado.

Além disso, cumpre observar que, diferentemente do Código Penal, a Lei de Crimes Ambientais não exige substituição por duas penas alternativas quando a condenação for superior a um ano de restrição de liberdade, tal qual o faz o Código Penal (BITENCOURT, 2006, p. 200).

O art. 9º da Lei de Crimes Ambientais detalha a prestação de serviços à comunidade prevista no inciso I do art. 8º, sendo que esse dispositivo especifica que a prestação não se dará a qualquer entidade, mas sim a “parques e jardins públicos e unidades de conservação” ou “no caso de dano de coisa particular ou tombada, na restauração desta, se possível”.

O art. 10 versa sobre a pena alternativa de interdição temporária de direitos, prevista, na seara dos crimes ambientais, pelo inciso II do art. 8º, consistente na proibição do condenado de contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de 3 anos, no de crimes culposos, conforme já exposto.

Além disso, o art. 11 detalha uma outra modalidade de interdição de direitos que é a suspensão total ou parcial das atividades de pessoas jurídicas apresentada pelo inciso II do art. 8º.

Segundo Neves, essa modalidade de interdição de direitos “só deve ser aplicada em casos de extrema necessidade, por se tratar de sanção que não pune, apenas, a empresa condenada, atingindo seus acionistas, cotistas e, ainda que indiretamente, fornecedores e até mesmo empregados” (NEVES, 2006, p. 179).

O art. 10 da Lei de Crimes Ambientais apresenta uma outra distinção com relação às penas alternativas gerais do Código Penal, que é a exceção à regra de que a pena alternativa de interdição de direitos terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, conforme estabelecem o Código Penal (art. 55).

O art. 10 desta lei se refere à interdição de direitos própria da seara ambiental, qual seja, a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como participar de licitações, estabelece ser de cinco anos, para crimes dolosos, e de três, no caso de crimes culposos, os prazos desta proibição de contratar (BRASIL, 1998).

O art. 12 da Lei de Crimes Ambientais, por sua vez, esclarece em que termos dar-se-á a prestação pecuniária prevista como pena alternativa no inciso IV do art. 8º.

Com relação a essa pena, Neves explica que, nos termos do art. 12, ela é aplicável apenas às pessoas físicas, pois não se encontra no rol de penas previstas para as pessoas jurídicas, e não é revertida à vítima ou seus dependentes, visto que o dano causado por crimes ambientais atinge a coletividade e não pessoas determinadas (NEVES, 2008, p. 163).

No caso das pessoas jurídicas, a prestação de serviços à comunidade é regulada pelo artigo 23, que prevê algumas formas de prestação de serviços:

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:
I – custeio de programas e de projetos ambientais;
II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
III – manutenção de espaços públicos;
IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.
(BRASIL, 1998)

Por fim, o art. 13 da Lei de Crimes Ambientais trata do recolhimento domiciliar (inciso VI do art. 8º), que também é uma modalidade de pena alternativa à prisão. Segundo Neves, essa modalidade deve ser “reservada a casos especiais, em vista da exigência de seriedade e colaboração do condenado no seu cumprimento, sendo poucos os que merecem o depósito de confiança pelo magistrado” (NEVES, 2008, p. 204).

No Código de Defesa do Consumidor (CDC), o art. 78 prevê, nos incisos I a III, as penas alternativas de interdição temporária de direitos, a publicação em órgão de comunicação de grande circulação ou audiência de notícia sobre os fatos, às custas do condenado, e a prestação de serviços à comunidade.

No CDC, as penas alternativas afastam-se da característica de penas substitutivas e se apresentam como penas acessórias, visto que podem ser cominadas cumulativamente com a pena de prisão (NEVES, 2008, p. 131), conforme se depreende do conteúdo do art. 78:

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos artigos 44 a 47, do Código Penal:
I – a interdição temporária de direitos;
II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III – a prestação de serviços à comunidade (BRASIL, 1990).

No que tange ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB), de acordo com o exposto no item 1.6.3.3 (suspensão da autorização ou habilitação para dirigir veículo), a aplicação da suspensão de dirigir ou a habilitação para dirigir veículo automotor consiste em penas alternativas que o CTB comina, em alguns dos seus tipos, “como pena principal, a ser aplicada concomitantemente à pena privativa de liberdade, a qual poderá, a depender das condições subjetivas do agente ser substituída por outra pena restritiva de direitos elencada no Código Penal” (NEVES, 2008, 133.)

Por fim, na nova Lei de Drogas, algumas penas alternativas são cominadas nos incisos I a III do art. 28, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

Conforme explica Neves, essas penas “podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor” (NEVES, 2008, p. 132).

Quanto à advertência sobre os efeitos das drogas, Neves alerta que “ninguém deixa de praticar a conduta descrita no art. 28 da mencionada lei, porque foi advertido, nem tal pena é capaz de intimidar essa prática delitiva por terceiros”. (NEVES, 2008, p. 206). De fato, trata-se de pena excessivamente branda, ou seja, que carece de efeito retributivo e ressocializador.

Por outro lado, a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, é “sanção que atende à prevenção especial, porque visa, sobretudo, à ressocialização do agente” (NEVES, 2008, p. 207).

CAPÍTULO 2 – A PENA DE PERDA DE BENS

2.1 A PENA DE PERDA DE BENS E VALORES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A pena alternativa de perda de bens e valores encontra previsão normativa na alínea b do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a perda de bens.

Esse mandamento constitucional materializou-se com a reforma do Código Penal, empreendida pela Lei nº 9.714 de 1998, a qual inseriu a pena de perda de bens e valores (inciso II do art. 43 do Código) e regulamentou essa modalidade de pena alternativa (§3º do artigo 45).

A pena, conforme dispõe o Código Penal, consiste na perda de bens e valores pertencentes aos condenados em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), em *quantum* cujo teto é determinado ou pelo montante do prejuízo causado ou pelo proveito obtido pelo agente ou por terceiro – o que for maior –, em consequência da prática de crime.

Além de ser uma das modalidades de pena alternativa, a perda de bens aparece no ordenamento jurídico brasileiro como medida administrativa, conforme se observa, por exemplo, na importação de bens (Lei nº 4.502 de 1984 e Decreto-Lei nº 37 de 1966) e como efeito da condenação penal (TORRES, 2007, p. 762).

Os aspectos administrativos da perda de bens não serão abordados neste estudo, apenas o viés penal desse instituto será desenvolvido.

Conforme comentado no item 1.5.2, alguns autores não consideram a pena de perda de bens e valores como uma pena restritiva de direito propriamente dita, mas sim como uma pena pecuniária, a exemplo de Azevedo, que, comentando sobre a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, afirma que, “criaram-se verdadeiras sanções novas, que em nada significam restrição de direitos, mas sim sua privação [...]” (AZEVEDO *in* DOTTI, 1999, p. 51).

No entanto, conforme já delineado no item 1.5.2, há direitos vários, de maneira que o termo “restrição de direitos” é bastante amplo. Em especial, na perda de bens e valores observa-se uma redução no patrimônio do condenado, ou seja, há aí restrição no direito de propriedade do réu, conforme expõe Cruz (2000, p. 91):

Em se considerando que o Direito de Propriedade é um direito absoluto, oponível *erga omnes*, a perda compulsória de bens e valores representaria uma restrição a esse direito, donde, a instituição da pena de Perda de Bens e Valores das restritivas de direitos.

É claro que, em função de sua natureza, a pena de perda de bens e valores é, de fato, uma pena pecuniária. No entanto, isso não impede que ela seja, também, uma pena restritiva de direitos. Em verdade, as penas pecuniárias são um subgênero do gênero penas restritivas de direitos (ou penas alternativas, como se preferiu adotar neste trabalho).

Não obstante isso, Cruz aduz uma interessante reflexão acerca do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...]XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988)

Segundo esse autor, “porque em relação às restritivas, com independência é instituída a pena de Perda de Bens na alínea ‘b’ do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal”, a perda de bens e valores deveria ter “inscrição individuada e com independência em relação às restritivas de direitos, à semelhança da pena de multa” (CRUZ, 2000, p. 91).

Ainda que seja verdade que a pena de perda de bens e valores foi mencionada na alínea ‘b’ do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal independentemente de outras penas alternativas, isso não retira dela a característica de restringir direitos (no caso o direito de propriedade).

Ademais, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos também mereceram destaque do constituinte originário em alíneas inciso XLVI do art. 5º e nem por isso discute-se se elas são ou não restritivas de direito.

Em resumo, em que pese opiniões contrárias, neste trabalho considerar-se-á a pena de perda de bens como uma modalidade genuína de pena alternativa, em especial quando se considera o termo “alternativa” como uma opção de pena que se contrapõe ao paradigma encarcerador, conforme já delineado na primeira parte deste trabalho.

2.2 OS BENS E VALORES ENVOLVIDOS

2.2.1 A distinção entre bens e valores

Com relação aos bens e valores que são alvo do perdimento, deve-se, inicialmente, apontar que o termo “perda de bens e valores” acaba por padecer de rigor técnico.

De fato, o termo bens é bastante amplo e inclui valores materiais ou imateriais, econômicos ou não, que são reconhecidos pelo direito e servem de objeto a uma relação jurídica (AMARAL, 2006, p. 310).

Portanto, a partir dessa definição, observa-se que os termos “bens” e “valores” são equivalentes, o que torna a expressão “perda de bens e valores” inapropriada.

Bitencourt alerta que, caso esses termos não sejam equivalentes, a pena de perda de bens e valores é inclusive inconstitucional por falta de previsão legal, já que o inciso XLVI prevê a “perda de bens” como pena e não a “perda de valores”, conforme se depreende do excerto a seguir.

Se tiver, por outro lado, o mesmo sentido de “perda de bens”, a expressão será repetitiva e desnecessária; se não o tiver, será *inconstitucional*, e por duas razões básicas: de um lado, porque não estaria prevista pela atual Constituição, que se refere somente a perda de bens (BITENCOURT, 2006, p. 127)

Em face disto, daqui em diante, referir-se-á a essa pena como “pena de perda de bens”.

2.2.2 Dos bens envolvidos

Quaisquer tipos de bens do condenado poderão integrar o perdimento, bens esses que podem ser tanto móveis quanto imóveis, bem como valores, a exemplo de títulos de crédito, ações e outros papéis com valor econômico (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 218).

Quanto aos alvos concretos da perda de bens, entende-se que o acusado pode indicá-los, desde que suficientes para alcançar o montante de perda estipulado

pelo juiz, pois o que importa para o Estado é o *quantum* de perdimento a ser imposto e não as espécies de bem que comporão esse montante.

Não há disposição legal específica acerca disso, mas defende-se que é possível ao condenado escolher os bens que serão alvo do perdimento, em analogia com o procedimento de penhora na execução civil, conforme propõe, por exemplo, Cruz no trecho a seguir.

Em se observando que as Penas Alternativas foram lançadas no Código Penal objetivando com praticidade a ressocialização do agente do crime, com sua integração mais célere no contexto social, impossível se torna não reconhecer que a Perda de Bens e Valores há de se realizar da forma menos onerosa para o agente, de modo a propiciar-lhe meios de manter-se em sociedade, cabendo, destarte, ao condenado, eleger os bens e valores a serem perdidos, à semelhança do que ocorre quando da penhora na execução contra devedor solvente (CPC⁸, art. 652 e seguintes) (CRUZ, 2000, p. 95 e 96).

Caso o condenado não especifique os bens a serem perdidos, em face da lacuna observada no ordenamento penal acerca da execução da pena de bens, a partir da autorização para dando contida no art. 3º do Código Processo Penal, uma analogia com o disposto no art. 655 do CPC, o qual lista as modalidades de bem sobre os quais deve, preferencialmente recair a penhora:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - veículos de via terrestre;
III - bens móveis em geral;
IV - bens imóveis;
V - navios e aeronaves;
VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII - pedras e metais preciosos;
IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
XI - outros direitos. (BRASIL, 1973).

Essa questão de quais bens do condenado serão perdidos suscita uma outra, que é a possibilidade de perdimento de bens impenhoráveis e bens de família. O artigo 649, em seus incisos, arrola os bens considerados pela lei civil como impenhoráveis, conforme se observa a seguir.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a

⁸ CPC é o acrônimo para “Código de Processo Civil”.

residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI – o seguro de vida;

VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança (BRASIL, 1973).

Ademais, a Lei nº 8.009 de 1990 institui o bem de família obrigatório, que é, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio” (PEREIRA *apud* GONÇALVES, 2010, p. 558).

Essa lei tornou impenhorável o imóvel residencial do casal, ou entidade familiar, ou do residente solteiro (cf. Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça), o qual passa a não responder por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários e nele residam, salvo em algumas exceções a serem expostas a seguir. A lei resguarda, ainda, no caso de bem imóvel locado, os bens móveis pertencentes ao locatário e que estejam no imóvel.

Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e

que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo (BRASIL, 1990).

Ressalte-se que os veículos, obras de arte e adornos suntuosos não são cobertos pela impenhorabilidade. Já os eletrodomésticos que integram o dia a dia da família, não são considerados objetos suntuosos. Além disso, a Lei nº 8.009 de 1990, no art. 3º, comporta outras exceções além dos veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, conforme a transcrição a seguir.

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (BRASIL, 1990).

As impenhorabilidades, sejam aquelas estabelecidas pelo artigo 649 do Código Civil, sejam as estabelecidas pela Lei nº 8.009/90, foram instituídas para a observação de critérios humanitários e para a proteção da família (MARINONI, 2008, p. 258).

Nesse sentido, para atender ao princípio da dignidade humana, para não extrapolar a finalidade retributiva da pena e para observar o princípio da proporcionalidade, a pena de perda de bens deve respeitar, por analogia, os limites de impenhorabilidade impostos pelo Código Civil e pela Lei nº 8.009 em 1990 não podendo ser alvos do perdimento-pena os bens acima mencionados. Do contrário poder-se-ia, por exemplo, incorrer em pena cruel ao se decretar o perdimento de um imóvel de família.

Portanto, equivoca-se, por exemplo, Panzeri (2005, p. 36) ao afirmar que, em face da deficiência da lei em versar sobre quais bens seriam alvo do condenado, poder-se-ia efetuar o perdimento de quaisquer bens indistintamente, tais como “aplicações financeiras, instrumentos de trabalho ou mesmo do próprio domicílio

familiar”.

Trata-se de procedimento permitido pelos princípios norteadores do Direito Penal, já que a aplicação do artigo 649 e do 655 do Código Civil e das disposições estabelecidas pela Lei nº 8.009 de 1990 à pena de perda de bens é favorável ao condenado, pois impede a aniquilação de seu patrimônio e preserva sua dignidade ou seja, configura um caso de analogia *in bonam partem*, autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

2.2.3 - O montante do perdimento

Com relação ao *quantum* do perdimento de bens e valores, o §3º do art. 45 estabelece que o valor terá como teto o que for maior: ou o montante do prejuízo causado pela conduta delituosa do agente ou a vantagem econômica auferida pelo agente ou por terceiros como decorrência da prática do delito.

Como exemplo do prejuízo causado pelo delito e da vantagem econômica auferida pelo agente ou por terceiros pela prática do crime, Cruz apresenta o caso de um furto de veículo, o qual é vendido pelo delinquente em seguida. Nesse caso, o prejuízo da vítima é dado pelo valor do veículo e pelos lucros cessantes decorrentes do furto, se houver; e a vantagem econômica auferida pelo agente é o valor recebido pela venda da *res furtiva*. Aquilo que for maior será o teto do montante de perdimento (CRUZ, 2000, p. 93 e 94).

Ressalte-se que, dada a determinação de que o valor da perda de bens terá de respeitar esse teto, então a perda de bens “não tem aplicação nos crimes em que não resta prejuízo à vítima ou provento ao agente ou a terceiro, por impossibilidade de determinação do alcance econômico da perda” (CRUZ, 2000, p. 94).

Por fim, destaque-se que o texto do §3º do art. 45 reporta-se, expressamente, ao termo “teto”, sendo equivocados entendimentos de que o limite ali apontado “não se configura como margem penal, mas sim como critério objetivo para a fixação da pena, ou seja, o magistrado não poderia decretar a perda de bens e valores em quantidade inferior ao limite estabelecido por lei” (LOPES *apud* SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 219).

Lopes (1999, p. 370) apresenta esse entendimento equivocado, quando,

comentando sobre o montante da perda de bens, afirma que “não nos parece possa o magistrado decretar perda de bens e valores em quantidade aquém do montante indicado no art. 45, §3º, que não é, pois, insista-se, margem máxima aleatória”. Segundo o autor, o disposto nesse parágrafo do art. 45 não seria o teto, mas sim o montante obrigatório a ser cominado pelo juiz na decretação da pena de perda de bens.

Ao contrário do que dispõem esses autores, estabelecido o teto do montante que pode ser perdido pelo condenado, o valor exato do *quantum* de perdimento deve ser buscado de maneira semelhante ao procedimento de dosimetria da pena privativa de liberdade.

Diferentemente da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, das interdições de direitos e da limitação de final de semana, cujos tempos de cumprimento, em regra, são determinados a partir do tempo de pena privativa de liberdade inicialmente cominado, o *quantum* das penas pecuniárias não guarda relação direta ou expressa com o tempo de pena privativa de liberdade cominado. Isto é, não há uma tabela que monetize os dias de privação de liberdade, para que, a partir disso, se comine as penas pecuniárias.

Dessa maneira, o *quantum* de perdimento a ser cominado deve ser arbitrado pelo juiz sob a luz do artigo 59, já que a perda de bens é uma modalidade de pena e, por isso, deve ser pautada por esse artigo.

Ou seja, o magistrado deve estipular o montante da perda de bens a partir da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e conseqüências do crime, bem como do comportamento da vítima, respeitando o teto mencionado.

Acerta, portanto, Gomes (1999, p. 146) ao apontar que, na fixação do montante, o juiz “levará em conta, evidentemente, a culpabilidade do agente e do fato”, de sorte que se deve “buscar um valor que não cause sensação de impunidade, tendo em conta a situação pessoal de cada réu”.

Assim, não procede a crítica de Reale Júnior (2009, p. 385-386) de que a pena de perda de bens “perde a relação de proporcionalidade com a natureza do crime” e que não há “um critério dotado de proporcionalidade entre o valor dos bens serem perdidos e o crime cometido”. A dosimetria do quantum de perdimento de bens a partir do que dispõe do art. 59 do CP é justamente o fundamento de proporcionalidade dessa pena.

Não prosperam também argumentos contrários à aplicação do art. 59 na estipulação do montante de perda de bens como os apresentados, por exemplo, por Lopes (1999, p. 370). O autor, fazendo alusão à função reparatória da pena de perda de bens, afirma que o montante de perdimento deve corresponder, “independentemente de qualquer análise quanto à culpabilidade do agente”, ao prejuízo causado ou ao ganho obtido. Olvida-se o autor, no entanto, de que a pena de perda de bens não possui função reparatória (vide item 2.5 a seguir), mas sim retributiva e preventiva. Para fins de reparação, como visto na primeira parte deste trabalho, o ordenamento jurídico disponibiliza a prestação pecuniária.

Mas, em especial, mais do que o balizamento a partir do art. 59, a perda de bens deve seguir o disposto no artigo 60:

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo (BRASIL, 1940).

Esse dispositivo estabelece o critério a ser utilizado pelo magistrado no arbitramento do valor da multa a ser cominado, qual seja, a situação econômica do réu.

Subjacente ao disposto nesse artigo, pode-se inferir uma regra de adequação: dada a natureza pecuniária da pena de multa, então a fixação de seu valor deve ser balizada pela situação econômica do réu.

Uma vez que a pena de perda de bens, tal qual a pena de multa, é uma pena pecuniária, então ela deve ser balizada pelo mesmo critério, por questões de harmonia com a *mens legis*.

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 146) apresenta entendimento similar e explica que ao juiz da sentença cabe arbitrar o valor da perda de bens, levando em conta a culpabilidade do fato praticado e do agente.

Em resumo, na quantificação da perda de bens deve ser aplicado, analogicamente, o art. 60, ou seja, além da observância dos mandamentos do art. 59, do teto apontado pelo §3º do art. 45, a determinação do *quantum* da perda de bens deve, especialmente, atender à situação econômica do réu.

Por fim, deve-se discutir se a perda de bens incide sobre o patrimônio lícito ou ilícito do condenado. Trata-se de uma discussão de suma e importância e que, dada sua relação íntima com alguns dos efeitos extrapenais genéricos da condenação, será empreendida no item 2.5.

2.3 O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) COMO DESTINATÁRIO DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES

O §3º do art. 45 do Código Penal determina que os bens e valores do patrimônio do condenado sejam perdidos, na pena de perda de bens, em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), ressalvada a legislação especial.

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), destinatário dos recursos arrecadados com a cominação da pena alternativa de bens e valores, foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, com a finalidade de promover melhorias no Sistema Penitenciário Brasileiro, tendo sido regulamentado por meio do art. 1º do Decreto nº 1.093, de 3 de março de 1994:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (BRASIL, 1994)

Conforme o art. 2º dessa Lei Complementar, o fundo não recebe recursos apenas da aplicação da pena de perdas bens, mas também das custas judiciais recolhidas em favor da União, da arrecadação das loterias, de outros bens perdidos em favor da União Federal, de multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, de quebramentos ou perdimentos de fianças quebradas e do próprio rendimento decorrente da aplicação de seu patrimônio.

Art. 2º Constituirão recursos do FUNPEN:

I - dotações orçamentárias da União;

II - doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras;

III - recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;

IV - recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986;

V - multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado;

VI - fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;

VII - cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços

forenses;

VIII - três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal;

IX - rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN;

X - outros recursos que lhe forem destinados por lei (BRASIL, 1994).

De acordo com o Ministério da Justiça, os recursos próprios não-financeiros, que são arrecadados com as perdas de bens e valores, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, e fianças quebradas ou perdidas, de 1994 a 2007, não chegam a 10% do total arrecadado pelo FUNPEN. Isso significa que a porcentagem do FUNPEN que é composta pelo montante arrecadado pela pena de perda de bens e valores é relativamente baixo.

No entanto, como será detalhado em item próprio, a pena de perda de bens e valores deve ser destinada, em especial, à apenação dos crimes de colarinho branco, de sorte que, assim sendo, os recursos arrecadados deveriam ser direcionados às entidades relacionadas ao combate dessa modalidade de delitos, por motivos, em boa medida, de uma questão de prevenção geral negativa.

Se os recursos arrecadados com as penas de perda de bens fossem destinados a órgãos comprometidos com o combate à classe de delitos cuja prática resultou na cominação dessa pena, então promover-se-ia um reforço substancial na repressão a esses crimes.

Conforme já explicado, a Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), ao regular a prestação de serviço, especifica que esta não se dará a qualquer entidade, mas sim a “parques e jardins públicos e unidades de conservação” ou “no caso de dano de coisa particular ou tombada, na restauração desta, se possível” (art. 9º) e, em se tratando de pessoa jurídica na posição de réu, a prestação de serviços à comunidade envolve o custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (artigo 23).

Em verdade, a destinação dos bens perdidos ao combate aos delitos cujo cometimento deram causa a esse perdimento não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, estando presente também na Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 2006).

Essa lei destina os bens apreendidos a órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito

de drogas e também permite que meios de transporte, os maquinários, utensílios ou instrumentos e outros objetos apreendidos que tenham sido utilizados para a prática dos crimes descritos nessa lei, possam ser usados pela Polícia Civil ou Federal, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público, para o combate ao narcotráfico:

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

[...]

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

[...]

§1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2006).

Portanto, a exemplo da Lei de Crimes Ambientais, que atrela a prestação de serviços a órgãos de conservação do meio ambiente, e da Lei de Drogas, que permite o uso de bens apreendidos pela polícia judiciária, na perda de bens e valores o ideal seria destinar o montante decorrente do perdimento para órgãos relacionados ao delito que gerou essa pena, em geral, órgãos de combate aos crimes de colarinho branco.

Bitencourt, citando Basileu Garcia, explica que a destinação das penas pecuniárias ao próprio Estado é um locupletamento gerado a partir da própria ineficiência estatal. Assim, visto que são recursos que decorrem de falhas na atuação do Estado, eles deveriam ser destinados à promoção da prevenção geral e especial, conforme se confere no trecho a seguir:

[...] percebe-se, porém, certa nota de imoralidade nesse enriquecimento do Estado às expensas do crime, que lhe compete

prevenir, dir-se-ia que se locupleta invocando sua própria torpeza, conforme brocardo proibitivo. Daí - prossegue Basileu Garcia - a impreterível necessidade de se canalizarem os proventos originários dessa fonte impura unicamente para as salvadoras funções de prevenção geral e especial, buscando com eles atenuar a criminalidade e sanar as chagas deixadas por esse flagelo no organismo social (GARCIA *apud* BITENCOURT, 2006, p. 116).

Certamente que a destinação da perda de bens e valores para o FUNPEN, em alguma medida, atende à prevenção especial, visto que esse fundo promove melhorias no sistema penitenciário. No entanto, essa destinação não atende (ao menos não diretamente) à prevenção especial daqueles delitos que guardam relação de causa e efeito com a pena de perda de bens, que são os macrocrimes, como será visto em item a seguir.

Dessa maneira, a fim de promover, especificamente, a prevenção dos delitos que dão causa à cominação da pena alternativa de perda de bens, o montante arrecadado com essa punição deveria ser destinado às entidades envolvidas na repressão aos macrocrimes, tais quais os Ministérios Públicos, as Polícias Civil e Federal ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras e outros *etc.*

Por fim, o §1º do art. 45 faz a ressalva de que a legislação especial pode dar destinação diversa do FUNPEN àquilo que for arrecadado com a pena de perda de bens e valores. Essa ressalva, em geral, é relacionada ao artigo 243 da Constituição Federal e aos artigos 60 a 63 e parágrafos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Esses dispositivos da Lei de Drogas versam sobre medidas assecuratórias e perdimento dos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nessa lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a SENAD, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse

dessas atividades.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

[...]

§8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao FUNAD, juntamente com os valores de que trata o §3º deste artigo (BRASIL, 2003).

São diversos os autores que enxergam nesses artigos da Lei de Drogas um exemplo da ressalva de que a legislação especial pode dar destinação diversa do FUNPEN àquilo que for arrecadado com a pena de perda de bens e valores, visto que o referido artigo destina o resultado do perdimento ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).

No entanto, como acertadamente anotam Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 218) esses dispositivos legais não versam sobre penas, ou seja, não constituem penas de perda de bens e valores, mas sim mero efeito da condenação.

O artigo 243 da Constituição Federal estabelece a expropriação das glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (BRASIL, 1988).

Melhor sorte não tem o mandamento constitucional, visto que ele também não versa sobre pena, mas sim sobre um ato administrativo, qual seja, a desapropriação de terras por parte da Administração nas condições descritas acima.

Já o parágrafo único do mesmo art. 243, este sim parece ser, de fato, uma ressalva à regra de que a perda de bens deve ser destinada ao FUNPEN (DOTTI, 1999, p. 111).

Art. 243 [...]

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias (BRASIL, 1988).

Uma vez que o referido parágrafo único faz menção a “todo e qualquer bem de valor econômico” apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, então incluir-se-iam aí tanto os bens confiscados pelo efeito da condenação quanto eventuais bens confiscados a título de pena de perda de bens, sendo que esses últimos deveriam ser destinados “em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias” ao invés de irem para o FUNPEN.

2.4 ALGUMAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Alguns termos relacionados à temática da perda de bens, tais como “perdimento de bens” e “confisco”, devem ser definidos precisamente para que as futuras referências a eles e comparações entre eles não sejam ambíguas ou inexatas.

Da mesma forma, devem ser delimitadas as similitudes e distinções entre a pena de perda de bens e as outras modalidades de penas pecuniárias (prestação pecuniária e multa).

Além disso, como se verá, alguns desses termos não possuem definições consagradas entre os principais autores, de sorte que se deve aqui delimitá-los, por critério metodológico. Conforme sugere Umberto Eco, “definem-se os termos usados, a menos que se trate de termos consagrados e indiscutíveis pela disciplina em causa” (ECO, 2009, p. 116).

2.4.1 - Confisco

A pena de perda de bens guarda uma relação estreita com o instituto do confisco. São recorrentes, nos autores que versam sobre a pena de perda de bens, menções às relações entre o confisco e a pena de perda de bens.

Lopes (1999, p. 368), por exemplo, questiona se a pena de perda de bens e

valores e o confisco seriam institutos de natureza análoga. Bitencourt (2006, p. 123 e 124) considera que a pena de bens seria, na verdade, a “odiosa pena de confisco, que, de há muito, foi proscrita pelo direito penal moderno”.

Essa relação entre os institutos do confisco e da pena de perda de bens é importante, pois há alguns que, a exemplo de Bitencourt no trecho anterior, observando uma semelhança entre os dois, acabam por repudiar de maneira incisiva a pena de perda de bens.

Prado, inclusive, considera que a pena de perda de bens, à maneira como se encontra exposta nesse trabalho, consiste em confisco e, assim sendo, seria inconstitucional. Confira-se o trecho a seguir.

Caso seja interpretado o dispositivo *supra* em sentido extensivo, isto é, como abarcando também os bens lícitamente obtidos pelo agente, não passará de pena de confisco geral e, portanto, eivada de inconstitucionalidade, visto que transgride o princípio da personalidade e da individualização da pena (PRADO, 2010, p. 547).

Para adentrar nesse debate é necessário, inicialmente, delimitar o alcance e o conteúdo do termo “confisco”. César Bitencourt (2006, p. 123 e 124) define o termo “confisco” como sendo “a *perda ou privação* de bens do particular em favor do Estado”. Amaro (2010, p. 166) também define “confisco de maneira semelhante”, explicando que “confiscar é tomar para o Fisco, desapossar alguém de seus bens em proveito do Estado”.

No entanto, esse termo parece conter mais elementos além da simples perda de bens do particular em favor do Estado. Nesse sentido, Sabbag (2010, p. 229), citando Silva, define confisco como sendo o ato por meio do qual se apreendem e se adjudicam ao Estado bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judicial fundados em lei. O autor completa explicando que se trata “de apreensão da propriedade pelo Estado sem que se ofereça ao destinatário da invasão patrimonial a compensação ou indenização correspectivas”.

Outra definição é a de Paulo (2002, p. 82), que define o confisco como a “apreensão e adjudicação ao fisco de bens do patrimônio de alguém por violação da lei e como pena principal ou acessória”.

Em resumo, as definições variam em complexidade. As mais simples consideram o confisco como a mera perda de bens em favor do Estado, enquanto que as mais complexas entendem que o confisco é a perda de bens do particular para o Estado, sem contrapartidas ou indenizações, em decorrência de violação da lei. A depender da definição de confisco adotada, a pena de perda de bens pode ser,

ou não, uma espécie do gênero confisco.

Caso se adote a definição simplista, a pena de perda de bens não caracteriza confisco, visto que não se trata de mera perda de bens para o Estado, mas sim de perdimento decorrente de ato ilícito e submetido ao crivo do devido processo legal por meio do processo penal.

Caso se adote a definição complexa de confisco, entretanto, pode-se considerar a pena alternativa de perda de bens como uma espécie de confisco, ao lado do confisco aduaneiro, do perdimento de bens como efeito condenatório e da expropriação de glebas determinada pelo art. 243 da Constituição Federal.

De fato, a pena de perdimento de bens é, tal qual a definição mais completa de confisco, a perda de bens do particular para o Estado, sem contrapartidas ou indenizações, em decorrência de violação da lei.

Nota-se, no entanto, uma relutância considerável, nos autores que versam sobre o tema, em se considerar essa pena como confisco, sendo que vários dedicam-se a refutar veementemente o caráter confiscatório da pena de perda de bens.

Sznick (2000, p. 123), por exemplo, comenta que alguns “podem entrever no presente artigo um resquício da pena de confisco, hoje abolida por ser uma pena cruel e desumana; como veremos, não há ligação nenhuma dessa pena com a de confisco, proibida em nossa Constituição”.

A própria exposição de motivos da Lei nº 9.714/1998 adianta-se aos críticos e promove explicações no sentido de que a pena de perda de bens não configura confisco. No item 9, o Ministro da Justiça aponta para o equívoco em se confundir a pena de perda de bens com o confisco e que, se de confisco se tratasse, confisco seria também a pena de multa, consistente em retirar do patrimônio do condenado determinada soma em dinheiro (art. 33 da Lei nº 7.492/86) (BITENCOURT, 2006, p. 229). Em verdade, nos termos aqui adotados, a pena de multa seria uma modalidade de confisco.

O que se nota é que o confisco parece compor um melindre coletivo, criado pelos excessos dos tempos medievais, dos regimes autoritários e em virtude do resquício de ideais iluministas, como se nota das transcrições aduzidas.

Os autores parecem não considerar que a intangibilidade do patrimônio é um ideal tipicamente burguês, pertencente a uma paradigma arcaico do direito, qual seja, o do Estado Liberal, e que há muito foi abandonado.

Nesse sentido, Lopes (1999, p. 368) aponta que, “em termos bastante realistas, a proscricção do confisco configura autêntica liberdade burguesa, perfeitamente criticável em vista de um Estado Social e Democrático de Direito.”

De maneira distinta, acertam Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 218) que se referem à pena de perda de bens como “também denominada pena de confisco” e também Varalda (1999, p. 7), que, sem receio, afirma tratar-se a pena de perda de bens de confisco em favor do FUNPEN.

Não procedem repúdios à pena de perda bens como aqueles feitos por Bitencourt (2006, p. 124 e 127), que a considera “a odiosa pena de confisco” e que, assim sendo, fere “o princípio da personalidade da pena ao atingir a própria família do condenado”.

O mesmo se observa em Sica (2002, p. 185) que, após afirmar tratar a perda de bens de pena similar à de confisco, revela que “aqui, a avidez arrecadatária estatal se revela sem pruridos”.

Críticas como essas, bem como o já aludido receio em se reconhecer a pena de perda de bens como modalidade de confisco, derivam, seguramente de resquícios liberais de um paradigma que alçava o direito de propriedade a um patamar de intangibilidade.

No paradigma jurídico atual, a Constituição Federal, de um lado, garante o direito de propriedade no inciso XXII do artigo 5º e também no inciso II do artigo 170, mas, de outro, determina a relatividade desse direito, ao estabelecer a necessidade de a propriedade cumprir sua função social (inciso XXIII do artigo 5º), ao prever a pena de perda de bens (inciso XLVI do artigo 5º) e ao permitir a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243). Ademais, a Constituição Federal, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, determina que eventuais restrições no direito de propriedade sejam submetidas ao crivo do devido processo legal. Isso significa que a Constituição atual rechaça o caráter absoluto do direito de propriedade de outrora e estabelece os limites de suas eventuais limitações.

Com isso, não há inconstitucionalidade no confisco de bens particulares dos condenados nos termos do art. 45, §3º do CP, “uma vez que o direito de propriedade não tem caráter absoluto, cedendo para o interesse coletivo, sempre que houver razões para isto (VARALDA, 1999, p. 7)”.

A Exposição de Motivos da Lei nº 9.714/98 recorda, por exemplo, que a pena

privativa de liberdade também é uma negação de direito tão fundamental quanto o de propriedade, e ninguém ousa taxá-la de inconstitucional (BITENCOURT, 2006, p. 229).

A perda de bens é autorizada pela Constituição Federal e uma vez que esta pena, para ser cominada, deve ser submetida ao crivo do processo penal, o mais garantista dos processos, então ela, de fato, atende aos requisitos no que tange à privação de bens.

Por fim, tampouco prospera a crítica de Bitencourt de que a pena de perda de bens transgredir o princípio da personalidade, pois atinge a família do agente. Em verdade, qualquer pena, em alguma medida, atinge a família do condenado, sendo que algumas, como a pena de prisão, afetam de maneira mais incisiva o núcleo familiar do condenado, enquanto que outras, como, por exemplo, a suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores não tem impacto direto nas relações familiares do condenado.

No entanto, de uma maneira ou de outra, parece ser da natureza de qualquer pena ter reflexos (negativos) nas relações que o condenado tem com seus familiares. Essa característica, portanto, não é fundamento para o repúdio à pena de perda de bens, o que, novamente parece ser impulsionado por uma visão liberal do direito de propriedade.

Por tudo isso, parece mesmo, portanto, que as críticas ao fato de a pena de perda de bens atingir o patrimônio do condenado derivam de um campo axiológico em que o patrimônio vale mais do que a liberdade em si, a pena de prisão é vista com normalidade e o perdimento de bens é avaliado como uma aberração jurídica. Trata-se de um nítido ideal liberal-burguês, típico do século XVIII e não condizente com o movimento deslegitimador da pena prisão que vem se avolumando no direito penal ocidental.

2.4.2 - Perda de bens, prestação pecuniária e multa

As penas alternativas de perda de bens e de prestação pecuniária, bem como a pena de multa, podem ser classificadas como penas pecuniárias. Penas pecuniárias são aquelas que têm natureza patrimonial e que produzem diminuição do patrimônio

do agente por meio da transferência de bens, dinheiro ou valores, conforme explica Azevedo:

Já as novas sanções de prestação pecuniária e a perda de bens e valores, criadas sob o rótulo de “penas restritivas de direitos, têm natureza patrimonial”, porquanto o universo patrimonial do agente sofre uma diminuição pela compulsória transferência de bens, dinheiro ou valores, para o ofendido ou para o Estado, não se tratando de mera restrição do direito de propriedade. Essas sanções inserem-se no grupo das sanções pecuniárias. A bem ver, criaram-se verdadeiras sanções novas, que em nada significam restrição de direitos, mas sim sua privação [...] (AZEVEDO *in* DOTTI, 1999, p. 51).

Portanto, visto que compartilham uma mesma classificação, essas três penas possuem uma característica em comum, qual seja: têm a capacidade de produzir a diminuição do patrimônio do condenado.

Essa semelhança, no entanto, não elide eventuais dissonâncias entre os três institutos, dissonâncias essas que de fato existem e devem ser apresentadas a fim de se melhor compreender a pena de perda de bens.

Com relação à pena de prestação pecuniária e à multa, a principal distinção entre esses institutos reside no caráter reparatório do primeiro. Como visto (item 1.6.1), a pena pecuniária destina-se, precipuamente, à vítima ou a seus dependentes e o montante pago a esse título deve ser abatido de eventual condenação em ação reparatória civil.

Já a pena de multa, tal qual a pena de perda de bens (vide discussão no item 2.3), não se presta à reparação dos danos decorrentes da prática delituosa. De fato, nenhuma dessas modalidades destina-se à vítima ou a seus dependentes, sendo o montante arrecadado destinado ao Fundo Penitenciário (FUNPEN):

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa (BRASIL, 1940).

No entanto, a prestação pecuniária e a multa apresentam uma diferença bastante significativa em relação à pena de perda de bens. As duas primeiras modalidades representam uma obrigação de pagar que é imposta ao condenado e, como qualquer obrigação, podem ser adimplidas ou não pelo obrigado.

Já a perda de bens não é uma obrigação de dar alguns bens que é imposta ao condenado, mas é, sim, o efetivo perdimento de parte do patrimônio do réu, com o conseqüente recolhimento dos bens ao Estado.

Não há na perda de bens, portanto, a possibilidade de o condenado optar por

adimpli-la ou não, já que de obrigação não se trata, havendo, de fato, o perdimento coercitivo dos bens em questão. A prestação pecuniária e a pena de multa dependem, ao menos inicialmente, de um elemento volitivo do condenado para serem de fato implementadas, enquanto que a perda de bens é dotada de autoexecutoriedade.

Essa volitividade no adimplemento da obrigação gerada pela pena de multa fica evidente quando se observa a redação do *caput* do art. 50 do Código Penal, o qual estabelece que “a multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais” (BRASIL, 1940)

Ademais, o legislador, no art. 51 do Código Penal, considera a multa como dívida de valor, isto é, delega sua execução à Fazenda Pública nos termos da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), o que demonstra o caráter de obrigação dessa pena, em oposição à autoexecutoriedade da perda de bens:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (BRASIL, 1940)

É claro que o Código Penal abre a possibilidade de a multa ser cobrada mediante desconto no vencimento ou salário do condenado (§§ do art. 50 do Código Penal), o que confere a ela algum grau de independência em relação ao adimplemento ou à vontade do réu nesse caso.

No entanto, tal procedimento depende de ordem do juiz e encontra os limites dos incisos do art. 168 da Lei de Execução Penal:

Art. 168. O juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50, § 1o, do Código Penal, observando-se o seguinte:

I – o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;

II – o desconto será feito mediante ordem do juiz a quem de direito;

III – o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo juiz, a importância determinada (BRASIL, 1984).

Assim, em resumo, de regra, na multa, em especial depois da modificação legislativa feita art. 51 do Código Penal (a qual a transformou em uma dívida de valor para com a Fazenda Pública), não há bloqueio ou confisco imediato do valor

no âmbito da execução penal, mas sim, em geral, a criação de uma dívida com o poder público, a qual pode, eventualmente, não ser paga pelo condenado e terá execução delegada à Procuradoria Fiscal.

Essa falta de imediatividade no cumprimento da pena de multa se comparada com a pena de perda de bens, dotada de autoexecutoriedade, destaca-se no Projeto Modificativo do Sistema de Penas, o qual propõe que a pena de perda de bens seja abolida e transformada em uma pena residual a ser aplicada quando a pena de multa não for paga pelo condenado solvente (REALE JUNIOR, 2009, p. 384-385). Tal proposta acaba por admitir que a pena de perda de bens, em termos de execução, é bem mais eficiente que a pena de multa.

Quanto à pena de prestação pecuniária, em que pese o fato de não haver forma de execução prevista em lei (BITENCOURT, 2006, p. 162), o *nomen juris* dessa pena alternativa evidencia o caráter de obrigação que ela possui, dependendo, ao menos inicialmente, de uma “prestação” a ser adimplida pelo condenado.

Esse caráter volitivo da prestação pecuniária e da pena de multa, em face da autoexecutoriedade da pena de perda de bens, confere vantagem a essa modalidade de pena, a qual não depende de ato do condenado para ser implementada e, portanto, possui agilidade e eficiência se comparada com as outras penas pecuniárias.

2.5 A PENA DE PERDA DE BENS E OS EFEITOS CONDENATÓRIOS (O INCISO II DO ART. 91 DO CÓDIGO PENAL)

A condenação de um réu em um processo penal, além da consequência principal, que é a cominação de uma pena, produz efeitos secundários de diversas espécies, tais como cível, administrativo, político e trabalhista.

Trata-se dos chamados efeitos secundários extrapenais e que estão listados nos artigos 91 e 92 do Código Penal, respectivamente, denominados efeitos extrapenais genéricos e efeitos extrapenais específicos. Entre os genéricos, o inciso II do art. 91 traz a perda de algumas modalidades de bens (PRADO, 2010, p. 630-631).

Assim, a perda de bens, no ordenamento jurídico nacional, apresenta-se sob duas formas: é uma das modalidades de pena, conforme já exposto, e também é efeito da sentença penal condenatória, de acordo com o inciso II do art. 91.

É necessário, então, evidenciar as notas distintivas entre a primeira forma de perda de bens, prevista na Constituição como modalidade de pena (art. 5º, XLVI, 'b') e pelo Código Penal como uma pena alternativa (arts. 43, II, e 45, §3º), da segunda forma de perda de bens (efeito da condenação), delineada pelo inciso II do art. 91 do Código Penal, o qual estabelece o perdimento de bens consistentes em instrumento do crime ou produto por meio dele auferido como efeito da sentença condenatória.

Além disso, a perda de bens, como efeito da condenação, é tratada pelo Código de Processo Penal no art. 122, que praticamente repete o disposto no inciso II do art. 91 do Código Penal:

Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos artigos 120 e 133, decorrido o prazo de noventa dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (artigo 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público (BRASIL, 1941).

A diferença essencial entre as duas modalidades de perda bens reside na característica do patrimônio perdido e, secundariamente, Bitencourt aponta uma distinção no que tange ao destino dos bens perdidos, os quais, na perda de bens efeito da condenação, destinam-se à União como receita não tributária, enquanto que na pena de perda de bens destinam-se ao FUNPEN (BITENCOURT, 2006, p. 126).

Mas a diferença fundamental entre os dois institutos realmente diz respeito à natureza do patrimônio do condenado sobre o qual incide cada modalidade de perda de bens e, dada a importância, essa distinção merece maior detalhamento.

Na pena de perda de bens, o patrimônio alvo do perdimento é o patrimônio lícito do condenado. Já na perda de bens decorrente de condenação criminal (efeito condenatório), o patrimônio alvo do perdimento é o patrimônio ilícito do condenado, quer porque seja produto do crime ou proveito auferido pelo condenado com a conduta delituosa, quer porque consista em instrumentos do crime, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

A pena alternativa de perda de bens e valores, conforme explica Neves, tem como alvo do perdimento o patrimônio lícito do condenado, respeitado o teto já mencionado, isto é, com a instituição dessa pena “o condenado perderá bens e valores legítimos de sua propriedade lícita” (NEVES, 2008, p.164). Da mesma forma

expõe Jesus (1999, p. 159) mencionando que na pena de perda de bens o patrimônio é de natureza e origem lícitas, legítimo e da propriedade do condenado.

Sznick (2000, p. 126) também entende que a pena de perda de bens implica a o perdimento de bens que vêm do patrimônio do condenado e o mesmo ocorre com Reale Júnior (2009, p. 385). Gomes (1999, 146) explica exatamente que no perdimento decorrente de efeito extrapenal da condenação o réu perde “bens intrinsecamente antijurídicos”, enquanto que na pena alternativa de perda de bens “o que o condenado vai perder são bens ou valores legítimos seus, os que integram seu patrimônio lícito”.

Shecaira e Corrêa (2002, p. 218), já na definição do que vem a ser a pena de perda de bens, deixam claro que o perdimento nesse caso incide mesmo sobre os bens lícitos do condenado e que no caso do efeito da condenação envolve bens ilícitos ao esclarecem que “trata-se de pena criminal, que envolve perda de bens com origem lícita, diferente do confisco especial como efeito da condenação, em que a perda envolve objetos de origem ilícita”.

Já a propriedade ilícita, decorrente do delito, será confiscada como efeito da condenação, de acordo com o que estabelece o inciso II do art. 91 do Código Penal.

Dado esse âmbito de aplicação distinto, há possibilidade, inclusive, de aplicação cumulativa da pena alternativa de perda de bens com o efeito penal principal da perda dos instrumentos e do produto do crime (VARALDA, 1999, p. 7). A ilustração a seguir evidencia o âmbito de aplicação de cada uma das modalidades de perda de bens.

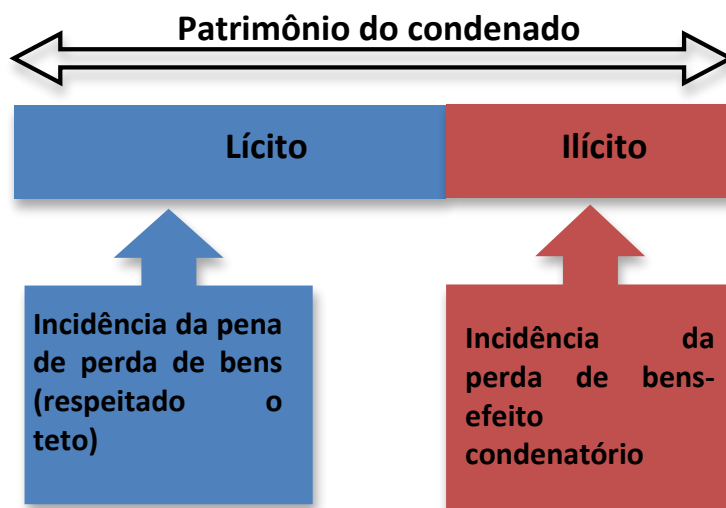


Ilustração 01 – Âmbito de incidência da pena de perda de bens e da perda de bens como efeito condenatório.

Essa distinção em relação ao tipo de patrimônio sobre o qual incidem as duas modalidades de perda de bens é de fundamental importância. A natureza do patrimônio do condenado é a nota distintiva essencial entre os dois tipos e, sem ela, ou a perda de bens-pena ou a perda de bens-efeito condenatório perde sentido e torna-se um instituto vazio.

Essa distinção, apesar de bem delineada nas razões expostas por Cézár Bitencourt, pode, por vezes, originar problemas e não é incomum encontrar autores que confundem as duas espécies por não observarem a distinção entre patrimônio lícito e ilícito do condenado, conforme exemplifica o seguinte trecho:

Isso em razão de ter sido a perda de bens e valores – simples indenização – incorretamente formulada como pena, que aliás, já se encontra prevista como feito da condenação, conforme a melhor técnica jurídica” (PRADO, 2010, p. 547-548).

Confira-se também como Martins não observa a distinção entre patrimônio lícito e ilícito do condenado e entende, em claro equívoco, que a pena de perda de bens deve envolver apenas patrimônio decorrente da prática de crime.

A escolha da apenação alternativa de que ora se cuida, além da obrigatoriedade dos preceitos acima mencionados, ficará estritamente vinculada à verificação, no curso da ação penal, de que os bens ou valores sobre os quais incidirá, tenham sido realmente havidos na prática criminosa (MARTINS, 2001, p. 94).

A fonte dessas percepções equivocadas parece ser a redação do §3º do art. 45 do Código Penal, o qual, conforme já visto, estabelece o teto da perda de bens como sendo – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Essa menção ao “montante do prejuízo causado” e ao “provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime” pode levar à interpretação errônea de que a pena de perda de bens incide sobre o patrimônio ilícito do agente, ou seja, de que a pena de perda de bens deve incidir apenas sobre o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, numa clara confusão com a perda de bens dos efeitos condenatórios.

Em verdade, as menções ao “montante do prejuízo causado” e ao “provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”, no §3º do art. 45, são um mero estabelecimento de um parâmetro para o teto do perdimento, o que não deve ser confundido com o alvo do perdimento.

O “montante do prejuízo causado” e o “provento obtido pelo agente ou por

terceiro, em consequência da prática do crime” citados no §3º do art. 45 são ferramentas de conformação da pena de perda de bens com os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.

Assim, o “montante do prejuízo causado” e o “provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”, por indicarem a culpabilidade do agente, estabelecem o teto de perdimento que será impingido ao patrimônio lícito do agente, permitindo que a perda de bens seja dotada de proporcionalidade em relação à conduta delituosa.

Do contrário, se não houvesse um parâmetro que refletisse, de algum modo, a culpabilidade do agente, o montante de perdimento ficaria única e exclusivamente submetido à discricionariedade do órgão julgador, o que poderia extrapolar o fim retributivo da pena e ser fonte de injustiças, promovendo verdadeiros aniquilamentos patrimoniais dos agentes submetidos a essa pena.

Dessa forma, na redação do §3º do art. 45, não se pode confundir alvo do perdimento de bens com teto do perdimento. O dispositivo que aqui se comenta estabelece o limite do perdimento e não sobre qual patrimônio do agente (lícito ou ilícito) ele irá incidir.

Parece residir aí a fonte de toda a confusão entre pena de perda de bens e perda de bens como efeito condenatório que se observa nos escritos sobre o tema.

Quanto ao alvo do perdimento, a conclusão é obtida a *contrario sensu*: ora, se a perda de bens prevista efeito condenatório, por disposição expressa do inciso I do art. 91, incide sobre o patrimônio ilícito do agente, então resta à pena de perda de bens incidir sobre o patrimônio lícito, ainda que o Código Penal sobre isso não disponha expressamente. Se assim não fosse, ou seja, se ambos os institutos destinassem-se ao perdimento dos bens ilícitos, então um deles seria inútil, o que não se pode admitir.

Um outro argumento que parece corroborar essa conclusão diz respeito aos fins retributivos e de prevenção geral. Caso a perda de bens incida apenas sobre o patrimônio acumulado ilicitamente pelo condenado, não haveria nenhum efeito retributivo sobre o agente, porque o montante de perda atingiria bens que, em última análise, a ele não pertencem, pois que acumulados ilicitamente.

Com isso, o patrimônio do condenado antes da prática do delito seria o mesmo que ele teria depois da aplicação da pena de perda de bens, o que claramente indica que não há retribuição alguma se a perda de bens se der sobre o patrimônio

ilícito. Confirma-se essa ideia no trecho de Eisele a seguir:

Outra conclusão não se poderia alcançar, pois a adoção da mera perda do produto do crime como pena não possui qualquer efeito intimidativo, restando absolutamente ausente sua eficácia em sede de prevenção geral, eis que a perspectiva do sujeito diante da Lei Penal é simplesmente a devolução do bem obtido ilicitamente, sem restrição a qualquer bem jurídico próprio do agente (liberdade, patrimônio etc) (EISELE, 1999, p. 10)

Na verdade, nem perda haveria, mas sim o mero retorno ao *status quo ante*, com a devolução daquilo que foi delituosamente acumulado: ter-se-ia uma pena reparatória e não uma pena pecuniária.

Tampouco ter-se-ia a intimidação contra a prática de novas condutas delituosas se a perda de bens incidisse tão somente sobre o patrimônio acumulado ilicitamente pelo condenado. Em termos de prevenção geral, a ideia que se passaria para a generalidade dos indivíduos é de que a prática de crimes, se culminasse em condenação à perda de bens, no máximo, levaria à devolução dos bens ilícitos.

Esse entendimento não é isolado e pode ser encontrado em diversos autores. Varalda, por exemplo, deixa claro que a pena de perda de bens prevê “o confisco de bens pertencentes ao condenado, limitando a referida ao quantum baseado no prejuízo causado pela infração penal ou no proveito obtido por ele ou por terceiro” (VARALDA, 1999, p. 7).

Além de equívocos com relação à modalidade de patrimônio (lícito ou ilícito) sobre o qual incidem a perda de bens-pena e a perda de bens-efeito da condenação, outras impropriedades surgem na abordagem desses dois institutos.

Em especial, notam-se problemas em respeito ao inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, já mencionado anteriormente, que decorrem da não diferenciação entre os institutos da perda de bens-pena e da perda de bens-efeito da condenação.

Com relação a isso, o próprio Bitencourt (2006, p 127) se equivoca, ainda que, acertadamente, reconheça a distinção entre essas modalidades. O autor afirma ser inconstitucional a pena de perda de bens e valores, já que, de acordo com esse inciso, essa pena transmitir-se-ia aos sucessores, nos limites da herança, ou seja, ela poderia passar da pessoa do condenado, violando o princípio constitucional da personalidade da pena.

Sem entrar no mérito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, que ultrapassa o escopo deste trabalho, observa-se nesse

comentário de Cézar Bitencourt outro exemplo da confusão que pode ocorrer entre os conceitos da perda de bens como pena e como efeito da condenação criminal.

Prado comete o mesmo deslize, acusando o inciso de transgredir os princípios da individualização e da personalidade da pena:

Esta excepcional e absurda possibilidade de transmissão da perda de bens e valores aos sucessores do condenado collide frontalmente com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, visto que passaria da pessoa do condenado, e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa. Além disso, a morte do agente é causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP) (PRADO, 2010, p. 547).

Gomes (1999, p. 148) também considera que o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal refere-se à pena de perda bens, mas ele vai além e entende que referido inciso, mesmo referindo-se à pena, não apresenta problemas e seria uma exceção ao princípio da personalidade da pena, podendo passar da pessoa do condenado e ser estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido. Gomes justifica tal exceção argumentando que o inciso XLV do art. 5º, traz uma exceção constitucional ao princípio da personalidade da pena.

No entanto, esses posicionamentos são equivocados. A partir de uma interpretação sistemática da Constituição e considerando-se o fundamento de que o ordenamento jurídico é um sistema harmônico, apesar da falta de clareza do inciso XLV do art. 5º, o termo “perda de bens” nele contido somente pode se referir ao efeito extrapenal da condenação, o que exclui a pena de perda de bens de qualquer nota de inconstitucionalidade.

Do contrário, estar-se-ia a contemplar uma inconsistência e uma contradição do constituinte ao, de um lado, estabelecer os princípios da individualização e da personalidade da pena (início do inciso XLV do art. 5º), e, de outro, estabelecer que a pena de perda de bens pode passar da pessoa (final inciso XLV do art. 5º).

A interpretação literal também corrobora esse raciocínio, visto que o citado inciso não menciona o termo “pena”, mas sim “perdimento de bens”, quando permite que essa perda seja estendida aos sucessores.

Delmanto compartilha dessa mesma opinião:

A perda de bens e valores é modalidade de *pena*, prevista no art. 5o, XLVI, b, da CR. Como tal, *jamais*, poderá passara da pessoa do condenado, dispondo expressamente o art. 5º, XLV da Magna Carta: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido’. O perdimento de

bens mencionado neste último artigo da Constituição refere-se, a nosso ver, ao efeito extrapenal genérico da condenação disciplinado pelo art. 91, II, *b* do CP e não à pena de perda de bens e valores estatuída pelos arts. 43, II e 45, §3º, do CP. Sendo a perda de bens modalidade de sanção penal, é ela ‘pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinquente’, ‘a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-Condenador e o morto réu’, e a ‘família, quato aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu’ (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, 3a Ed., Forense Universitária, v. I, p. 497). (DELMANTO, 2010, p. 253)

Da mesma maneira procedem Shecaira e Corrêa Júnior, ao apontarem que o inciso XLV do art. 5º quando menciona os termos “reparação do dano” e “perda de bens” o faz na mesma sequência que aquela observada, respectivamente, nos incisos I e II do art. 91, ou seja, a “perda de bens” referida no inciso XLV do art. 5º é a do efeito da condenação:

[...] quando a Constituição estabelece a extensão da perda de bens aos sucessores do condenado, refere-se à perda de bens como efeito da condenação (perda de objetos adquiridos ilicitamente) e não como pena criminal (perda de objetos adquiridos de forma lícita). Com efeito, o dispositivo constitucional, após consolidar o princípio da personalidade da pena, prevê que a reparação do dano (que não é pena, mas efeito da condenação – art. 91, I, do CP) e a perda de bens (não a pena, mas o efeito da condenação – art. 91, II, do CP) poderão ser estendidos aos sucessores do condenado (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 220).

Portanto, a saída hermenêutica diante do que dispõe o final do inciso XLV do art. 5º é considerar que lá se faz uma referência aos efeitos da condenação, até porque, como bem menciona Bitencourt e ao que faz alusão Delmanto (trecho anterior), a morte do condenado é causa extintiva da punibilidade e da sanção penal, conforme o inciso I do art. 107 do Código Penal. Assim, com a morte do condenado, eventual pena de perda de bens cominada, restaria extinta e nunca seria estendida aos sucessores (BITENCOURT, 2006, p. 127).

Ressalte-se, por fim, que, em que pesem os mais de 12 anos de vigência da lei nº 9.714/98 o Supremo Tribunal Federal nunca se manifestou acerca da (in)constitucionalidade da pena de perda de bens, em especial no que tange à incidência do perdimento sobre os bens lícitos do condenado e não possibilidade de transmissão dessa pena aos herdeiros do réu.

2.6 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Medidas assecuratórias são medidas cautelares, de natureza patrimonial, de que dispõe o ordenamento jurídico penal que visam a assegurar a efetivação dos efeitos extrapenais obrigatórios da sentença penal condenatória previstos, quais sejam, tornar certa a obrigação do réu em indenizar a vítima pelos danos decorrentes do delito e conduzir à perda dos bens que consistam em proveito do crime (AVENA, 2010, p. 404).

O objetivo das medidas assecuratórias é evitar que o réu se desfaça de seus bens, visando tornar-se insolvente, isto é, carente de patrimônio para responder aos efeitos da condenação (AVENA, 2010, p. 404).

As medidas assecuratórias estão previstas nos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal e consistem em três modalidades: sequestro, hipoteca legal e arresto (OLIVEIRA, 2010, p. 332).

O sequestro é a medida assecuratória incidente sobre os imóveis adquiridos pelo agente com os proveitos do cometimento do crime, mesmo que em nome de terceiro, conforme o art. 125 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que, como medidas cautelares que são, as modalidades de medidas assecuratórias prescindem dos requisitos gerais das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus boni juris* e do *periculum in mora* (GOMES, 1999, 146). Uma vez empreendido o sequestro, conforme disposição do art. 128 do Código de Processo Penal, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

Os bens móveis também são passíveis de seqüestro, conforme o artigo 132 do Código de Processo Penal, e a eles aplicam as mesmas regras e condições dispensadas para o seqüestro de bens imóveis. A distinção reside no fato de que para esses bens não haverá inscrição da medida cautelar no registro de imóveis. (AVENA, 2010, p. 418).

Ademais, conforme dispõe o artigo 132, o sequestro de bens móveis é subsidiário em relação à busca e apreensão prevista pelo artigo 244, isto é, o sequestro dar-se-á em relação às coisas móveis adquiridas com os proventos do delito e a busca e apreensão será destinada para produto direto do ilícito (AVENA, 2010, p. 419).

A hipoteca legal, prevista nos artigos 134 e 135 do Código de Processo

Penal, visa a assegurar a reparação do dano causado à vítima e o pagamento de possível pena de multa, bem como despesas processuais. Trata-se de um direito real de garantia que incide nos bens imóveis lícitos do agente (AVENA, 2010, p. 426).

Por fim, o arresto, conforme se depreende do art. 137 do Código de Processo Penal, é a medida assecuratória que recai sobre os bens móveis pertencentes ao agente, com a finalidade de garantir eventual indenização ao do ofendido, ou seja, é o análogo da hipoteca legal em relação aos bens móveis.

Conforme o art. 133 do Código de Processo Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará, em leilão público, a avaliação e a venda dos bens acautelados por quaisquer dessas modalidades de medidas assecuratórias.

Em que pese a pena de perda de bens incidir sobre o patrimônio do acusado, o legislador não dispensou nenhuma medida assecuratória específica para ela, com vistas a garantir ou assegurar a efetividade da pena substitutiva de perda de bens ao final do processo.

Qualquer uso dos mecanismos penais e processuais penais com o desiderato de lidar com bens esbarra, e não sem razão, nas proteções e garantias individuais estabelecidas pela Constituição e pelo Código de Processo Penal. O confisco penal de bens está intimamente ligado a uma punição ao criminoso, de maneira que carrega a reboque todas as garantias necessárias à imposição de sanções penais, o que o torna mais moroso do que, por exemplo, na seara administrativa.

Durante o desenrolar do processo, no entanto, o patrimônio do acusado não pode ficar sob o risco de ser desfeito pelo réu com vistas a se tornar insolvente e, conseqüentemente, se furtar a eventual cominação da pena de perda de bens.

Nesse sentido, para garantir a aplicação da pena de perda de bens, e com fulcro no art. 3º do Código de Processo Penal, é possível, analogicamente, aplicar as medidas assecuratórias retro descritas nos processos que envolvam crimes passíveis de pena com essa modalidade de pena alternativa. É o que explica Gomes:

Muito embora tenha se omitido o legislador de disciplinar expressamente medidas cautelares (indisponibilidade, sequestro) que possam assegurar a efetivação final da pena substitutiva de perda de bens. De qualquer modo, não se pode esquecer que o Código de Processo Penal admite a analogia (art. 3º) (GOMES, 1999, 146).

Portanto, para aqueles casos em que se anteveja a possibilidade de aplicação da pena de perdimento é possível o uso de medidas assecuratórias para resguardar o patrimônio do acusado de eventuais dilapidações fraudulentas com vistas a evitar a aplicação da pena de perda de bens.

De certo que, como a pena de perda de bens incide sobre o patrimônio lícito do condenado, somente caberiam a ela as medidas assecuratórias de hipoteca legal e de arresto, visto que o sequestro destina-se tão somente aos bens ilícitos do acusado.

2.7 A ADEQUAÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS À PUNIÇÃO A CERTAS CATEGORIAS DE DELITOS

A pena de perda de bens, juntamente com as penas de prestação pecuniária, de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, de proibição de freqüentar determinados lugares e de limitação de final de semana, é uma pena genérica, de maneira que, em tese e de início, é cabível como punição a qualquer delito.

Em oposição a essa categoria de penas alternativas, como visto, há as penas específicas, as quais são aplicáveis a delitos pré-estabelecidos pela legislação.

Contudo, como visto anteriormente, apesar de as penas genéricas serem, em tese, aplicáveis a quaisquer delitos, a escolha da modalidade de pena alternativa genérica cabível é feita sob o crivo do disposto no artigo 59.

Com isso, foi discutido naquele item que a seleção de uma pena alternativa entre aquelas colocadas à disposição pela legislação segue um modelo de chave-fechadura, no qual ao desenho do caso concreto deve-se amoldar e se encaixar o desenho da pena alternativa.

Nesse sentido, quanto à pena de perda de bens cumpre verificar a qual classe de delitos ou quais tipos de delitos ela se amolda como pena eficaz e suficiente para promover a retribuição e prevenção do crime determinadas pelo artigo 59.

Quanto a isso, de início, faz necessário rebater a relutância de Cézár

Bitencourt em admitir a aplicabilidade dessa modalidade de pena alternativa diante do fato de que não há previsão na lei a quais casos essa pena pode ser aplicada:

Preliminarmente, deve-se, contudo, examinar outra questão: a falta de previsão legal expressa para a aplicação da prestação pecuniária e da perda de bens e valores inviabiliza a utilização de tais penas, na medida em que, não sendo penas específicas, não se sabe a quais infrações nem a que limites devem ser destinadas? (BITENCOURT: 200, p. 163).

Ora, como é típico de qualquer pena alternativa genérica, o legislador não especifica os delitos aos quais essas penas devem ser cominadas (senão seriam penas específicas).

Em verdade, conforme exposto no item 1.5.4.3.2, para se determinar se uma modalidade de pena alternativa genérica pode ou não ser aplicada a um caso concreto, devem ser analisados os aspectos subjetivos do condenado, as condições do cometimento do delito, a capacidade de promover a prevenção (geral e específica) das penas disponíveis, as características intrínsecas de cada pena alternativa e a capacidade de retribuição de cada uma das penas alternativas

Assim, de acordo com esse procedimento, é possível, a partir das peculiaridades e características apresentadas pela pena de perda de bens, identificar um grupo de delitos e aspectos dos agentes delinquentes para os quais essa pena mostra-se recomendável. É o que será feito a seguir, onde demonstrar-se-á que a pena de perda de bens possui um desenho peculiar, o qual a torna adequada para a apenação dos macrocrimes.

Contudo, antes de discorrer sobre essa adequação propriamente dita, necessário se faz delinear, ainda que perfunctoriamente, o conceito de macrocriminalidade.

A macrocriminalidade, segundo Juary C. Silva (1980, p. 45), é “primacialmente o crime organizado, à semelhança de empresas, que combina pessoas, capitais e tecnologia para a consecução de determinados fins, sob a direção de um chefe, que se equipara a um empresário em sentido próprio”.

Segundo o autor, o cometimento dessa modalidade de delitos é movido, precipuamente, pelo ânimo de lucro, porque os agentes assemelham-se a empreendimentos econômicos, combinando os fatores de produção natureza, capital e trabalho, diferindo das empresas verdadeiras pelo fato de explorarem aquilo que é vedado pela lei penal (SILVA, 1980, p.71).

Bitencourt (2008, p. 82) diferencia a macrocriminalidade da criminalidade tradicional pelo fato de a primeira “ser praticada por pessoas de elevado padrão sócio-econômico, mediante astúcia, fraude e simulação (...) dentro de uma atividade lícita, porém com evidente exercício abusivo”.

Os agentes delituosos dessa modalidade de crimes, segundo Séverin (1979, p. 10) são pessoas que “têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade a exploração da oligarquia ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade”.

Silva (1980, p. 11) explica que o surgimento dessa modalidade deu-se na década de 20 nos Estados Unidos, em especial na cidade de Chicago, em virtude das dificuldades econômicas trazidas pela 1ª Guerra Mundial.

No Brasil, segundo Silva (1980, p. 215), a macrocriminalidade surge na década de 50, quando o surto econômico superveniente à 2ª Guerra Mundial criou as condições para que essa modalidade de delitos aqui se desenvolvesse.

De fato, outros termos foram cunhados ao longo do tempo para se referir, aproximadamente, ao conceito de macrocrimes exposto por Silva.

Edwin Sutherland, no início da década de 60, criou o termo “crimes de colarinho branco”, para expressar aqueles crimes cometidos por pessoas de elevada condição socioeconômica, respeitáveis e no curso da ocupação delas (TORON, 1999, p. 75).

Prado pormenoriza o conceito de crime do colarinho branco:

Esta última denominação é de caráter criminológico, e foi cunhada pela vez primeira em 1939, por Sutherland (teoria das associações diferenciais), para se referir ao delito praticado, em determinado âmbito profissional, por pessoa respeitável e de elevado *status* social (PRADO, 2009a, p. 151 – itálico do autor).

Toron (1999, p. 75), citando Sanguiné, explica que esse termo, em verdade, surgiu na sociologia, quando Wright Mills o utilizou para descrever a classe média americana, apresentada como elite do poder.

Na verdade, é comum observar o uso de diversos termos para se referir “aos atos que violam a lei penal, mas que são praticados por pessoas de elevado padrão social e econômico dentro de uma profissão lícita, porém com um evidente exercício abusivo”, tais como macro-criminalidade, criminalidade não-convencional, crime do colarinho branco (*white collar crime*), delinqüência dourada ou, ainda, hipercriminalidade (HEKELSON, 2008, p. 82).

Não obstante a farta quantidade definições dessa categoria de delitos, não há um rol taxativo de espécies de crimes que podem ser considerados como integrantes da macrocriminalidade. Hekelson, no trecho transcrito a seguir, por exemplo, arrisca uma lista de crimes que a comporiam. Em que pese a lista ter sido elaborada pelo Conselho da Europa, órgão que colabora e assessora o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, não é possível estabelecer um rol fechado dos delitos que compõem a categoria dos crimes do colarinho branco.

Para tentar minimizar o problema da identificação, trazemos à baila o seguinte elenco de crimes de colarinho branco: formação de cartéis, abuso do poder econômico das empresas multinacionais, obtenção fraudulenta de fundos do Estado, criação de sociedades fictícias, falsificação de balanços, fraude contra o capital de sociedades, concorrência desleal, publicidade enganosa, infrações alfandegárias, infrações cambiárias, in- frações da bolsa de valores, dumping de produtos farmacêuticos, manipulação de sorteios de consórcios e de loterias, indústrias de insolvência, defraudação do consumidor, espoliação abusiva por instituição financeira e lavagem de dinheiro. Esse rol foi elaborado pelo Conselho da Europa, órgão que colabora e assessora o Conselho Econômico e Social da Organização da Nações Unidas – ONU (HEKELSON, 2008, p. 82 e 83).

Não há prejuízo, no entanto, no fato de não ser possível estabelecer, taxativamente, quais crimes podem ser classificados como macrocrimes. As características já expostas permitem que no caso concreto, a partir das qualidades do agente, das características do delito e do *modus operandi* se conclua se determinado caso concreto é ou não um caso de macrocriminalidade.

Panzeri (2005, p. 12 e 13), em que pese a dificuldade, exposta por ele, de delimitar o conteúdo dos delitos econômicos, aponta características comuns a esses crimes, entre outras: o grau de sofisticação com que são cometidos; os seus agentes são dotados de apurado conhecimento técnico; habilidade para conferir uma aparência de legalidade às suas operações; criminalidade frequentemente organizada em moldes empresariais; e aspecto difuso das vítimas atingidas por essa modalidade de crimes.

Neste trabalho os termos “crimes do colarinho branco”, “criminalidade dourada”, “macrocrimes”, “macrocriminalidade” e “delitos econômicos” serão utilizados indistintamente, significando aqui, quaisquer deles, a criminalidade do poder (FERRAJOLI, *apud* ROYSEN, 2003, p. 196), isto é, aquele conjunto de crimes praticados por agente dotados de alto poderio econômico e, em geral, mas não exclusivamente, no curso de suas ocupações profissionais. Incluem-se aí, portanto,

as inúmeras “atividades nocivas” que parecem estar imunizadas pelo poder político e a força econômica que, por seu turno, frequentemente se associam para estes efeitos (SÉVERIN, 1979, p. 6).

No que tange à apenação desses delitos, tema que é central nesse trabalho, em virtude do elevado padrão sócio-econômico daqueles que usualmente praticam os macrocrimes, a pena de prisão não é o melhor instrumento para sancionar os crimes do colarinho branco, ao menos quando adotada isoladamente, conforme expõe De Sanctis:

[...] muitas vezes a sanção penal definitiva é meramente considerada um acaso e temporária (mesmo na hipótese de elevada punição); enquanto que a retirada compulsória de bens valiosos, como carros, casas de luxo e vida nababesca, provocam maiores dissabores diante da sua definitividade (DE SANCTIS, 2008, p. 165).

Barcelos indica que as penas individuais (de repressão corporal), típicas do modelo penal tradicional, têm sido, equivocadamente, o foco da repressão penal desses delitos, enquanto que o enfoque deveria ser na “prevenção e repressão ao crime por seu viés econômico, retirando-se seu lucro, mostrando que o crime não compensa” (BARCELOS, 2006, p. 122).

Diante dessa insuficiência da pena de prisão para punir, deve-se identificar uma forma alternativa de apenar essa categoria de delitos. A identificação do grupo de delitos e de agentes delinquentes para os quais determinada pena mostra-se recomendável é feita, precipuamente, a partir do caráter de prevenção e retribuição de cada uma delas.

Conforme expõe Eisele, é de suma importância, para se atingir as finalidades de prevenção e de repressão, identificar qual pena é a mais adequada para determinada categoria de delitos:

Em sede de crimes contra a ordem econômica, dos quais são espécies os crimes contra a ordem tributária, uma das maiores preocupações concentra-se em detectar qual a modalidade de pena mais adequada a se aplicar, entre a previstas na legislação penal (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa), para se alcançar de forma mais eficaz os resultados de prevenção e repressão delitiva (EISELE, 1999, p. 9).

Para o alcance desse objetivo, necessário se faz, inicialmente, observar um dispositivo específico do Estatuto do Desarmamento (Lei nº10.826 de 22 de dezembro de 2003), cuja essência é fundamental para se entender a quais delitos se destina a pena de perda de bens. O referido dispositivo é o artigo 25 desta Lei:

Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à

persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei (BRASIL, 2003).

Esse artigo 25 determina que os instrumentos dos crimes descritos nessa lei serão encaminhados ao Comando do Exército, sem qualquer ressalva, para destruição ou doação, ou seja, sem exceção, os instrumentos dos crimes do estatuto serão ao alvo de perdimento a título de efeito da condenação.

Quanto a isso, Freitas (2004, p. 29) explica que para os crimes da Lei nº 10.826 de 2003 não há a possibilidade de restituição do instrumento do crime em hipótese alguma, mesmo se a posse desse objeto for lícita, o que afasta, para os crimes do Estatuto, a regra geral do Código Penal.

Trata-se de uma regra especial, pois a regra geral, no que tange ao perdimento do instrumento como efeito condenatório e à restituição do instrumento do crime, consta da alínea “a” do inciso II do art. 91, segundo a qual o perdimento do instrumento do crime somente ocorrerá se a posse ou detenção desse objeto constituir fato ilícito, do contrário, o instrumento do crime pode ser restituído.

Esse dispositivo do Código Penal possui uma razão de ser. Segundo Freitas (1995, p. 30), “não quis a lei resguardar qualquer direito daquele que utilizou indevidamente e contra expressa proibição disposição legal de tal bem, vindo a praticar um crime, ou seja, daquele que abusou de seu direito”.

Portanto, a prática de crime do Estatuto do Desarmamento “fez perecer o direito de propriedade do agente sobre o instrumento do crime, gerou para o Estado o direito/dever de destruir aquele bem que, com a prática criminosa, ingressou na esfera da ilegalidade” (FREITAS, 1995, p. 30).

Assim, a ideia subjacente a esse dispositivo é a de que o mau uso de um bem no âmbito do Estatuto do desarmamento leva ao seu perdimento em favor do Estado, um exemplo de política retributiva que deve ser alargado para outras situações no direito penal.

É nesse sentido que essa razão de ser do art. 25 se adequa à pena da perda de bens, guardadas as devidas proporções, já que essa última é pena e o perdimento do Estatuto é efeito condenatório.

De toda sorte, parece ser bastante adequado, em termos retributivos, que o mau uso do patrimônio seja apenado com a perda de uma parcela dele, aos moldes da razão de ser do art. 25 do Estatuto: para o mau uso do patrimônio, a perda dele.

Portanto, naqueles crimes em que o patrimônio, seja ele lícito ou ilícito, é utilizado como instrumento para delinquir, adequada será a perda de bens como pena, pois ela proporcionará o perdimento de parte dos bens do agente utilizados para empreender a conduta delituosa.

Assim, seguindo essa ideia, os macrocrimes surgem como o principal alvo da pena de perda de bens, pois neles, em geral, o patrimônio é utilizado como instrumento do crime. Os exemplos são inúmeros, mas, por exemplo, a corrupção ativa, por exemplo, é consumada, via de regra, por transferência de patrimônio do autor para o corrompido; a manutenção ou movimentação de recurso ou valor, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, depende do uso de todo o patrimônio de uma pessoa jurídica para que possa se consumir; o empreendimento de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país, da mesma maneira, depende do uso do patrimônio nesse sentido e *etc.*

Dessa maneira, a partir do fundamento do mau uso do patrimônio, a pena de perda de bens desponta como adequada para a punição dos macrocrimes, em função do seu caráter de redução de patrimônio dos agentes: para o abuso criminal do patrimônio, tem-se a perda dele. Nesses moldes, essa pena é eminentemente retributiva, pois, para crimes que locupletem ilicitamente o condenado, ela retribui com a perda de bens.

Teixeira, ao utilizar a expressão “dói no bolso do réu” faz alusão a esse caráter retributivo da pena da de perda de bens (vide trecho a seguir).

Na discussão que antecedeu a edição da lei, ouvia-se, em sua defesa [*da pena de prestação pecuniária*], o argumento de que a pena pecuniária é mais eficaz no combate ao crime de colarinho branco (‘pecuniário’), porque ‘dói no bolso do réu’ e é útil à sociedade, na medida em que se constitui fonte de renda para o Estado [...] O argumento pragmático não convence em face do valor irrisório da pena pecuniária” (TEIXEIRA: 1999, p. 18 – grifos nossos).

Assim, ainda que nos macrocrimes o bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal não seja o patrimônio, essa categoria de delitos, na maioria das vezes, apresenta como objeto da ação o patrimônio.⁹

Quanto a isso, deve-se ressaltar que o bem jurídico tutelado pelos crimes contra o sistema financeiro é o sistema financeiro nacional, um bem jurídico de

⁹ O conceito de objeto da ação não se confunde com o de bem jurídico. O objeto da ação é uma entidade do mundo físico, enquanto que o bem jurídico pertence ao mundo normativo. Assim, o objeto da ação é o relacionado à ação típica, à conduta, enquanto que o bem jurídico é obtido via interpretação a partir da função de tutela da norma penal (PRADO, 2009 p. 49-50).

natureza macrossocial ou transindividual, de cunho institucional ou coletivo, salvo exceções (PRADO, 2009a, p.152). Não obstante isso, o objeto da ação nos crimes contra o sistema financeiro, exceto por aqueles de perigo, em geral é o patrimônio.

Portanto, uma vez que na maior parte dos casos os crimes do colarinho branco envolvem o patrimônio como objeto da ação, então a pena de perda de bens acaba mostrando-se eficiente, em termos retributivos, para apenar esses delitos.

Obviamente, que o uso da pena de perda de bens não se circunscreve apenas aos delitos componentes da macrocriminalidade. Há outros crimes que, a partir da mesma ideia do uso de bens para delinquir, adequam-se à punição por meio da perda de bens.

O uso de veículos para o cometimento de delitos de tráfico de drogas, por exemplo, dá azo para a utilização da pena de perda de bens nesses crimes. O mesmo pode ocorrer, por exemplo, em alguns tipos de crimes contra o patrimônio.

No entanto, em que pese a pena de perda de bens, em abstrato, poder ser cominada a outros crimes além dos crimes contra o colarinho branco, no que tange aos crimes contra o patrimônio, observa-se que, ainda que ele envolva do uso de bens para delinquir, há indícios de alto índice de devolução de bens nos casos de furtos e roubos.

Em especial, Carolina Costa Ferreira (2010, p. 88) ao analisar 564 decisões judiciais dos cinco Tribunais Regionais Federais sobre crimes de furto, roubo e peculato, nos anos de 2006 e 2007, identificou que em 83 decisões que continham informações sobre a reparação do dano, em apenas uma ela de fato ocorreu, ou seja, em 98,8% das decisões de crimes contra administração analisadas não houve reparação do dano.

Por outro lado, pesquisa empreendida pelo GCCrim no que tange aos crimes de furto e roubo indicou que em 91,17% dos casos de furto e em 72,41% dos casos de roubo analisados o bem subtraído foi restituído, integral ou parcialmente (BARRETO & CASTILHO, 2008, p. 60).

Esse cotejo entre os dados das duas pesquisas indicam que nos crimes contra o patrimônio que chegam à justiça, raramente, o agente, de fato, se locupleta com o produto crime, posto que na maioria dos casos há restituição do bem à vítima, fato que não é compartilhado pelos crimes contra a administração, nos quais a quase ausência de restituição do bem envolvido no delito significa locupletamento do agente.

Disso conclui-se que a pena de perda de bens parece não se adequar muito bem aos crimes contra o patrimônio, pois excederia em proporcionalidade, já que nesses crimes, diante da devolução dos bens, acaba por não haver nem vantagem auferida nem prejuízo material decorrentes do delito, isto é, haveria um exagero em termos retributivos. Esse exagero fica ainda mais evidente se se considerar que os agentes condenados por crimes contra o patrimônio “são em sua maioria pessoas desempregadas ou que possuem baixa renda” (BARRETO & CASTILHO, 2008, p. 60).

Conclusão inversa, a *contrario sensu*, chega-se em relação aos crimes contra a administração pública: a pena de perda de bens parece ser adequada como reprimenda a esses crimes, até porque alguns deles se encaixam no conceito de crimes do colarinho branco por envolverem agentes hiperssuficientes.

De qualquer forma, pelas razões já expostas e por outras a serem apresentadas a seguir, a pena de perda de bens se mostra precipuamente destinada aos delitos da macrocriminalidade.

Outro argumento que reforça a adequação da pena de perda de bens à punição dos crimes do colarinho branco é a eficiente prevenção geral e especial promovida por essa pena.

Nesses crimes, como a riqueza do agente foi, em geral, o instrumento do crime e não pode ser confiscado como efeito da condenação por muitas vezes tratar-se de patrimônio lícito, então a pena de bens mostra-se como instituto adequado para promover a prevenção especial. Isso porque a perda de bens, ao incidir sobre o patrimônio do agente, priva-o daquilo que o possibilitou delinquir e impede ou dificulta nova delinquência pela mesma classe de crime.

Ou seja, a perda de bens opera a asfixia patrimonial do condenado, retirando dele parte daquilo que ele utilizava para cometer crimes (o patrimônio) e impede ou, ao menos, dificulta a prática de outros crimes da mesma natureza, ou seja, promove a prevenção especial.

Nos casos de gestão fraudulenta de instituições financeiras que desencadearam a crise do *subprime* nos Estados Unidos e no mundo (crise econômica de 2008), os homens que destruíram suas próprias companhias e arrastaram o mundo para uma crise econômica, saíram dos destroços com suas fortunas intactas (INSIDE). Isso poderia ter sido, senão evitado, pelo menos mitigado com o uso da pena de perda de bens.

Martins (2001, p. 92) aponta para essa promoção da prevenção especial pela pena de perda de bens ao comentar que ela desestimula a reiteração pelo fato de essa modalidade de pena permitir para o agente criminoso, “a constatação de que a atividade criminosa não ocasiona lucro, além de enfraquecer o seu poder econômico, servindo até para desconstituir eventual estrutura já existente para o cometimento de delito.”

De maneira similar, a pena de perda de bens, quando utilizada na punição aos macrocrimes, promove, para a generalidade dos indivíduos um juízo de custo-benefício desfavorável quando da cogitação de delinquir, pois transmite a ideia de que eventual condenação, além de retirar do agente o patrimônio ilícito, subtrairá patrimônio lícito, de sorte que a situação econômica dele depois de condenado é mais desfavorável do que antes do cometimento do crime. É o que explica Eisele:

Como o móvel que impele o agente à prática de um crime de tal natureza é a perspectiva da vantagem econômica a ser obtida com o resultado do delito, a punição de cunho financeiro consistente não apenas no dever de reparação do dano causado à vítima, mas na perda cumulativa de bens e valores em volume compatível com o dano causado ou o provento obtido, é o fator de prevenção mais eficaz dentre os previstos na legislação penal (EISELE, 1999, p. 9).

De fato, como há um juízo de custo benefício feito pelas pessoas diante da violação da lei, conforme explica Cooter no excerto a seguir, em especial quando essa violação tem como objetivo o auferimento de vantagens indevidas, como ocorre nos crimes do colarinho branco, a prevenção geral promovida pela ameaça de apenação com perda dos bens acaba surtindo efeito:

People who contemplate violating these obligations and rationally decide what to do will compare the sanction in dollars to the resulting gain in time, effort, resources, or opportunities. This kind of decision making presumes commensurability with money. (COOTER, 2006, p. 102)¹⁰.

Neves, no trecho a seguir, também reforça o caráter de prevenção geral da pena de perda de bens:

Sem dúvida que, quando o agente perpetra o crime com o escopo de locupletar-se de forma ilícita, a perda de bens e valores desestimula a reiteração desse tipo de delito, além de prevenir condutas criminosas semelhantes por parte de outros membros da sociedade, sendo um hábil instrumento de punição nos crimes econômicos (NEVES: 2008, p. 302).

Panzeri (2005, p. 22), também versando sobre a prevenção geral promovida

¹⁰ As pessoas que cogitam, racionalmente, violar esses deveres comparam o valor da sanção em dólares com o resultado decorrente da violação em termos de tempo, recursos ou oportunidades. Esse tipo de processo decisório presume haver comparação em termos monetários (tradução livre).

pela pena de perda de bens, destaca que ela possui grande capacidade intimidatória sobre o agente e, ao mesmo tempo, impede que os proveitos auferidos com o crime sejam usufruídos, “atendendo-se, portanto, a uma orientação de prevenção geral, reforçando a dignidade do ordenamento violado junto à comunidade.”.

Além dos aspectos retributivos e de prevenção (geral ou especial), essa adequação da pena de perda de bens aos macrocrimes torna-se mais estreita ainda quando se observa as cominações em abstrato para esses delitos.

A título de exemplo, dos delitos contidos na Lei nº 7.492 de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, , aproximadamente 76% deles possuem penas máximas em abstrato de até 6 anos, de sorte que, nos casos concretos, a maioria desses delitos acaba sendo passível da aplicação de penas alternativas, considerando-se a existência de atenuantes que eventualmente reduzem ao patamar de 4 anos penas superiores a isso.

Isso significa que a maioria dos crimes do colarinho branco cumprem o requisito objetivo das penas alternativas e podem ter as penas privativas de liberdade originariamente cominadas nos tipos legais substituídas por penas alternativas.

Ademais, do rol de penas alternativas contido no artigo 43 do Código Penal, apenas a perda de bens apresenta características, conforme já exposto, que atendem ao comando de retribuição e prevenção contido no artigo 49.

No que tange à prestação pecuniária, conforme já exposto, a importância fixada pelo juiz não pode ser inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, insuficiente quando se trata de macrocrimes:

A perda de bens e valores é a medida mais eficaz no âmbito penal quanto à repressão da criminalidade econômica porque tem como limite o montante o do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime – o que for maior – e não os estreitos limites de 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos da prestação pecuniária, que nenhuma relação guarda com os efeitos econômicos do fato típico perpetrado (EISELE, 1999, p. 10).

Assim, em que pese se tratar de uma pena patrimonial, os valores envolvidos são baixos para os padrões da macrocriminalidade. Atualmente, com o salário mínimo de R\$ 545,00, essa pena varia, portanto, deste valor a R\$ 196.200,00. Esse teto é bastante inferior às cifras envolvidas nos crimes de colarinho branco, o que torna a prestação pecuniária inadequada, em termos de retribuição e prevenção (tanto geral, quanto especial), para apenar esses delitos.

Hekelson (2008, p. 83), citando Marchall Clinard, aponta que, no período de um ano, a criminalidade do colarinho branco nos Estados Unidos rendeu entre 30 e 40 bilhões de dólares, de sorte que um único crime dessa natureza corresponde a milhares de crimes de pequenos furtos ou furtos qualificados.

Pegue-se, por exemplo, o Caso Madoff, aquele em que Bernard Madoff, consultor de investimentos e alto executivo da NASDAQ, foi o operador de um esquema Ponzi¹¹ de larga escala. Quando do colapso desse esquema empreendido por Madoff, o prejuízo dos investidores foi da ordem de 65 bilhões de dólares¹².

O esquema Ponzi foi também utilizado na crise do *subprime*, a chamada crise econômica de 2008, na qual, com o processo de desregulamentação do mercado financeiro, empreendida nos Estados Unidos e vários países europeus, vários episódios de gestão fraudulenta de instituições financeiras produziram prejuízos globais de trilhões de dólares (INSIDE).

Especificamente na Islândia, a política de desregulamentação do mercado financeiro acabou permitindo que três bancos islandeses fizessem empréstimos que, juntos, alcançaram a cifra de 120 bilhões de dólares (dez vezes o volume da economia daquele país) e que se mostraram insustentáveis, fazendo desse país um exemplo emblemático da crise do *subprime* de quão grandes podem ser os prejuízos envolvidos nos crimes financeiros (INSIDE).

Veja-se também, o caso Jorgina de Freitas, uma ex-advogada brasileira, procuradora previdenciária, que organizou um esquema de desvio de verbas de aposentadorias o qual, estima-se, produziu uma fraude atualmente calculada em R\$ 1,2 bilhão e que, na época, correspondia a mais de 50% de toda a arrecadação do INSS¹³.

É claro que esses casos são exemplos extremos, mas são bastante ilustrativos da ordem de grandeza dos prejuízos que os crimes do colarinho branco podem produzir, prejuízos esses que, em termos pecuniários, somente a perda de bens pode retribuir à altura.

As interdições temporárias de direitos, dada sua característica de pena

¹¹ Um esquema Ponzi é uma operação fraudulenta de investimento na qual ao invés de o retorno ao investidor ser pago com lucros e rendimentos do investimento, ele é pago a partir do montante investido por novos investidores. Portanto, esse sistema demanda cada vez mais investidores, de sorte que se torna insustentável a partir de um certo ponto.

¹² Retirado de < http://en.wikipedia.org/wiki/Bernard_Madoff>. Acesso em 02.05.2011.

¹³ Retirado de < http://pt.wikipedia.org/wiki/Jorgina_de_Freitas>. Acesso em 02.05.2011.

específica, delineada na primeira parte deste trabalho, só podem ser cominadas aos crimes do colarinho branco em situações peculiares, quais sejam, aquelas em que os delitos tenham sido cometidos por meio do exercício de cargo, função ou atividade pública ou mandato eletivo, por meio de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público ou ainda por meio da frequência a determinados lugares.

Trata-se de uma modalidade de pena alternativa que, por afastar o agente de sua função ou de determinados lugares, promove, de forma direta e eficiente, a prevenção especial.

No entanto, essa pena é praticamente desprovida de caráter retributivo e de prevenção geral, visto que, respectivamente, não afeta o patrimônio do agente e é temporária. O ideal seria que ela fosse adotada em conjunto com a pena de perda de bens.

Quanto à prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a limitação de fim de semana, em que pesem poderem ser aplicadas, em tese, aos macrocrimes, elas padecem de caráter retributivo.

O caráter retributivo não ocorre nessas duas penas alternativas pelo fato de elas não serem patrimoniais e não retribuírem aos agentes perpetradores de crimes contra o colarinho branco os prejuízos por eles causados e as vantagens por eles auferidas.

No entanto, essas duas modalidades de penas alternativas, apesar de não serem desenhadas especificamente para os macrocrimes, podem consistir em segunda opção de penas alternativas, visto que possuem um caráter preventivo razoável, principalmente a pena de prestação de serviços, conforme ressaltado no item 1.8.2. Essa possibilidade se abre nos casos de condenações a penas privativas de liberdade por período superior a um ano, onde, conforme já mencionado, são substituídas por duas penas alternativas ou multa e pena alternativa.

Em relação à pena de multa, ela é de difícil operacionalização e não representa uma resposta proporcional à gravidade dessa classe de delitos (EISELE, 1999, p. 9).

Quanto à operacionalização da multa, conforme apontado no item 2.4.2 deste trabalho, essa pena depende, ao menos inicialmente, de um elemento volitivo do condenado para ser de fato implementada, enquanto que a perda de bens é dotada de autoexecutoriedade.

Quanto ao montante da pena de multa, ele é determinado pelo art. 49 e seus parágrafos, do Código Penal, é de no mínimo dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa, sendo que o valor do dia-multa não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

Considerando-se o salário mínimo atual de R\$ 545,00, essa pena atinge no máximo o montante de R\$ 981.000,00. Esse teto, ainda que seja significativo diante da renda média do brasileiro, é relativamente baixo diante das cifras envolvidas nos crimes de colarinho branco, o que torna a multa ineficiente no que tange à retribuição e prevenção (tanto geral, quanto especial).

Ainda que o art. 33 da Lei nº 7.492/86 estabeleça que o valor da multa possa ser aumentado em até dez vezes para os delitos dessa lei, ainda assim o valor máximo da multa nesse caso (R\$ 9.810.000,00) fica, muitas vezes, abaixo do prejuízo gerado pelos crimes financeiros ou das vantagens auferida pelos agentes desses crimes (vide as cifras envolvidas nos casos Madoff e Jorgina já citados).

Ademais, a eficácia da multa perante os crimes econômicos fica dificultada pelo fato de ela poder ser facilmente integrada nos cálculos dos delinquentes, de maneira que os ganhos com o crime sejam maiores que a sanção aplicada (DIAS *apud* PANZERI, 2005, p. 21). Assim, diante do exposto, a pena alternativa mais adequada à punição aos crimes do colarinho branco é, de fato, a pena de perda de bens.

Essa primazia da pena de perda de bens sobre as demais modalidades na apenação de crimes do colarinho branco é recorrente nos autores que discorrem sobre o tema. A maioria deles aponta a perfeita adequação dessa modalidade de pena alternativa para a punição dos macrocrimes, não obstante o fato de não apresentarem justificativas para tal conclusão.

Neves, por exemplo, destaca que essa pena é adequada para os crimes que causam grandes prejuízos ao erário público (*sic*), tais como corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, sonegação de contribuição previdenciária e outros da mesma natureza. (NEVES, 2008, p. 302).

Para Eisele (1999, p. 9), “a modalidade de pena restritiva de direitos de maior eficácia na repressão a criminalidade econômica é a perda de bens e valores, devido à intenção do agente em face do caráter da conduta e conteúdo do bem jurídico penalmente tutelado”.

É uma pena alternativa destinada “destinada sobretudo ao denominado criminoso do colarinho branco, isto é, ao autor de um crime de média potencialidade ofensiva que tem patrimônio” (GOMES, 1999, p. 145). O mesmo pode ser observado em Teixeira:

A aplicabilidade dessa pena também será restrita aos ‘crimes do colarinho branco’. Com referência àqueles outros que, em tese, seriam alcançados por ela (furtos e pequenos estelionatos), os autores dificilmente terão algum proveito do crime, quando da sentença condenatória (anos após a prática do crime), ou possuirão bens próprios” (TEIXEIRA: 1999, p. 19).

De fato, Teixeira acaba por exagerar ao restringir a pena de perda de bens aos crimes do colarinho branco, visto que, ainda que precipuamente desenhada para essa modalidade de crimes, ela pode ser utilizadas em outras categorias delitivas que envolvam o patrimônio como instrumento do crime, tais como tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio, conforme já apontado. Delmanto aduz um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que o órgão julgador aponta a adequação da pena de perda de bens para a apenação de crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça:

Perda de bens e valores: Nos crimes patrimoniais, inclusive relativos a contribuições previdenciárias, 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 (TRF 4ª Reg., Ap. nº 96.04.58814-1/RS, DJU27.1.99, p.322 (in Bol. IBCCRIM 76/335) (DELMANTO, 2010, p. 255).

Quanto à utilização dessa pena em delitos de drogas, Lopes (1999, p. 371) indica que “trata-se de pena restritiva de direitos destinada sobretudo aos delitos econômicos e financeiros, além de alguns casos relacionados a entorpecentes”.

Por fim, ao se utilizar a pena de perda de bens para a punição aos macrocrimes, auxilia-se na correção de uma injustiça há muito presente no sistema penal brasileiro, que é a desproporção que se verifica entre a punição impingida a condenados por crimes contra o patrimônio cometidos sem violência e a condenados por crimes do colarinho branco ou até por crimes contra o patrimônio mais sofisticados, tendo-se como parâmetro o prejuízo causado pelo delito.

Comparando um indivíduo, pobre, condenado por furto qualificado e outro condenado por estelionato, de melhor condição social, “ao qual se pode associar, muita vez, ‘o chamado crime do colarinho branco’”, Martins aponta que antes do

advento das penas alternativas o indivíduo condenado por furto acabava “condenado a uma pena mais gravosa que outro, com melhor condição social e geralmente econômica, responsável por um resultado muito mais relevante em nível financeiro, se vê atingido por apenação inferior” (MARTINS: 2001, p. 62).

Ressalte-se, novamente, que apesar de nos macrocrimes o bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal não ser o patrimônio, essa categoria de delitos, na maioria das vezes, o apresenta como objeto da ação, de sorte que são delitos hábeis a produzir prejuízo econômico e a proporcionar vantagem econômica a seus agentes, o que os torna análogos, nesses termos de prejuízo/vantagem, aos crimes contra o patrimônio, em que pese o bem jurídico dessa última categoria ser o próprio patrimônio (isto é, nos crimes contra o patrimônio o objeto da ação coincide com o bem jurídico tutelado).

Com o estabelecimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, continua Martins, distorções como essas foram corrigidas, pois as penas alternativas consideram, “de uma forma mais ampla, o resultado do fato e as condições causador, tornando possível ao julgador a flexibilização do fato em relação à reprimenda” (MARTINS, 2001, p. 62).

Em que pese essa correção da distorção apontada, deve-se ressaltar que ainda se observa uma seleção penal mais intensa em relação aos réus em processos de crimes contra o patrimônio.

Em pesquisa comparativa entre as condenações por crimes contra a administração pública, que compõem em sua maioria a categoria dos crimes do colarinho branco, e as condenações por crimes contra o patrimônio, Ferreira (2010) atesta a seletividade penal diferenciada entre essas categorias de delitos.

Em especial, a autora aponta que entre os 308 casos de condenações a crimes contra patrimônio, os Tribunais regionais Federais, de forma geral, modificaram apenas 30% das sentenças, enquanto que nos casos de crimes contra a administração pública a situação mostrou inversa, com 61,7% de modificações das sentenças condenatórias, sendo que, com relação às absolvições, nos crimes contra ao patrimônio elas são de 9% e nos crimes contra a administração são de 67,9% (FERREIRA, 2010, p. 123).

Isso mostra que o estabelecimento da possibilidade de substituição da pena de prisão por pena alternativa, ao contrário do expõem Martins, parece não ter o condão de acabar com as distorções que o autor aponta.

2.8 A EXECUÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS E VALORES

O Código Penal não prevê a forma de execução da pena de perda de bens e valores, o que também não é feito pela Lei de Execução Penal (JESUS, 1999, p. 151).

Em verdade, “ainda não foi prevista a forma de execução, quer para a prestação pecuniária quer para a perda de bens e valores” (BITENCOURT, 2006, p. 162).

Trata-se de uma lacuna no instituto da pena de perda de bens em que “o legislador, como de costume, contentou-se apenas com a criação da norma, sem sequer procurar dar sentido à sua aplicação e, conseqüentemente, concreção na execução” (SICA, 2002, p. 185).

O Código Penal não apresenta nenhuma indicação acerca da execução das penas alternativas e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), em seus artigos 147 a 155, versa apenas sobre a execução das penas alternativas de prestação de serviços à comunidade, da limitação de final de semana e da interdição temporária de direitos, isto é, ela não apresenta dispositivos que regulem a execução das penas alternativas pecuniárias (prestação pecuniária e perda de bens).

Diante disso, diversas correntes despontam. Nucci (2011, p. 1.044), por exemplo, entende que a falta de dispositivos legais acerca da execução da pena de perda de bens indica que o cumprimento dela deve ser espontâneo, sob pena de reconversão em pena privativa de liberdade, pois “não teria sentido obrigar o Estado a executar coercitivamente um determinado valor, com eventual penhora e hasta pública, relativo à prestação pecuniária, que substituiu pena privativa de liberdade, já que a pena é alternativa ao cárcere” (NUCCI, 2011, p. 1.044).

Segundo o autor, o interesse no cumprimento da pena de perda de bens seria do condenado, de sorte que os bens devem ser entregues por iniciativa dele ao Estado tão logo haja o trânsito em julgado da sentença condenatória. Caso o condenado deixe de fazê-lo, deve haver conversão da pena de perda de bens em privativa de liberdade (NUCCI, 2011, p. 1.044).

O problema de tal solução é que, conforme apontado no item 1.5.4.3 deste trabalho, a pena de perda de bens, dadas sua natureza pecuniária, a exemplo da

pena de multa, não pode ser convertida em pena de prisão em caso de falta de pagamento ou de cumprimento.

Assim sendo, a solução proposta por Nucci não procede, pois a pena de perda de bens não pode ser convertida em prisão e o cumprimento espontâneo dela ficaria prejudicado, já que carente de algum elemento de coerção.

Portanto, conforme aponta Cruz (2000, p. 98-99), a não previsão de como se dará a execução da pena de perda bens “exige que seja estabelecido um critério ideal para fins de execução da pena”. O autor propõe, como critério para a execução da pena de perda de bens, que se aplique analogicamente a regra contida no artigo 51 do Código Penal, que estabelece que, após a prolação da sentença, eventual multa cominada será tida como uma dívida do condenado para com a Fazenda Pública e será passível de execução conforme as regras da Lei de Execução Fiscal – Lei nº 6.830/80 (NUCCI, 2011, p. 1.045).

Em que pese a tentativa de Cruz de estabelecer um procedimento executório para a pena de perda de bens a partir de uma analogia com a pena de multa, se utilizando do art. 51, uma análise mais aprofundada acaba por mostrar que tal procedimento não se sustenta.

Conforme exposto no item 2.4.2, a multa e a perda de bens guardam algumas semelhanças entre si, em especial, o fato de serem ambas penas pecuniárias. Como distinção principal entre os dois institutos, foi apontado naquele item, sobretudo em função do artigo 51 do Código Penal, o caráter volitivo da pena de multa, em face da autoexecutoriedade da pena de perda de bens, o que confere vantagem a essa segunda modalidade de pena, por ela não depender de ato do condenado para ser implementada o que dota de maior agilidade e eficiência se comparada com as outras penas pecuniárias

Assim, o procedimento proposto por Cruz para executar a pena de perda de bens descaracteriza esse instituto, pois o alija de sua agilidade e autoexecutoriedade, transformando-o numa modalidade *sui generis* de multa, a qual poderia ser adimplida por meio da dação em pagamento dos bens indicados pelo condenado.

Dito de outra forma, ao se adotar o procedimento do art. 51 para promover a execução da pena de perda bens, ela se transforma em uma dívida de valor para com a Fazenda Pública, travestindo-se de multa, mas com a excentricidade de poder ser adimplida de plano por meio da entrega de bens.

Assim, não se pode admitir o uso do procedimento do art. 51, visto que, ao assim se proceder, esvazia-se o conteúdo da pena de perda de bens.

A saída para a execução da pena de perda de bens talvez seja se utilizar do antigo procedimento de execução da pena multa, o qual vigorava antes da reforma do art. 51 pela Lei nº 9.268/1996 e que se encontrava regulado pelos artigos 164 a 170 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Em especial, os artigos 164 a 166, transcritos a seguir, parecem solucionar o problema da ausência de regramento para a execução da pena de perda de bens se a ela forem aplicados analogicamente.

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

Art. 165. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao Juízo Cível para prosseguimento.

Art. 166. Recaindo a penhora em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2º do artigo 164, desta Lei.

A adaptação que seria necessária nesses artigos é que seria dispensável a nomeação de bens à penhora a que se refere o art. 164, visto que os bens passíveis de perdimento já se encontrariam especificados na sentença.

Utilizando-se analogicamente esses dispositivos, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ela serviria de título executivo judicial, a partir do qual o Ministério Público citaria o condenado para, em dez dias, entregar os bens especificados na sentença, conforme o art. 164.

Decorrido esse prazo sem que tenha havido a entrega dos referidos bens, proceder-se-ia à penhora destes, nos termos do §1º do art. 164, seguindo o procedimento de execução da lei processual civil, conforme determina o §2º do art. 164.

2.9 AS INSUFICIÊNCIAS DO ATUAL MODELO DE PENA DE PERDA DE BENS

Apesar de a pena de perda de bens, em tese, constituir uma forma eficaz de combater a macrocriminalidade, pois incide sobre a razão de ser dos delitos que compõem essa categoria, qual seja, a vantagem econômica auferida pelos autores desse crime, a normatização dessa modalidade de pena alternativa no Brasil apresenta insuficiências que podem comprometer a aplicação e a eficácia dessa pena.

A partir do que foi exposto, nota-se, por exemplo, que a falta de disposição legal específica acerca de quais bens serão alvo do perdimento, pode levar a injustiças em caso de penhora de bens de família.

Também foi visto que a falta de clareza do Código Penal em indicar a natureza dos bens sobre os quais recai a pena de perda de bens, se sobre o patrimônio lícito ou ilícito do condenado, faz que ou a perda de bens-pena ou a perda de bens-efeito condenatório perca o sentido e torne-se um instituto vazio.

Observou-se também, no item 2.7, que a definição da pena de perda de bens como uma pena alternativa genérica e não específica, demanda um esforço argumentativo considerável para que se demonstre, de maneira robusta, ser ela adequada para apenar os macrocrimes.

A ausência de um procedimento executório específico para a pena de perda de bens, seja no próprio Código Penal, seja na Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984), pode inibir a utilização dessas penas pelos magistrados diante do receio de não conseguirem a tornar exequível.

É claro que as analogias apontadas ao longo do texto, autorizadas pelo art. 3º do Código de Processo Penal, permitem superar essas lacunas no plano teórico. Nesse sentido, os artigos 655 e 649 do CPC, bem como a Lei nº 8.009 de 1990, solucionam o problema não especificação dos bens que podem ser alvo do perdimento; e os artigos 164 a 166 da Lei de Execução Penal se apresentam com solução razoável para a não previsão de um procedimento executório específico para a pena de perda de bens.

Mas as analogias não resolvem todos os problemas da pena de perda de bens, como é o caso da obscuridade acerca da natureza do patrimônio do condenado sobre o qual incide essa pena alternativa.

Azevedo aponta que no caso da pena de perda de bens, o legislador a definiu a partir de meros parágrafos no art. 45, não contemplando a necessária autonomia, relevância e gravidade da material dessa pena, ao passo que é notório não poder a definição de uma pena decorrer de mero parágrafo de um artigo, já que sanção penal situa-se em um patamar de relevância (AZEVEDO *in* DOTTI, 1999, p. 48).

Assim, deve-se averiguar nos casos concretos como tem sido aplicada a pena de perda bens a fim de se identificar eventuais falhas que as insuficiências do plano teórico, em tese, possibilitam. É o que será feito no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – A APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA BENS AOS CRIMES FINANCEIROS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO

E devemos admitir que as flores de um humanismo social murcham em um campo contaminado por moedas, sabres, cassetetes e aspersórios de água benta.
Séverin

3.1 A APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE BENS NOS CASOS CONCRETOS

Procurou-se demonstrar, nos capítulos anteriores, que posto que a auferição de vantagem econômica é o objetivo principal dos crimes do colarinho branco, a repressão a esse fenômeno social, no âmbito das penas alternativas, deveria ser pautada, para ter sucesso, na asfixia patrimonial daqueles que o promovem, situação na qual a pena de perda de bens desponta como pena mais adequada a esses delitos.

Ainda que a pena de perda de bens tenha sido instituída pela Lei nº 9.714/1998 no âmbito de um fim maior, que era a promoção de políticas desencarceradoras, ou seja, ainda que essa pena não tivesse o objetivo específico de combater determinada categoria de delitos (PANZERI, 2005, p. 34), ela é bastante adequada para reprimi-los.

Conforme exposto, dadas a natureza e características da macrocriminalidade, as finalidades de retribuição e de prevenção das penas são contempladas quando da cominação da pena de perda de bens a esses crimes.

Contudo, em que pese essa harmonia no plano teórico entre a apenação dos crimes do colarinho branco e a pena de perdimento de bens, há indícios de que, no plano concreto, a pena de perda de bens padeça de problemas.

Apesar de essa pena alternativa constituir uma forma eficaz, no âmbito das penas restritivas de direitos, de combater os crimes do colarinho branco, pois incide sobre a razão de ser desse delito (as vantagens auferidas pelo autor do crime), no Brasil, ela parece, na prática, se mostrar como uma ficção jurídica.

Conforme explica Neves, a perda de bens e valores é uma sanção alternativa

pouco cominada pelos magistrados, sendo raramente detectadas nas sentenças ou acórdãos (NEVES, 2008, p. 168).

Nesse sentido, a autora cita estudo da corregedoria do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região indicando “a falta de adequado tratamento aos bens em processo criminal”. (BARCELOS, 2006, p. 121).

Sica (2002, p. 186) vai além e profetiza que “a pobreza intelectual imperante na *praxis* judiciária transformará essa pena na já tradicional ‘doação de cestas básicas’” (itálicos do autor).

Ademais, a pena de perda de bens é cercada por discussões doutrinárias e lacunas legislativas, o que sugere que sua aplicação aos casos concretos pode apresentar problemas.

Diante das indicações de que, na prática, a pena de perda de bens apresenta problemas, necessária se faz uma investigação empírica de como essa pena vem (ou não) sendo aplicada no Poder Judiciário brasileiro.

É disso que trata a terceira parte desse trabalho, onde se busca verificar, a partir da análise de casos, como a pena alternativa de perda de bens é tratada no Brasil.

3.2 METODOLOGIA APLICADA

A análise da aplicação da pena de perda de bens em casos concretos partiu, inicialmente, de um corte feito na natureza das infrações penais. Conforme exposto ao longo de todo o trabalho, a pena de perda de bens mostra-se adequada para apenar os delitos que compõem a categoria dos macrocrimes.

Inúmeros delitos fazem parte desse gênero, de acordo com o que foi delineado no item 2.7.1, podendo ser observados crimes contra as relações de consumo, a ordem econômica, a ordem tributária, entre outros. Ademais, verifica-se uma dificuldade em se delimitar o conteúdo dos crimes do colarinho branco, conceito “em relação ao qual não existe consenso doutrinário” (PANZERI, 2005, p. 11).

Nesse sentido, foram selecionados, por amostragem, casos concretos relacionados apenas a crimes financeiros. Mais especificamente, somente foram analisados casos que continham condutas tipificadas como crimes contra o sistema

financeiro nacional, isto é, somente os que versavam sobre crimes da Lei nº7.492/86.

Em função disso, automaticamente, somente foram pesquisados processos da Justiça Federal, uma vez que o processamento dessa modalidade de crimes, de acordo com o que dispõem o inciso VI do art. 109 da Constituição Federal e o art. 26 da Lei nº 7.426/86, é de competência dos juízes federais. Fez-se, então, um segundo corte metodológico, qual seja, um corte relativo à competência territorial. Foram estudados somente os processos que tramitaram na 1ª Região da Justiça Federal, a qual abarca os estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Amapá, Pará, Amazonas, Acre, Amapá, Rondônia, Roraima, Maranhão, Piauí, Bahia, Minas Gerais e também o Distrito Federal.

Ademais, optou-se por se analisar somente as decisões de segunda instância, ou seja, foram considerados apenas os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região .

Como o objetivo desta pesquisa foi observar a aplicação da pena de perda de bens, ou seja, observara aplicação da pena, então se optou pela análise de acórdãos decorrentes apenas de apelações criminais. Assim, não foram selecionados acórdãos relativos a *habeas corpus*, recursos em sentido estrito, embargos de declaração, entre outros tipos de decisão.

Por fim, restringiu-se temporalmente a pesquisa, de sorte que somente foram analisados os acórdãos proferidos no período compreendido entre os dias 01/01/2008 e 01/01/2011.

Para se alcançar os acórdãos do TRF da 1ª Região que, no período definido para a pesquisa, decorriam de apelações criminais de sentenças relacionadas a crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº7.492/86), foi utilizada a plataforma pública de pesquisa disponibilizada pelo *site* do TRF da 1ª Região¹⁴.

No portal do referido sítio eletrônico, acessando-se o item “JUDICIAL” e depois o item “JURISPRUDÊNCIA”, encontra-se o campo de busca da referida plataforma pública de pesquisa.

No campo “PESQUISA LIVRE” foi inserido o termo “7.492”, para o período compreendido entre os dia 01/01/2008 e o dia 01/01/2011 e, nos documentos a serem pesquisados, manteve-se selecionado apenas o item “ACÓRDÃOS”.

¹⁴ Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>

Procedendo-se dessa maneira e se eliminando resultados que não consistiam em apelações criminais ou ações penais que não versavam sobre crimes financeiros, chegou-se a um total de 79 acórdãos.

Analisando-se esses 79 acórdãos, observou-se que, no total, os processos a eles relacionados envolviam 161 réus. Desses 161 réus, 63,97% (103) foram condenados, 21,73% (35) foram absolvidos, 11,18% (18) tiveram a punibilidade extinta pela ocorrência de prescrição, 2,48% (4) tiveram a capitulação do fato criminoso desclassificada para delito não consistente em crime contra o sistema financeiro nacional e 0,62% (1) teve desconstituída a sentença de absolvição sumária, como ilustra o Gráfico 01:

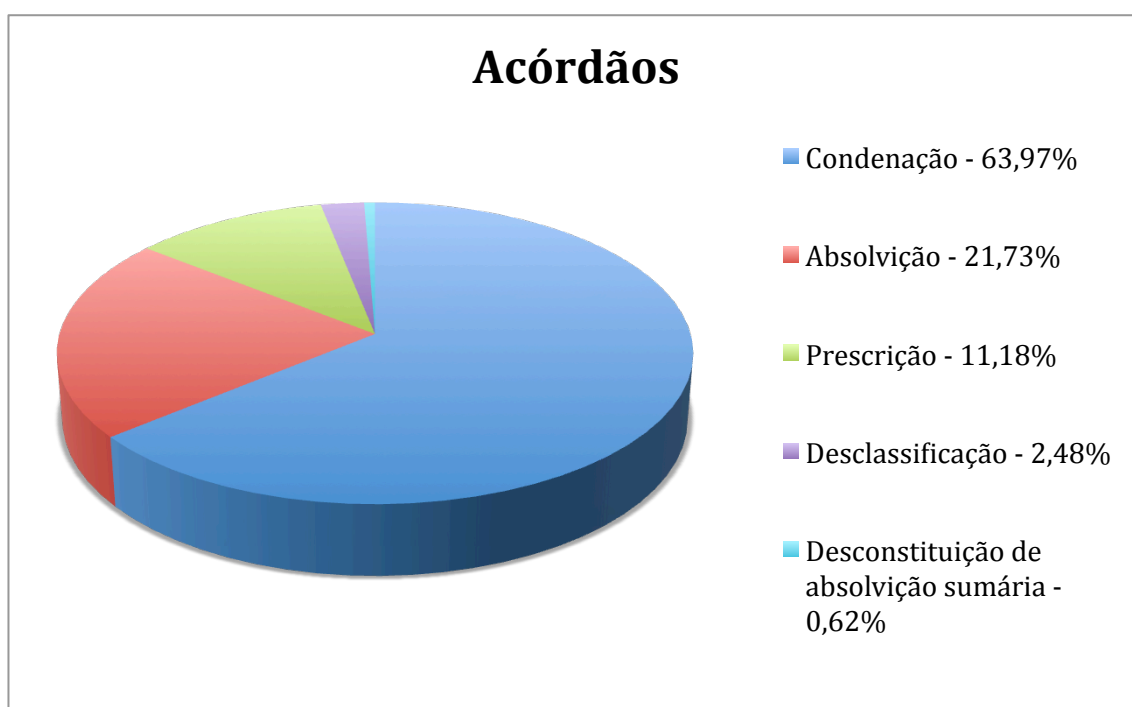


Gráfico 01 – Conteúdos decisórios observados nos acórdãos analisados.

Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é observar e analisar a aplicação das penas alternativas às condenações pela prática de crimes financeiros, com ênfase na pena de perda de bens, foram analisados somente os processos dos réus condenados, o que ocorreu com 103 deles (63,97% do total de réus).

O conteúdo desses acórdãos selecionados foi submetido a dois tipos de análises: quantitativa e qualitativa (FERREIRA, 2010, p. 56).

A análise quantitativa consistiu no preenchimento de um formulário de pesquisa (Anexo I) para cada um dos réus envolvidos nos processos analisados.

Desta maneira, para um processo do qual constassem, por exemplo, três réus, foram confeccionados três formulários, um para cada réu. Cada formulário foi numerado, de sorte que a decisão relativa a cada um dos réus recebeu um número.

O formulário continha informações sobre o número do processo, a quantidade de réus, o primeiro nome do réu, a natureza da sentença, a informação acerca de eventual prejuízo causado ou vantagem auferida pelo delito, a natureza do acórdão (se confirmatório ou modificativo da sentença), a tipificação das condutas, a pena aplicada, a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, a quantidade de dias-multa aplicada, o valor considerado para o dia-multa, as eventuais penas alternativas aplicadas, a quantidade de prestação inominada eventualmente cominada, o *quantum* da perda de bens porventura determinado e se, no caso de aplicação de pena de perda de bens o patrimônio do condenado envolvido era lícito ou ilícito.

Em seguida, foram selecionados alguns itens desse formulário, importantes para a análise quantitativa, e foram estabelecidas porcentagens e formulados alguns gráficos.

A análise quantitativa, por sua vez, consistiu em uma interpretação das porcentagens e gráficos à luz do que foi exposto nas partes 1 e 2 deste trabalho.

3.3 ANÁLISE QUANTITATIVA

Quanto às condutas delituosas, foi levantado que, no que tange aos delitos tipificados na Lei nº 7.492/86, 31,57% (36) das condenações se subsumiam ao art. 4º, 14,03% ao art. 16 (16), 12,28% (14) ao art. 22, 9,64% (11) ao art. 20, 9,64% (11) ao parágrafo único do art. 4º, 7,89% (9) ao art. 5º, 5,26% ao art. 6º (6), 4,38% (5) ao art. 10, 2,63% (3) ao art. 19, 0,87% (1) ao parágrafo primeiro do art. 19, 0,87% (1) ao art. 12 e 0,87% (1) ao art. 17, incluindo-se nessas porcentagens eventuais concursos de crimes para um mesmo réu (vide gráfico 02).

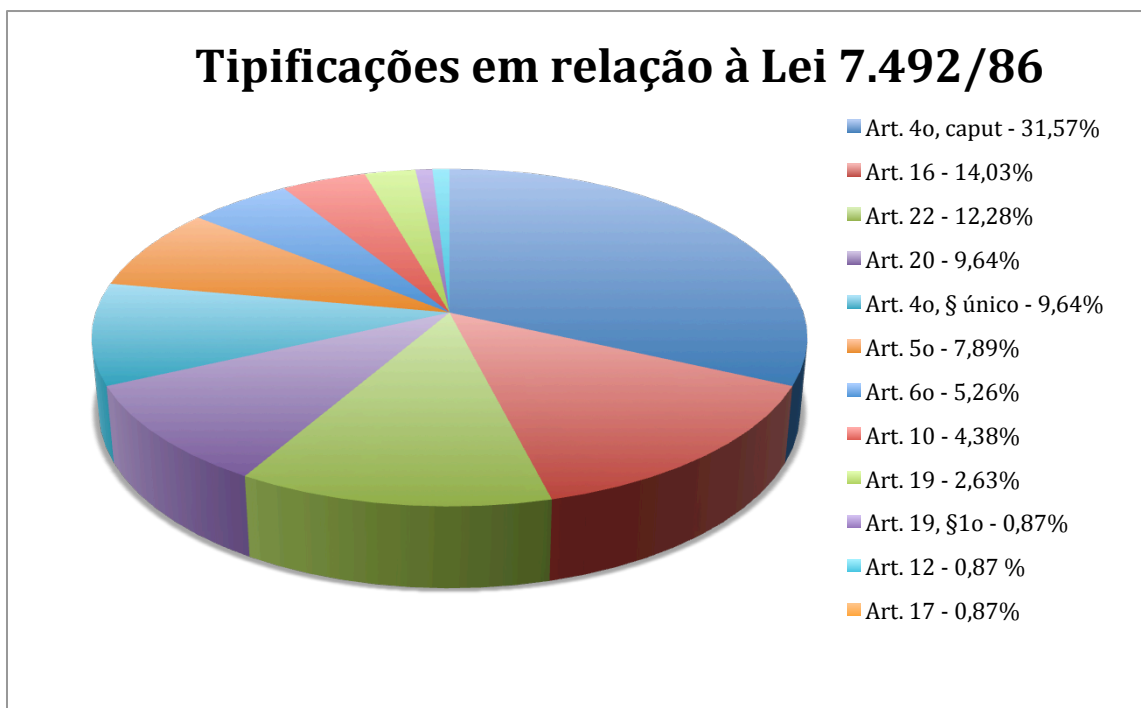


Gráfico 02 – Tipificações das condutas, nos acórdãos analisados, em relação à Lei 7.492/86.

Foram observados concursos de crimes não constantes da Lei nº 7.492/86 com crimes financeiros em 9,3% (15) das condenações. Nesse sentido, por exemplo, foram identificados concursos de crimes contra o sistema financeiro nacional com o crime de lavagem de dinheiro, com crimes tributários e com o delito de estelionato. No entanto, visto que foge do escopo deste estudo, esses concursos de crimes não foram alvo de nenhum tratamento estatístico mais pormenorizado.

Quanto à pena aplicada, 50% (52) das condenações culminaram com pena privativa de liberdade sem substituição, 46,15% (48) resultaram em substituição da pena privativa de liberdade aplicada por pena alternativa e 3,84% (4) das condenações possuíam acórdãos que não informavam sobre a substituição da pena privativa de liberdade aplicada (vide gráfico 03).

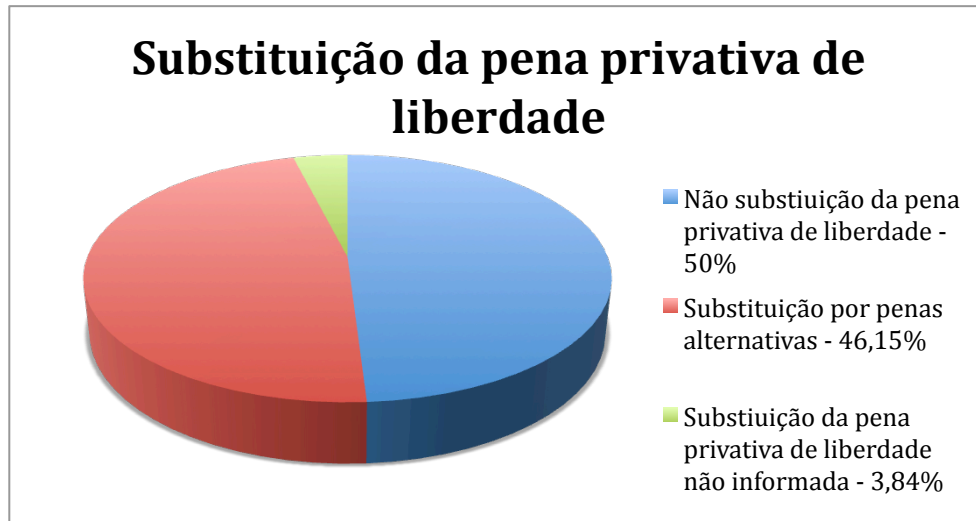


Gráfico 03 – Substituição das penas privativas de liberdade aplicadas.

Das condenações que apresentaram substituição da pena privativa de liberdade, em 49,39% (41) dos casos não foi possível identificar as penas cominadas, pois a escolha delas foi deixada a cargo do juízo da execução; em 21,68% (18) das condenações a substituição ocorreu, mas o acórdão não informava por quais espécies de penas alternativas ela se deu; em 14,45% (12) foi cominada prestação de serviços; em 9,63% (8) foi aplicada prestação pecuniária; em 2,4% (2) houve aplicação de multa; em 1,20% (1) houve interdição de direitos e em 1,20% (1) constatou-se substituição por limitação de final de semana (gráfico 04).



Gráfico 04 – Penas alternativas cominadas.

Nessas porcentagens das penas alternativas considerou-se, como universo, o total das penas alternativas aplicadas, de sorte que se deve lembrar que, para condenações superiores a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, conforme o §2º do art. 44 do Código Penal.

Por fim, analisou-se a quantidade de condenações que faziam algum tipo de menção ao prejuízo causado pelo delito ou a vantagens auferidas pelos autores dos crimes a partir da conduta delituosa. Nesse sentido, entre as 103 condenações analisadas, 69,90% (72) apresentavam algum tipo de informação sobre o prejuízo causado ou sobre a vantagem auferida, conforme o Gráfico 05 a seguir.

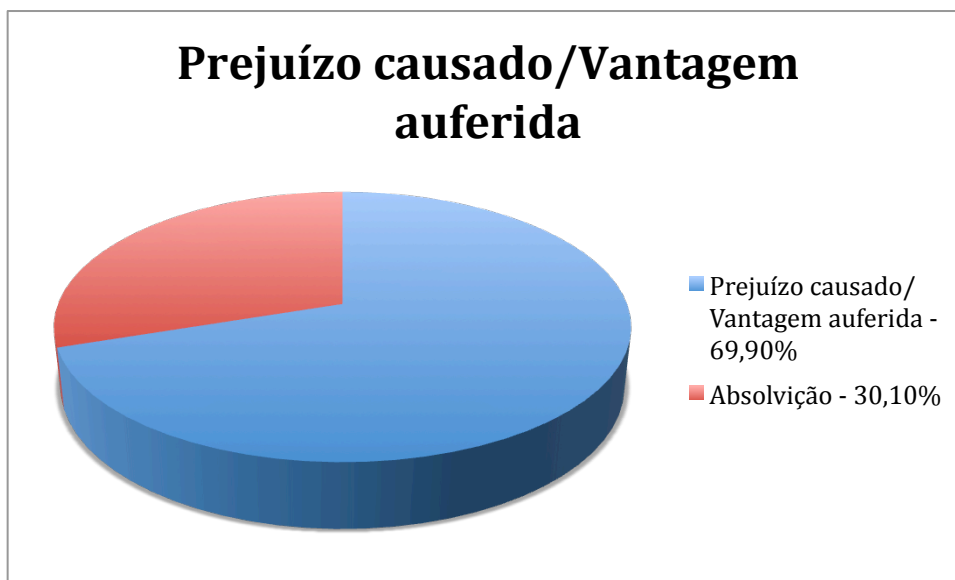


Gráfico 05 – Prejuízo causado ou vantagem auferida.

Deve-se ressaltar que, quanto ao termo “algum tipo de menção ao prejuízo causado pelo delito ou a vantagens auferidas pelos autores dos crimes a partir da conduta delituosa” deve-se entender qualquer menção direta ou indireta ao prejuízo causado pelo crime ou a vantagens auferidas pelo autor em razão da prática do delito.

No acórdão relativo ao formulário de número 74, por exemplo, há uma menção direta ao prejuízo causado, quando o magistrado de primeiro grau afirma o seguinte: “o denunciado [...] causou um prejuízo apurado em setembro de 2001, no valor de R\$ 222.763,37”.

Já o formulário de número 120 refere-se a um acórdão que aqui foi considerado como um caso de menção indireta à vantagem auferida, no ponto em que considera a informação de uma testemunha que afirma “que após a realização de medição da área plantada constatou-se uma redução no montante de quase quarenta por cento”. Considerou-se aí uma menção indireta à vantagem auferida pelo fato de que o valor específico pode ser alcançado a partir de avaliação desses 40% de área plantada.

Também, a título de exemplo, o formulário de número 140 refere-se a um acórdão que aqui foi considerado como um caso de menção indireta à vantagem auferida, pois indica a alienação repetida de um veículo FIAT Uno Mille (três vezes) e de um Ford Verona (quatro vezes) pela instituição financeira “com o fito de justificar a retirada da empresa de quantia equivalente ao preço do veículo

transacionado com prejuízo para os demais consorciados”. Considerou-se aí uma menção indireta à vantagem auferida pelo fato de que o valor específico pode ser alcançado a partir de avaliação desses veículos.

Por fim, nessas 72 condenações em que houve menção ao prejuízo causado ou à vantagem auferida foram pesquisado em quantas houve substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, chegando-se à 47,22% (34) de substituição, conforme Gráfico 06 a seguir.

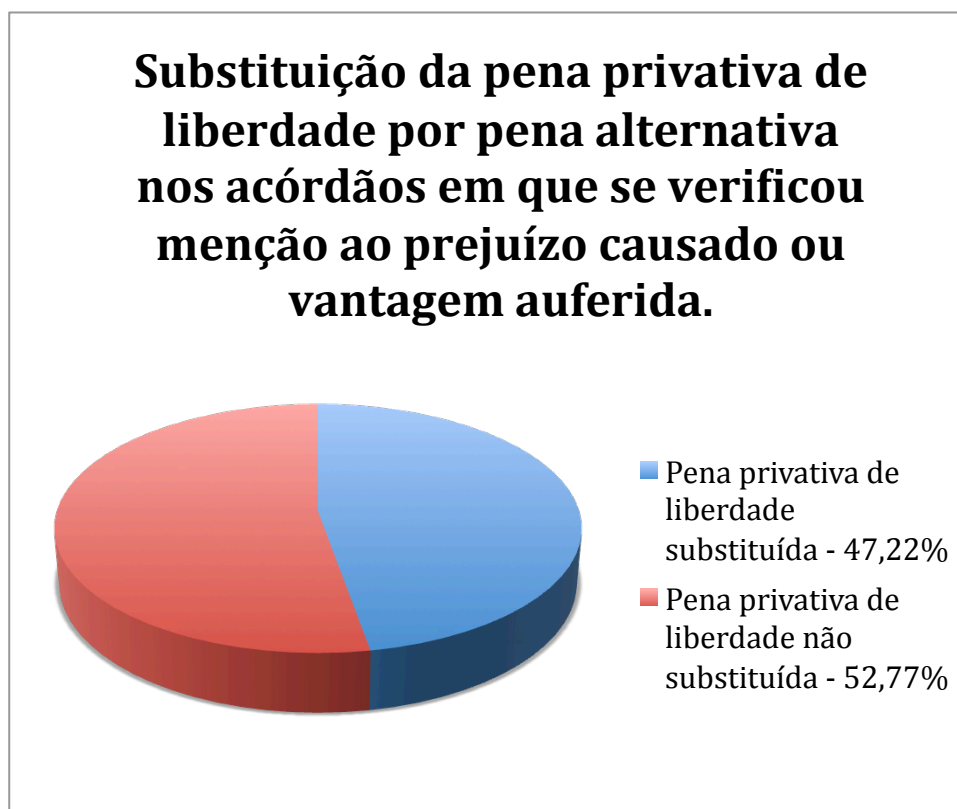


Gráfico 05 – Substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa nos acórdãos em que se verificou menção ao prejuízo causado ou vantagem auferida.

3.4 ANÁLISE QUALITATIVA

A partir da análise quantitativa promovida, alguns aspectos relativos à aplicação das penas alternativas aos crimes contra o sistema financeiro nacional se destacam.

Em especial, merecem ser analisadas: (i) a quantidade de absolvições, (ii) a delegação ao juízo da execução da escolha da pena alternativa cabível; (iii) a

ausência de cominação da pena de perda de bens e a eficiência, em termos de retribuição e prevenção dos crimes financeiros, das penas alternativas observadas.

3.4.1 A quantidade de absolvições

Conforme exposto, os processos analisados envolviam 161 réus, sendo que, desses, 64,59% (104) foram condenados, 34,61% (36) foram absolvidos, 15,38% (16) tiveram a punibilidade extinta pela ocorrência de prescrição, 2,48% (4) tiveram a capitulação do fato criminoso desclassificada para delito não consistente em crime contra o sistema financeiro nacional e 0,96% (1) teve a sentença absolutória de primeira instância desconstituída.

O índice de absolvições chama atenção quando comparado a outros estudos. Carolina Costa Ferreira, em análise de 564 decisões judiciais dos cinco Tribunais Regionais Federais sobre crimes de furto, roubo e peculato, nos anos de 2006 e 2007, identificou índices de absolvição de 31,2% nos crimes contra a administração pública e 9% nos crimes contra o patrimônio analisados (FERREIRA, 2010, p. 77-78).

Nos casos de absolvição que chegaram à segunda instância, a autora aponta que, quando se tratavam de crimes contra o patrimônio, 45,2% eram reformados e que, quando se tratava de crimes contra a administração pública, apenas 15,2% das decisões eram reformadas (FERREIRA, 2010, p. 81).

Acerca desses dados, a Ferreira conclui que

fica clara a opção dos tribunais em aumentar a punição aos processados por crimes contra o patrimônio, enquanto tal comportamento não é verificado nos casos dos crimes contra a administração pública (FERREIRA, 2010, p. 82).

Esse paralelo entre este trabalho e aquela pesquisa é importante pelo fato de os agentes delinqüentes nessas duas categorias de crimes serem similares, a saber, agentes hiperssuficientes, sendo que, inclusive, os crimes contra a administração pública e os crimes do colarinho branco são categorias que, por vezes, se imbricam.

Conforme já delineado no item 2.7, embora nessas duas categorias de crimes o bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal seja diverso, numa o sistema financeiro nacional (crimes do colarinho branco) e em outra a Administração Pública

(crimes contra a administração pública), em ambas, na maioria das vezes, tem-se o mesmo objeto da ação delituosa: o patrimônio. Soma-se a isso o fato já mencionado de que alguns dos crimes contra a Administração Pública se encaixam no conceito de crimes do colarinho branco por envolverem agentes hiperssuficientes.

Assim, é importante observar-se que o índice de absolvição lá verificado nos crimes contra a administração pública (31,2%) é o próximo daquele que aqui foi verificado para os crimes financeiros (21,73%), sendo que ambos são consideravelmente maiores que o índice encontrado por Ferreira para os crimes contra o patrimônio (9%).

Esse cotejo sugere que a “diferenciação de tratamento entre os condenados a crimes contra o patrimônio e crimes contra a administração, reproduzindo um sociedade desigual, de estrutura piramidal” parece ocorrer também nos crimes contra o sistema financeiro nacional, exatamente por também envolver “ricos/incluídos socialmente” (FERREIRA, 2010, p. 119-120).

3.4.1 A delegação ao juízo da execução da escolha da pena alternativa cabível

Na análise quantitativa das apelações criminais selecionadas, destaca-se a grande quantidade de acórdãos que deixam a cargo do juiz da execução a escolha da pena alternativa cabível para substituir a pena privativa de liberdade originariamente cominada.

Conforme exposto, em 49,39% (41) das substituições da pena privativa de liberdade a escolha da espécie de pena alternativa a ser aplicada foi deixada para o juízo da execução.

No item 1.5.4.3 deste trabalho, foi apresentada a sistemática de cominação das penas alternativas, a qual se inicia com a dosimetria da pena privativa de liberdade, passa pela fase de aferição dos critérios objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal e se finda com a escolha das penas alternativas que irão substituir a pena de encarceramento (conforme o inciso IV do art. 59).

Essa escolha das penas alternativas em espécie é pautada pela análise da tríade condenado-delito-modalidade de pena alternativa, à luz do art. 59, e que segue um modelo de chave-fechadura, no qual ao desenho do caso concreto deve-se amoldar e se encaixar o desenho da pena alternativa. De acordo com o Código

Penal, trata-se de um procedimento a ser empreendido pelo juiz que prolata a sentença, visto que se trata de penas, ainda que sejam alternativas.

Não é outra a conclusão a que leva o inciso III do art. 387 do Código de Processo Penal (CPP), ao estabelecer que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, aplicará as penas de acordo com suas conclusões:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões; (BRASIL, 1941).

Ora, uma sentença ou acórdão que estabelece a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, mas não especifica quais serão estas penas, deixando tal especificação para a fase de execução, não está, de fato, aplicando as penas, conforme determina o inciso II o art. 387 do CPP.

Em verdade, o que se tem em sentenças ou acórdãos desse tipo não é a aplicação da pena, mas sim a mera indicação da categoria de penas a ser aplicada (penas alternativas), categoria essa que encerra reprimendas bastante díspares entre si, como a limitação de final de semana e a perda de bens e valores, por exemplo.

As sentenças ou acórdãos não podem ser genéricos a ponto de o condenado não saber a que tipo de punição será submetido. Simplesmente anunciar a substituição da pena privativa de liberdade, mas não indicar quais dessas penas deverão ser cumpridas pelo condenado, é afrontar o que estabelece o inciso II do art. 387 do CPP.

A individualização da pena é justamente a especificação da reprimenda, quanto à espécie e ao montante, para um dado perfil do acusado, de maneira única e distinta dos outros infratores (NUCCI, 2009, p.34).

Assim, a fase de individualização da pena não pode ser empreendida pelo magistrado de forma “mecanizada” ou “computadorizada”, “prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto” (NUCCI, 2009, p. 34).

É exatamente isso que se verificou nos acórdãos analisados, diante da constatação de que em 49,39% deles não foram especificadas as espécies de penas alternativas, tendo ficado tal procedimento a cargo do juiz da execução.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão em *habeas corpus*, também entende ser da competência do juiz sentenciante, e não do juízo da

execução, a escolha das penas alternativas em espécie:

Cumpra ao órgão sentenciante, e não ao juízo da execução, a individualização da reprimenda imposta [...]. Habeas Corpus concedido parcialmente para, mantidas a condenação e a sua conversão em pena restritiva de direitos, determinar que o magistrado sentenciante defina as penas restritivas de direitos a serem aplicadas de acordo com as peculiaridades do caso e com a situação de cada co-réu (BRASIL, 2004).

Tratava-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual não conheceu de *habeas corpus* que trazia alegação de nulidade da sentença condenatória que não especificou as penas alternativas que substituiriam a pena corporal aplicada, especificação essa que ficou a cargo do juízo da execução, tal qual se observou recorrentemente nos acórdãos analisados neste trabalho.

O Min. Carlos Britto, em seu voto, afirma que compete ao órgão sentenciante a individualização da reprimenda, nela se incluindo as penas alternativas, conforme dispõem os artigos 59 e 44, §2º, do Código Penal e o art. 387 do Código de Processo Penal, enquanto que ao órgão executor da pena cabe somente dizer sobre as condições de cumprimento da sanção imposta. Deixar a especificação da pena alternativa para o juízo da execução, segundo o referido voto, configura nulidade da parte da decisão que assim dispõe, conforme excerto a seguir.

Do mesmo modo, é de ser acolhida a pretendida nulidade da sentença condenatória no ponto em que substituiu as penas privativas de liberdade aplicadas, limitando-se a consignar que a dita substituição dar-se-ia “por duas restritivas de direito, para cada réu, a serem definidas pelo juízo da Execução” (fls. 366/382). Como já afirmado, compete ao órgão sentenciante a individualização da reprimenda, nela se incluindo a fixação das penas restritivas de direitos substituídas, nos termos dos arts. 59 e 44, §2º, ambos do CP e do art. 387 do CPP. Mesmo porque a modalidade da pena a ser aplicada faz parte desse mesmo processo de individualização, que compete ao juízo da condenação, enquanto que ao juízo da execução cabe dizer sobre as condições de cumprimento da sanção imposta (BRASIL, 2004).

De maneira semelhante, no *Habeas Corpus* nº 68.582/DF, o Supremo Tribunal Federal admite ilegalidade no procedimento que aqui se discute, visto que é o juiz da condenação quem deve, não apenas substituir a pena encarcerante, como também especificar quais serão as penas alternativas aplicadas, pois o juiz da execução apenas executa as penas previamente fixadas pelo órgão sentenciante, fundamentando tal argumento, também, de acordo com o disposto nos artigos 59 e 44, §2º, do Código Penal e o art. 387 do Código de Processo Penal. Segundo esse *habeas corpus*, tal procedimento implica em nulidade absoluta, posto que violado o direito ao devido processo legal.

Portanto, conforme esses argumentos, nos acórdãos em que o órgão

sentenciante deixou para o juiz de execução selecionar as penas alternativas cabíveis, dever-se-ia ter a declaração de nulidade desse trecho do *decisum*.

Observe-se também que tampouco faz parte da competência do juízo da execução a especificação das penas alternativas que substituirão a pena privativa de liberdade do réu. O art. 66 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84 - LEP), que estabelece as competências do juiz da execução, não prevê a escolha de penas alternativas.

De acordo com esse dispositivo, no que tange às penas alternativas, cabe ao juízo da execução apenas determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução e determinar a conversão, seja da restritiva de direitos em privativa de liberdade, seja o inverso. Recorde-se que a conversão, conforme exposto no item 1.5.4.4, é o incidente de execução no qual uma pena em cumprimento é convertida em outra modalidade de pena, em face do cumprimento de requisitos ou de determinadas ações ou omissões do condenado, podendo ser liberativa, quando um condenado não beneficiado inicialmente por pena alternativa tem sua pena privativa de liberdade substituída durante o cumprimento da pena cominada, ou detentiva, que ocorre quando o condenado a pena restritiva de direito descumpre injustificadamente a restrição imposta e tem sua pena convertida em pena privativa de liberdade.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

V - determinar:

- a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;
- b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;
- c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; (BRASIL, 1994)

Assim, não se encontra no rol de competências do juízo da execução estabelecer as espécies de penas alternativas que substituirão a pena privativa de liberdade originariamente cominada ao condenado.

Apenas um acórdão apresenta fundamentação jurídica para esse procedimento, o qual é irregular, ressalte-se, visto que não atende ao disposto no inciso II do art. 387 do CPP e nem ao art. 66 da LEP. Trata-se do acórdão relativo ao formulário de numero 59.

Referida decisão substitui a pena privativa de liberdade originariamente cominada ao réu por duas penas restritivas de direito a serem definidas pelo juízo da execução e aponta, como fundamentos jurídicos para tal procedimento o art. 147 e

os incisos I e II do art. 149, todos esses dispositivos da Lei de Execução Penal:

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, I, do CP) a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal (art. 147 c/c art. 149, incisos I e II da LEP) (BRASIL, 2010)

Esses dispositivos não autorizam, de modo algum, que acórdão ou sentença disponham de maneira genérica acerca da pena alternativa a ser cominada e deleguem ao juízo da execução a escolha das penas alternativas em espécie que irão substituir a pena privativa de liberdade.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

[...]

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;

II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

Em verdade, o art. 147 estabelece exatamente o oposto, ao dispor que o Juízo da Execução promoverá a execução da pena restritiva de direito, o que pressupõe que a espécie de pena alternativa a ser executada já tenha sido escolhida na condenação.

Ademais, os incisos I e II do art. 149 da LEP são dispositivos específicos para a pena de prestação de serviços à comunidade e nada têm a ver com a escolha das penas alternativas pelo juiz da execução.

Esses incisos estabelecem a competência do juiz da execução para escolher a entidade na qual o condenado prestará a pena de serviços à comunidade, se a essa pena ele tiver sido condenado. Não se trata, portanto, de dispositivo que, eventualmente, autorize o juiz da execução a especificar quais penas alternativas serão cominadas ao réu.

Ressalte-se que, não foi possível aferir se esse fundamento justificador da delegação da cominação da pena ao juiz da execução é padrão ou não, pois, conforme exposto, como se não bastasse não especificar as penas alternativas cominadas, as decisões não apresentaram fundamentação jurídica para esse procedimento. Em verdade, como foi dito, apenas um dos acórdãos analisados trouxe fundamentação a esse respeito.

Por fim, deve-se observar que somando-se a quantidade de acórdãos que

deixam a cargo do juiz da execução a escolha da pena alternativa cabível (41 condenações ou 49,39% do total) com a quantidade de decisões que cominaram foi cominada prestação de serviços a comunidade (12 condenações ou 14,45% do total) chega-se a 53 acórdãos (63,84%).

Disso conclui-se que na maioria das condenações (63,84%) a reprimenda foi a mesma (ou delegação ao juízo de execução ou pena alternativa de prestação de serviços à comunidade) o que demonstra um grau razoável de padronização das decisões, fato corroborado pela quase total ausência de fundamentação para o procedimento de delegação da escolha da pena alternativa par ao juízo da execução.

É exatamente o que Nucci chama de individualização da pena de forma “mecanizada” ou “computadorizada” (2009, p. 34) e que traz prejuízos às finalidades da pena, pois sem uma análise detida acerca dos itens listados no art. 59 (culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima), a pena escolhida deixa de ter relação com o delito e o agente delinqüente e não atinge os fins de prevenção e de retribuição que deveria atingir.

3.4.2 A ausência de cominação da pena de perda de bens

Salta aos olhos, nas estatísticas resultantes da análise quantitativa, a ausência de cominação da pena de perda bens. Em que pese, conforme se demonstrou no item 2.7, o fato de a pena de perda de bens apresentar um desenho peculiar, o qual a torna adequada para a punição dos crimes contra o sistema financeiro, não se observou o uso dessa pena em nenhum dos acórdãos avaliados.

Excluindo-se os casos de não informação da pena alternativa aplicada e de delegação da escolha da pena ao juízo da execução, em 41,47% das apenações observou-se aplicação de prestação de serviços e em 27,65% constatou-se prestação pecuniária, cabendo os percentuais restantes a casos de limitação de fim de semana, multa e interdição de direitos. Não se viu, portanto, nenhuma aplicação da pena de perda de bens.

É claro que a pena de perda de bens somente pode ser aplicada se houver

prejuízo causado pelo cometimento do delito ou se houver vantagem auferida pelo agente em decorrência da prática do crime. Isso porque, conforme explicado no item 2.2, o §3º do art. 45 estabelece que o valor do perdimento terá como teto o que for maior, ou o montante do prejuízo causado pela conduta delituosa do agente ou a vantagem econômica auferida pelo agente ou por terceiros como decorrência da prática do delito. Assim, a perda de bens não pode ser aplicada nos crimes em que não resta prejuízo à vítima ou provento ao agente ou a terceiro, por não se poder determinar o alcance da perda.

De fato, há crimes contra o sistema financeiro nacional que, não necessariamente, causam prejuízo ou, até mesmo, não implicam em vantagem para os agentes delinquentes. O formulário de numero 86 dessa pesquisa traz no voto do relator do acórdão a que se refere um exemplo de ausência de prejuízo:

Acerca da ausência de danos a terceiros ou ao Estado alegada pelo apelante, tenho que o bem protegido no art. 16 da Lei 7.492/86 é o correto funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e sua credibilidade pública. Trata-se de crime formal, isto é, independe do resultado naturalístico para sua consumação, que se considera atingida com a simples prática da conduta incriminada.

No entanto, tal limitação da pena de perda de bens não justifica a ausência de sua cominação constatada nos acórdãos observados. De fato, mostrou-se que das 72 condenações em que houve menção ao prejuízo causado ou à vantagem auferida, em 47,22% (34) houve substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, conforme Gráfico 06 já exposto.

Essas 34 condenações são justamente as condenações-alvo da pena de perda de bens no universo de acórdãos analisados, visto que se trata de crimes do colarinho branco, passíveis de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa e cuja decisão menciona, direta ou indiretamente, o prejuízo causado pelo crime ou a vantagem auferida pelo agente delinquente, ou seja, essas condenações satisfazem todos os requisitos da aplicação da referida pena pecuniária.

O fato de não se aplicar a pena de perda de bens traz alguns problemas relacionados à punição dos crimes contra o sistema financeiro, em especial no que diz respeito ao mandamento do art. 59 do Código Penal de que as penas devem promover a retribuição e a prevenção.

Conforme delineado no item 2.7, outras penas alternativas não tem o condão de alcançar o mesmo grau de prevenção e retributividade que a pena de perda

bens.

Assim, quanto à prestação de serviços à comunidade, por exemplo, que ocupou a porcentagem de 12% das penas alternativas observadas nos acórdãos analisados, já foi exposto que ela, juntamente com a limitação de final de semana (constatada em 1,20% dos acórdãos estudados) padece de caráter retributivo, pois não sendo pena patrimonial, não retribui aos agentes perpetradores os prejuízos por eles causados e as vantagens por eles auferidas (vide item 2.7).

A prestação pecuniária tampouco tem melhor sorte. Essa modalidade de pena alternativa, observada em 8% das punições nos acórdãos analisados, não é capaz de retribuir à altura os prejuízos decorrentes dos crimes contra o colarinho branco ou as vantagens auferidas pelos agentes desses delitos, isto é, ela é ineficiente em termos retributivos.

Ademais, justamente por ser uma pena que varia de R\$ 545,00 a R\$ 196.200,00, no que tange à macrocriminalidade, que envolve cifras relativamente altas, a prestação pecuniária não promove prevenção, pois as vantagens auferidas são muito maiores do que esses valores.

Em termos concretos, no acórdão pesquisado e identificado nos formulários nº 64 e 65, por exemplo, indica-se um prejuízo superior a R\$ 800.000,00 e a prestação pecuniária cominada foi de R\$ 136.250,00 (250 salários mínimos), o que ilustra exatamente o que se quer demonstrar aqui.

No formulário nº 82, ocorre o mesmo. O acórdão indica um prejuízo, decorrente da prática do delito, no valor de R\$ 2.321.688,15, e indica a cominação de prestação pecuniária no valor de R\$ 2.180,00 (4 salários mínimos).

Observe-se que, então, em juízo de custo benefício feito pelos agentes diante da violação da lei, acaba sendo vantajoso, em termos patrimoniais, praticar crimes do colarinho branco e ser apenado com prestação pecuniária. O máximo que ocorreria, sem a aplicação da pena de perda de bens, seria a perda da vantagem ilícita auferida a título de efeito condenatório, de forma que o patrimônio do condenado antes da prática do delito seria o mesmo que ele teria depois, de forma que, ainda assim, não haveria retribuição alguma.

Em relação à pena de multa, o mesmo ocorre, sendo ela não proporcional à gravidade dos crimes contra o sistema financeiro nacional, havendo vários acórdãos em que o valor da multa não alcançou o prejuízo provocado ou a vantagem auferida pelo cometimento do crime.

Ao lado do problema do *quantum* da multa, tem-se também a já apontada questão da eficácia da execução da pena de multa que não produz bloqueio ou confisco imediato do valor, mas sim, em geral, cria uma dívida com o poder público, a qual pode, eventualmente, não ser paga pelo condenado e terá a execução delegada à Procuradoria Fiscal.

Assim, pela ausência de aplicação da pena de perda de bens, a retribuição e prevenção aos crimes contra o sistema financeiro nacional ficaram prejudicadas nos acórdãos analisados, visto que eles apresentaram como punição a esses delitos penas alternativas que não são adequadas.

A exceção fica por conta da pena de interdição de direitos, que foi cominada na decisão analisada no formulário nº 72 em que um dos réus, gerente de instituição financeira, foi condenado à prestação de serviços à comunidade e à interdição de direitos.

Conforme o item 2.7, a interdição de direitos cumpre um papel importante na prevenção especial aos crimes contra o sistema financeiro nacional, já que, ao afastar o agente de suas funções, impede a reincidência.

No caso do acórdão citado, o réu punido com essa pena era gerente de instituição financeira, o que demonstra exatamente a adequabilidade da interdição de direitos nesse caso, uma vez que o afastamento da função impede o uso da instituição financeira para a promoção de crimes do colarinho branco (crime de gestão fraudulenta, no caso desse acórdão).

Entretanto, a interdição de direitos, com relação à macrocriminalidade, é praticamente desprovida de retributividade, por não atacar o patrimônio do condenado, e de prevenção geral, posto que é temporária, o que a faz padecer de caráter intimidatório.

Assim, sendo no item 2.7 foi proposto que essa pena fosse aliada à pena de perda de bens, o que não ocorreu neste formulário: a interdição de direitos foi cominada conjuntamente com a pena de prestação de serviços à comunidade.

Ainda que tenham sido analisados apenas acórdãos do Tribunal Regional da 1ª Região na janela de tempo aqui especificada, outros estudos, quando aliados a este, apontam na direção de que a pena de perda de bens é uma ficção jurídica e sua ausência nas condenações é generalizada na justiça criminal brasileira.

Neves (2008, p. 168 e 169) indica que a “perda de bens e valores é muito pouco utilizada pelos juízes” e aponta um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª

Região como uma das raras ocorrências dessa modalidade de pena¹⁵.

Nesse acórdão, conforme defendido neste trabalho, ressalta-se a importância da pena de perda de bens como reprimenda aos crimes do colarinho branco, conforme se depreende da ementa abaixo.

Crime. Falta de recolhimento. Contribuições previdenciárias. Pena. Dosimetria. Substituição. “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, preferentemente 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 – 1o T. – 4o R. – ACR – Ap. Crim. Proc. 96.04.58814-1/UF – DJ. 27.01.1999 – Rel. Fábio Rosa).

No mesmo sentido, Cardoso (p. 111-113), em pesquisa de campo na qual analisou sentenças prolatadas nas 20^a e 25^a Varas Criminais do Foro Central da Comarca de São Paulo, no Período de março do ano de 1999 a setembro de 2000, o que equivaleu a 3.813 sentenças, identificou 750 decisões em que a pena privativa de liberdade era passível de ser substituída por pena alternativa. Nos casos analisados pela pesquisadora, tal qual neste trabalho, não foi identificada nenhuma substituição por pena de perda de bens. Em que pese se tratar de justiça estadual, a autora relata sentenças condenatórias por crime de receptação (art. 180 do Código Penal) e por estelionato (art. 171 do Código Penal), às quais seria adequada a pena de perda de bens, conforme já exposto aqui.

Moreira em estudo acerca da aplicação das penas alternativas pela Justiça criminal do Estado da Bahia, remeteu formulários a 800 unidades amostrais compostas por Juízes de Direito (da Justiça Comum Estadual e da Federal, bem como os Desembargadores) e membros do Ministério Público (Promotores, Procuradores de Justiça e da República), obtendo um retorno entre 12%, com o objetivo de identificar o quadro de aplicação das penas alternativas na Bahia e com objetivos específicos de avaliar quantitativamente o nível de aplicação de tais penas.

Nesse estudo, o pesquisador indica que apenas 3,91% dos profissionais consultados propuseram ou aplicaram a pena de perda de bens.

Portanto, os resultados do estudo que aqui se promove e das pesquisas citadas parece deixar claro que a pena de perda de bens, de fato, é muito pouco

¹⁵ Apelação criminal 96.04.58814-1/RS

aplicada.

Quanto aos motivos da não aplicação da pena de perda de bens nas decisões analisadas, eles não foram investigados neste trabalho e merecem estudo posterior, a fim de determinar o que têm levado os magistrados a abdicarem dessa reprimenda.

No entanto, algumas causas para esse fenômeno podem ser propostas a partir do que foi discutido na parte 2 deste trabalho. Por exemplo, as insuficiências do modelo atual de pena de perda de bens no Brasil, apontadas no item 2.9, parecem explicar, ao menos em parte, a ausência de pena de perda de bens nos acórdãos analisados.

Nesse sentido, a lacuna legislativa em não se especificar quais bens serão alvo do perdimento, ainda que possa ser suplantada pela analogia com o processo civil, pode inibir alguns magistrados.

De maneira análoga, a celeuma em torno da falta de clareza do Código Penal em indicar a natureza dos bens sobre os quais recai a pena de perda de bens (se sobre o patrimônio lícito ou ilícito do condenado) pode esvaziar o seu uso, visto que uma futura alegação de nulidade pelo fato de a pena de perda de bens ter recaído sobre o patrimônio ilícito pode levar a uma reforma da sentença.

Por mais que os argumentos aqui apresentados demonstrem ser a pena de perda de bens incidente sobre o patrimônio lícito do condenado, a falta de consenso na literatura certamente recai, também, sobre os magistrados.

Outro fator pode ser a ausência de um procedimento executório específico para a pena de perda de bens, que, como dito, pode inibir a utilização dessas penas pelos magistrados, diante do receio de não conseguirem a tornar exequível, ainda que as analogias com o Código de Processo Civil, aqui apontadas, sejam solução viável para esse problema.

Essa ausência de consenso em relação à dogmática da pena de perda de bens também é apontada por Neves (2008, p. 169), que acredita “que isso ocorre em face das discussões doutrinárias” que cercam essa reprimenda.

Outra possível causa do fenômeno aqui destacado é a massificação das decisões judiciais, que apresenta uma padronização das penas aplicadas, sem se preocupar com a individualização da pena e com o que determina o art. 59 do Código Penal.

A constatação de que na maioria das condenações (63,84%) a reprimenda foi a

mesma (ou delegação ao juízo de execução ou pena alternativa de prestação de serviços à comunidade) indica a repetição mecanizada e irrefletida da punição aos crimes do colarinho branco, o que parece ser uma das causas para a não cominação da pena de perda bens.

Tem-se aí, então, uma falta de preocupação do judiciário em punir os crimes do colarinho branco com a pena a eles mais recomendável (a perda de bens), o que é indicativo de que as instâncias de controle não dispensam muita atenção aos crimes contra o sistema financeiro, contentando-se em simplesmente repetir a pena aplicada em casos similares anteriores.

Nesse sentido, por exemplo, também Castilho (2001, p. 285 e 286), em conclusão à análise de 682 casos rastreados em todo o Brasil, relativos a condutas enquadradas na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, como crimes contra o sistema financeiro, no período de janeiro de 1987 a julho de 1995 aponta para “a pouca importância conferida pelas instâncias formais às condutas prejudiciais ao sistema financeiro, ainda que subsumíveis à Lei n. 7.492”.

Poder-se-ia, ainda, no plano criminológico, cogitar se haveria alguma tolerância do Judiciário com os macrocrimes, a qual levaria, eventualmente, à cominação de penas alternativas mais brandas, tais como a prestação pecuniária, a multa ou a limitação de final de semana.

Essa tolerância é apontada por diversos autores e deve ser investigada. Por exemplo, Castilho (2001, p. 272), citando Batista, aponta que “os tribunais são, ordinariamente, complacentes com os casos de Direito Penal Econômico que chegam a seu conhecimento e julgamento”.

No mesmo sentido aponta Séverin (1979, p. 12), para quem “a cumplicidade mais ou menos admitida das autoridades e banqueiros, assim como a falta de controle por parte do estado, convergem para sustentar a delinquência dourada.

Um indício dessa tolerância do judiciário com os crimes financeiros aparece na pesquisa de Marina Quezado Grosner, a qual indica que os crimes financeiros figuram como o maior beneficiado por decisões de trancamento de processos penais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no trecho a seguir.

Pesquisa realizada por Marina Quezado Grosner (2008, p. 128) sobre a seletividade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que, no universo do Habeas Corpus impetrados ao STJ entre 1989 e 2004, os crimes de maior ocorrência nas decisões por trancamento são os crimes, seguidos pelos crimes contra a honra e crimes contra o patrimônio (FERREIRA, 2010, p. 77-78).

De maneira similar, essa tolerância do judiciário com os réus hiperssuficientes também é apontada por Barreto e Castilho, conforme trecho a seguir.

Na construção da realidade que fazem os juízes, não se nega a influência das impressões do juiz sobre o comportamento do indivíduo, a partir de seus *second codes*, marcados, por exemplo, pela concepção particular que o juiz tenha sobre determinado tipo de crime ou característica da pessoa. Por exemplo, a tendência por parte dos juízes, mostrada em estudo empírico dos *second codes*, de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos dos estratos médios e superiores e de buscar a criminalidade nos indivíduos de estratos inferiores, onde seria “normal” encontrá-la (ANDRADE, 2003a, p.280, CASTILHO, 2001, p.55). Sem falar na perversa relevância do “passado”, levado em conta para efeitos de credibilidade do indivíduo e expresso nos antecedentes criminais, e que desconsidera o fato de que tal “passado” é o “passado” conhecido, criado pelo próprio tribunal, preferencialmente para os membros das classes inferiores (DIAS e ANDRADE, 1997, p.546-547). (BARRETO & CASTILHO, 2008, p. 55 – itálicos dos autores)

No entanto, neste trabalho não se debruçou sobre o texto das decisões, em busca de aspectos do discurso que pudessem apontar para essa complacência do Judiciário com os crimes do colarinho branco a partir da ausência de cominação da pena de perda de bens, isso porque não foi possível identificar no texto das decisões elementos que pudessem servir de substrato para tal análise. Nesse sentido, recorde-se que em quase metade das condenações sequer as penas alternativas eram especificados, ficando essa determinação a cargo do juízo da execução.

Outra possível causa para o não uso da pena de perda de bens seria a falta de preparo do Poder Judiciário para lidar com os crimes financeiros. Conforme expõe Séverin (1979, p. 7), praticamente toda a atividade jurisdicional penal volta-se para formas convencionais do comportamento anti-social, de forma que quando o Estado-julgador se depara com delitos não-convencionais, como é o caso daqueles que compõem a macrocriminalidade, ele parece continuar se valendo dos meios convencionais.

Assim, a não apenação dos macrocrimes com a pena de perda de bens poderia ser reflexo da falta de preparo do Judiciário e dos profissionais do Direito em lidar com as peculiaridades dos crimes financeiros ou, até mesmo, de não estarem familiarizados com essa modalidade de pena alternativa.

Até mesmo na literatura sobre o tema a pena de perda de bens e valores é pouco explorada e estudada. Autores que se dedicam a isso, em geral, não apresentam um conteúdo robusto acerca da perda de bens e valores.

De toda sorte, essas são apenas eventuais perspectivas acerca dos motivos que levam os magistrados a não lançarem mão da pena de perda de bens para

apenas, alternativamente, os crimes do colarinho branco, ainda que as peculiaridades dessa pena demonstrem ser ela altamente recomendável para essa classe de delitos.

CONCLUSÃO

A pena de prisão, a partir de seu auge na segunda metade do século XIX, iniciou um processo de decadência que culminou, entre outras coisas, com a adoção de medidas alternativas ao encarceramento, o que fez parte de um movimento mais amplo de questionamento do próprio sistema penal, a partir de correntes como a abolicionista e a garantista.

No fluxo desse movimento desencarcerizante, surgem no Brasil as leis de números 7.209, de 11/07/1984 e 9.714, de 25 de novembro de 1998, as quais reformaram o Código Penal no sentido de prever penas alternativas para substituição das penas privativas de liberdade e a elas conferir autonomia.

A gama relativamente ampla de penas alternativas previstas em espécie por essas duas leis possibilita que a punição aos diversos tipos de delitos seja mais individualizada e adequada, indo além da tábula rasa feita pela pena de prisão, que era aplicada indistintamente, para qualquer crime cometido.

De fato, observou-se aqui que cada espécie de pena alternativa possui um desenho próprio, com nuances e características específicas, o que as tornam mais ou menos adequadas para a punição deste ou daquele delito e diante deste ou daquele condenado, seguindo um modelo de chave-fechadura, no qual ao desenho do caso concreto deve se amoldar e se encaixar o desenho da pena alternativa.

A partir dessa característica das penas alternativas, lateralmente à finalidade desencarcerizante, acabou surgindo, na figura da pena alternativa de perda de bens, um instrumento de alta eficiência no combate aos crimes do colarinho branco, que, conforme demonstrado, apresenta eficiente retribuição, prevenção geral e prevenção especial quando aplicada a essa categoria de delitos.

No entanto, em que pese a especificidade e a adequação desta pena para punir os macrocrimes no âmbito das penas alternativas, quando analisados os acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não se constatou uma única condenação à perda de bens e valores.

O que foi constatado é que em 49,39% (41) das condenações analisadas (a escolha da pena alternativa cabível foi deixada a cargo do juízo da execução; em 21,68% das condenações (18) a substituição ocorreu, mas o acórdão não informava por quais espécies de penas alternativas ela se deu; em 14,45% (12 condenações)

foi cominada prestação de serviços; em 9,63% (8 condenações) foi aplicada prestação pecuniária; em 2,4% (2 condenações) houve aplicação de multa; em 1,20% (1 condenação) houve interdição de direitos e em 1,20% (1 condenação) constatou-se a substituição por limitação de final de semana.

Com isso, as finalidades retributivas e preventivas da pena ficaram seriamente prejudicadas nesses casos, afastando a punição daquilo que é estabelecido pelo art. 59 do Código Penal, especialmente de seu caráter retributivo e preventivo.

As penas alternativas identificadas nos acórdãos não são dotadas do mesmo grau de prevenção e retributividade que a pena de perda de bens, em relação aos crimes financeiros.

De fato, além de a maioria dos macrocrimes permitir a substituição da prisão por penas alternativas, aqui foi demonstrado que nos macrocrimes o patrimônio do agente é utilizado como instrumento do crime, de sorte que para o mau uso do patrimônio, tem-se a perda dele, isto é, a pena de perda de bens contempla a retributividade nesses delitos já que ela retribui com a perda de bens o condenado que se locupletou criminosamente

Ademais, essa reprimenda ao privar o agente de seu patrimônio, retira dele o instrumento que o possibilitou delinquir, impedindo ou dificultando novo crime de mesma natureza, ou seja, promove a prevenção especial.

Ao mesmo tempo, a pena de perda de bens promove também a prevenção geral, pois transmite a ideia de que o criminoso, se condenado, perderá, além do patrimônio ilícito, parte do patrimônio lícito, ficando em situação econômica mais desfavorável do que antes do crime.

Nesse mesmo sentido, as análises dos acórdãos demonstraram que os valores envolvidos na prestações pecuniárias identificadas são insuficientes quando se trata de macrocrimes, sendo bastante inferior às cifras envolvidas nos crimes de colarinho branco, tornando essa modalidade inadequada, em termos de retribuição e prevenção, para apenar esses delitos.

O mesmo foi constatado para a pena de multa, não sendo ela proporcional à gravidade dos crimes contra o sistema financeiro nacional, havendo vários acórdãos em que o valor da multa não alcançou o prejuízo provocado ou a vantagem auferida pelo cometimento do crime.

Quanto à prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em

que pesem ter se mostrado como a pena alternativa mais aplicada nos acórdãos, conforme exposto, ela não possui caráter retributivo em relação ao macrocrimes, pelo fato de não ser patrimoniais e não retribuírem os prejuízos causados ou as vantagens por auferidas, o mesmo valendo para a limitação de fim de semana, ainda que possam servir de segunda opção em um cenário de aplicação conjunta com apenas de perda de bens.

A exceção fica por conta da pena alternativa de interdição de direitos, a qual apresenta forte prevenção especial em relação aos macrocrimes, posto que, ao afastar o agente de suas funções, impede a reincidência.

Por outro lado, a interdição de direitos é praticamente desprovida de retribuição e prevenção geral, de maneira que deve ser aliada à pena de perda de bens. A cominação conjunta dessas duas modalidades é um verdadeiro coquetel anti-macrocriminalidade, visto que afasta o agente da função ou lugar que lhe permite delinquir e o asfixia patrimonialmente, promovendo, de maneira ímpar, a retribuição e as prevenções geral e especial, em relação à chamada “criminalidade dourada”. Em que pese isso, a pena de perda de bens não foi observada nos acórdãos analisados e a interdição de direitos foi constatada em apenas 1 (um) acórdão.

Essa primazia da pena de perda de bens parece então ficar reforçada a partir dos acórdãos analisados, principalmente diante da patente insuficiência da prestação pecuniária e da pena de multa, as quais apresentam valores irrisórios diante da altíssima danosidade dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Deve-se ressaltar também que, na grande maioria das condenações (49,39%), o juiz da condenação deixou a cargo do juízo da execução a escolha das penas alternativas, o que prejudicou eventual identificação da pena de perda de bens nesses acórdãos.

A não especificação das penas alternativas a serem aplicadas constitui flagrante ilegalidade, por afronta aos artigos 59 e 44, §2º, do Código Penal e ao art. 387 do Código de Processo Penal, bem como se apresenta como ofensa ao princípio do devido processo legal.

Em verdade, esse fenômeno da delegação ao juízo da execução da escolha da pena alternativa cabível parece compor um cenário de padronização das sentenças e acórdãos, isto é, uma terraplanagem das decisões judiciais verificadas e que prejudica os fins retribuição e prevenção da pena.

A constatação de que na maioria das condenações a punição foi a mesma (ou delegação ao juízo de execução ou pena alternativa de prestação de serviços à comunidade) indica a repetição mecanizada e irrefletida de decisões, o que, além de ser uma das causas para a não cominação da pena de perda bens, demonstra a pouca importância conferida pelas instâncias formais às condutas prejudiciais ao sistema financeiro, ainda que subsumíveis à Lei nº 7.492 outrora apontada por Castilho.

De fato, não foi objeto desse estudo identificar as causas que levaram a esse panorama de não-aplicação da pena de perda de bens, já que os acórdãos não proporcionaram material suficiente para tal análise, o que merece investigações posteriores por meio de outras ferramentas.

Entretanto, a análise aqui empreendida permite apontar possíveis causas para o fenômeno observado nos acórdãos além da já apontada decisão padronizada.

Por exemplo, ainda que contornados e solucionados na parte 2 deste trabalho, o silêncio legislativo acerca de quais bens devem ser alvo do perdimento, em especial, se a pena incide sobre o patrimônio lícito ou ilícito do condenado, e a ausência de um procedimento executório específico podem contribuir para o tímido uso da pena de perda de bens.

Pode-se considerar, ainda, como causa do fenômeno, a falta de preparo do Judiciário e de profissionais do Direito para lidar com os crimes financeiros e, em especial com a pena de perda de bens, veja-se, por exemplo, o pouco espaço dedicado a essa pena pelos autores que versam sobre penas alternativas.

No plano criminológico, pode-se cogitar de eventual tolerância do Judiciário com os macrocrimes, o que levaria à adoção de penas alternativas mais brandas em face da pena de perda de bens.

Essa hipótese é corroborada pela constatação de que os índices de absolvição verificados são próximos daqueles constatados por Ferreira, sendo que ambos são bem maiores que o índice de absolvição para os crimes contra o patrimônio (9%). Essa comparação demonstra diferenciação de tratamento entre os condenados a crimes contra o patrimônio e crimes contra o sistema financeiro nacional, exatamente porque estes últimos envolvem agentes hipersuficientes.

De toda essa análise, conclui-se, então, que é necessário que o combate aos crimes do colarinho branco seja pautado pela asfixia econômica dos agentes

envolvidos nesses delitos. E para esse objetivo a pena de perda de bens é a melhor solução apresentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, dado que, diante de crimes que têm como espinha dorsal o auferimento de vantagens econômicas, ela apresenta retributividade e prevenção não alcançadas por nenhuma outra pena.

As falhas e inconsistências do modelo brasileiro de pena de perda de bens aqui apontadas parecem ser contornadas com as soluções que foram apresentadas. Em especial, com as analogias com o Processo Civil e com a construção argumentativa que demonstra incidir a pena de perda de bens sobre o patrimônio lícito do condenado, essa reprimenda mostra-se em condições de ser utilizada.

Ou seja, em que pese a pena de perda de bens apresentar, no Brasil, regulação deficiente, nada obsta seu uso e, mais, ela encontra-se em plenas condições de punir os macrocrimes com uma eficiência não apresentada pelas outras modalidades de pena.

Apesar disso, os estudos mostraram que, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª região, a pena de perda de bens não passa de uma ficção jurídica, não tendo sido encontrada em nenhum processo. Cabe, futuramente, a pesquisa de uma quantidade maior de acórdãos para que tal conclusão reste solidamente caracterizada.

De toda sorte, não se pode admitir que, após mais de 12 anos de vigência da Lei nº 9.714/98, nenhuma pena de perda de bens tenha sido cominada nos processos que aqui foram analisados, o que, ao não punir adequadamente os agentes hiperssuficientes, esvazia, no plano concreto, um instrumento bastante eficiente e adequado para combater a criminalidade dourada e contribui com a tantas vezes apontada seletividade do sistema penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 6ª Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMICO, Carla Campos. Lei 9.714/98 – Primeiras Considerações. **Boletim IBCrim**, Encarte Especial Lei Nº 9.714/98, Ano 6, nº 75, fev. de 1999.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 2ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

AZEVEDO, David Teixeira de. Visão geral da nova sistemática relativa às penas restritivas de direitos. In: DOTTI, René Ariel *et al.* **Penas restritivas de direito. Críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELOS, Andréa Beatriz Rodrigues de. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. Ano 5. Números 18/19. Jan-Jun. 2006.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira, CASTILHO, Ela Wiecko V. de (orgs.). **Roubo e furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade**. Brasília: GCCrim: UnB, 2009.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Hekelson, **A macrocriminalidade e o juizado de instrução**. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 40, p. 81-90, jan./mar. 2008. Disponível em <www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/966/1137>. Acesso em 07/06/2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988**. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Decreto - Lei 2.848, 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal)**. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Decreto - Lei 3.689 (Código de Processo Penal), de 3 de Outubro de 1941.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Decreto Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941 (Lei de introdução ao Código Penal).** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3914.htm>>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> >. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 7.209, 11 de Julho de 1984.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 7.210, 11 de Julho de 1984.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7210.htm>. Acesso em: 08.06.2011.

_____. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 03.06.2011.

_____. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 9.099, 26 de setembro de 1999.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito).** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais).** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 9.613, de 3 de março de 1998.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 9.714, 25 de novembro de 1998.** Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 03.06.2011.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Lei Complementar 79, de 07 de janeiro de 1994**. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp79.htm>>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, 2002. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID42E17C30556C42EF92C2D32DC5D7F5B2PTBRNN.htm>>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 83.999/RS**, julgado em 28.05.2004. Rel. Min. Carlos Britto, Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22.06.2011.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 430.105 QO/RJ**, julgado em 13.02.07. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=443566&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20430105%20-%20QO>>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. **Apelação Criminal 2004.35.00.000962-8/GO**, julgado em 13 de abril de 2010. Rel. Des. Cândido Ribeiro, Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/index.htm>>. Acesso em: 21.06.2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8a Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e medidas alternativas. Análise da efetividade de sua aplicação**. São Paulo: Método, .

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 junho de 1986)**. 1a Ed. 2a Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COOTER, Robert D.. The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint. **Fordham Law Review**, Vol. 75. 2006

CRUZ, Walter Rodrigues da. **As penas alternativas no direito pátrio**. Editora de direito: 2000.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à Lavagem de dinheiro. Teoria e prática**. Campinas: Millenium Editora, 2008

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 8ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Roberto *et al.* Perda de bens e multa substitutiva. **Boletim IBCCrim**, Ano 7, n. 85, dez.1999.

DOTTI, RENÉ ARIEL. As penas restritivas de direitos. *In*: DOTTI, René Ariel *et al.* **Penas restritivas de direito. Críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

EISELE, Andreas. A pena de perda de bens e valores e os crimes contra a ordem tributária. . **Boletim IBCCrim**, , Ano 7, nº 83, out. de 1999.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade nos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais. Dissertação de mestrado**. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2010.

FILHO, José Augusto Peres. **Revisitando Edwin Sutherland. Uma análise contemporânea das premissas lançadas pelo criador da expressão “crimes do colarinho branco”**. Set. 2010. Disponível em <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2814>>. Acesso em 07/06/2011.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. A restituição do instrumento do crime e o Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/03. **Revista do Ministério Público**, nº 20, jul./dez. de 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 2a Ed. Rev., atual. E ampl, São Paulo: RT, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de Família**. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). **Levantamento Nacional sobre execução de penas alternativas. Relatório final de pesquisa. 2005 - 2006** Disponível em: <www.ilanud.org.br/midia/doc/penas_alt_final.pdf>. Acesso em 11.05.2011.

INSIDE job. Direção: Charles Fergison. Produção: Charles Ferguson. Intérpretes: Matt Damon, William Ackman e outros. Roteiro: Chad Beck, Charles Ferguson e Daniel Alpert. Música: Peter Gabriel, Ace Frehley e outros. Los Angeles: Sony Pictures Classics, c2010. 1 DVD (120 min), widescreen, color. Produzido por Sony Pictures Home Entertainment.

JESUS, Damásio E. de. **Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.** São Paulo: Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. e GOMES, Luiz Flávio. Lesão corporal dolosa simples e penas alternativas. **Boletim IBCrim**, Encarte Especial Lei N° 9.714/98, Ano 6, n° 75, fev. de 1999.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada.** 9ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Penas e medidas alternativas: avanço ou retrocesso? Parte 1.** Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 11.05.2011.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Perda de bens e valores. *In*: DOTTI, René Ariel *et al.* **Penas restritivas de direito. Críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714, de 25.11.1998.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas.** 2ª Ed. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Penas Alternativas.** Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/penas_alternativas.html>. Acesso em 05/07/2011.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **Penas restritivas de direito.** Curitiba: Juruá, 2008.

NOGUEIRA, Hélio Egydio de Matos e SOUZA, Raquel Freitas de. Alguns reflexos da Lei 9.714/98 na pena de multa substitutiva. **Boletim IBCrim**, Encarte Especial Lei N° 9.714/98, Ano 6, n° 75, fev. de 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 7ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Individualização da pena** 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 13 Ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULO, Antonio de (Org.). **Pequeno Dicionário Jurídico.** 1ª edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, n° 52, janeiro-fevereiro de 2005.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120.** 10 Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Penal Econômico**. 3ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009a.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica. **Revista brasileira de ciências criminais**, nº 42, ano 11, janeiro-março de 2003.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. **Revista de Direito Penal**, nº 27, janeiro - junho de 1979.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergencia e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Juacy C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1980.

SZNICK, Valdir. **Penas alternativas**. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda., 2000.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Novas penas restritivas de direito breve apreciação crítica. **Boletim dos Procuradores da República**, Ano 2, nº 18, out. de 1999.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. 2a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 7, nº 28, outubro-dezembro de 1999.

TORRES, Heleno Taveira. Pena de Perdimento de Bens e Sanções Interventivas em Matéria Tributária. **Repertório de jurisprudência do IOB**, Vol. I, nº 19, out. de 2007..

VARALDA, Renato Barão. Penas restritivas de direitos – Inovações. **Boletim IBCrim**, Encarte Especial Lei Nº 9.714/98, Ano 6, nº 75, fev. de 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y dogmatica juridico-penal.** Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ANEXO I – FORMULÁRIO DE PESQUISA

FORMULÁRIO DE ANÁLISE QUANTITATIVA DE ACÓRDÃOS

PESQUISA: A PENA DE PERDA DE BENS E A PUNIÇÃO À
MACROCRIMINALIDADE

Faculdade de Direito - UnB
Aluno: André Santos Guimarães
Orientadora: Carolina Costa Ferreira

Formulário n. ____



Informações do processo	
Número do processo	
Quantidade de réus	
Réu	

	(2) Não informado ou não houve
Vantagem auferida	(1) Sim [] (2) Não informado ou não houve.

Informações da sentença	
Natureza	(1) Absolutória (2) Condenatória (3) Desclassificatória (4) Prescrição (5) Extinção da punibilidade (exceto prescrição) (6) Não mencionado
Prejuízo causado	(1) Sim []

Informações do acórdão	
Modificação da sentença	(1) Confirmação da sentença (2) Reforma da sentença
Tipificação	(1) (2) (3) (4) (5) (6)

<p>Pena aplicada</p>	<p>(1) privativa de liberdade sem substituição (2) substituição por restritiva de direitos (3) <i>sursis</i> (4) multa substitutiva</p>	<p>Prestação inominada</p> <p>Quantum da perda de bens e valores</p>	<p>[] Quantidade de cestas básicas</p>
<p>Quantidade de pena privativa de liberdade</p>	<p>[] Anos [] Meses</p>	<p>Patrimônio perdido</p>	<p>(1) Lícito</p>
<p>Quantidade de dias-multa</p>	<p>[] Dias-multa</p>		<p>(2) Ilícito</p>
<p>Valor do dia-multa</p>	<p>[] Salários mínimos</p>		
<p>Penas alternativas</p>	<p>(1) Prestação pecuniária</p> <hr/> <p>[] Salários mín.</p> <p>(2) Perda de bens e valores (3) Prestação de serviços à comunidade (4) Interdição de direitos (5) Limitação de final de semana (6) Multa</p>		

