

DA DOAÇÃO COMO FORMA DE PRESTAÇÃO SOCIAL ALTERNATIVA

**Luciano Luz Badini Martins*

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Reflexões sobre a Tradicional Pena de Prestação de Serviços à Comunidade. III - Dos Benefícios Advindos da Doação de Bens a Órgãos Públicos ou de Assistência Social. IV - Análise do Fundamento Jurídico da Aplicação Imediata da Doação como Pena de Prestação Social Alternativa. V - Da Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

Notadamente após o advento da Lei n.º 9.099/95, que criara os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e autorizara, em seu art. 76, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas em caso de prática de infração penal considerada de menor potencial ofensivo (art. 61), disseminou-se uma discussão acerca da possibilidade de o Ministério Público formular proposta de doação de bens à entidades públicas, ou que prestem serviços sociais.

Com efeito, tem se observado, na prática, que o *Parquet*, com frequência, propõe que o agente (“implicado”, “autuado”) efetue doação, e.g., de cestas básicas à entidades assistenciais, pneus, autopeças, equipamentos

de informática e máquinas de datilografia para as Polícias Militar e Civil, máquinas fotográficas de revelação instantânea para órgãos encarregados de realização de perícia técnica (art. 164, 165 do CPP), mobiliário necessário ao funcionamento de Conselhos Tutelares, material de construção para reformas de cadeias públicas, além de produtos de higiene para os encarcerados.

Não raro, apesar da aquiescência - em potencial - do implicado, bem como de seu procurador, ou a proposta não é formulada, ou, em contranota, não recebe homologação da Autoridade Judiciária, sempre sob o argumento que o art. 43 do CP não contempla *expressis verbis* a hipótese.

Assim, o presente trabalho tem por finalidades precípuas instigar a discussão doutrinária do tema, bem como oferecer argumentos àqueles que, desejosos, se mostram cautelosos em adotar a novel orientação.

II - REFLEXÕES SOBRE A TRADICIONAL PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.

Com a redação determinada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, prescreve o retro citado art. 43 do

Codex que as penas restritivas de direitos são: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana.

Em complemento, descreve o art. 46 que a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto à entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Acresce o parágrafo único:

“as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho”.

Em doutrina, GILBERTO FERREIRA¹ enumera os atributos que caracterizam esta modalidade de pena restritiva de direitos, quais sejam:

*“1) é dotada de caráter retributivo; 2) é dotada de caráter intimidativo, geral e especial; 3) é ressocializante; 4) é moralizadora do **sursis**, da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e do próprio regime aberto; 5)*

¹“A Prestação de Serviços à Comunidade Como Pena Alternativa”, in RT 647/255.

Luciano Luz Badini Martins

contribui para a realização de inúmeras obras sociais, prestando relevantes serviços à coletividade; e, 6) não gera desemprego, nem concorre com qualquer outro tipo de mão-de-obra remunerada”.

Ocorre que transcritos atributos revestem em tese a pena de prestação de serviço à comunidade, partindo do pressuposto de seu estrito e ideal cumprimento.

As dificuldades no cadastramento de entidades, na fiscalização do serviço, no encaminhamento do agente ao local de trabalho, estão conduzindo a reprimenda ao absoluto desuso, e, quando raramente aplicadas, em regra disseminam na esfera social um incômodo sentimento de impunidade.

Neste diapasão, expõe ANTÔNIO CARLOS DA PONTE² que *“a esmagadora maioria das comarcas sequer constituiu o respectivo Conselho da Comunidade, órgão indispensável na fiscalização do cumprimento da pena”, configurando esta razão determinante para transformar a prestação de serviços à comunidade em “um instituto de pouca aplicação, que denuncia o abismo existente entre a legislação em vigor e a realidade do povo brasileiro”.*

Ao demais disto, outro motivo há que a inviabiliza

²“Prestação de Serviços à Comunidade - Análise Crítica e Conclusiva do art. 46 do CP”. in RT 718/337;

como pena substitutiva ao confinamento celular: o caráter vexatório da reprimenda.

Basta lembrar - observa JASON ALBERGARIA³

- que

"na Polônia, a limitação de liberdade é considerada mais severa que a pena privativa de liberdade. O condenado prefere a prisão, onde não são vistos pelos amigos (they would rather go to prison where they not be seen by their friends)"⁴.

De mais a mais, a pecha de trabalho forçado é, de igual forma, invocada por parte da doutrina para macular o instituto, advertindo MIGUEL REALE JR.⁵ que a pena em enfoque *"corresponde a autêntico trabalho imposto ao condenado, ou seja, verdadeiro trabalho forçado, de há muito banido de nossa legislação penal"*.

Semelhante ponto de vista fora adotado por um grupo de pretores paulistas que, em estudo anterior à reforma de 1984⁶, argumentaram que a prestação de

³Comentários à Lei de Execução Penal, ed. AIDE, 1987. p. 261/2.

⁴No mesmo sentido: ROGÉRIO FELIPETO, in "Prestação de Serviços à Comunidade", Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.º 7, jul./set. de 1994, p. 140.

⁵Novos Rumos do Sistema Criminal. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 53, citado por JULIO FABBRINI MIRABETE in Execução Penal, 6. ed. revisada e atualizada, ed. Atlas, 1996. p. 333.

⁶Considerações de Magistrados Paulistas sobre o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral, JTACrim 68/23.

serviços à comunidade atenta contra a dignidade do preso, diferenciando-se do trabalho forçado apenas pelo artifício da utilização de um eufemismo, de tal sorte que a reprimenda estaria inquinada de inafastável inconstitucionalidade⁷.

III -DOS BENEFÍCIOS ADVINDOS DA DOAÇÃO DE BENS A ÓRGÃOS PÚBLICOS OU DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Diversamente do quadro desalentador traçado em relação às tradicionais penas de prestação de serviços à comunidade, não se vislumbra, *prima facie*, mazelas de natureza empírica que inviabilizem, ou desestimulem, o implemento da doação como modalidade eficaz de pena de prestação social alternativa.

Neste momento, atente-se, não se procederá à análise do fundamento jurídico que autoriza a imediata adoção jurisdicional da medida, por configurar, esta, objeto do tópico subseqüente.

⁷ Necessário observar que precioso argumento contrapõe-se à transcrita tese: apesar da aparente inconstitucionalidade apontada, referida medida é plenamente aplicável, eis que configura um ônus inerente ao cumprimento da pena, meio de reparar, ainda que não integralmente, o mal provocado pelo delito; consiste em uma pena, não em emprego, razão pela qual referido posicionamento, favorável à adoção irrestrita da pena de prestação de serviços à comunidade, integra documento apresentado pelo *National Institute of Corrections* para o IV Congresso da Organização das Nações Unidas (Caracas, 1980).

Isto posto, a uma tem-se a manifesta facilidade em proceder-se à fiscalização do cumprimento da medida imposta: basta - como tem sido feito - efetuar-se a oportuna juntada aos autos da nota fiscal da mercadoria, bem como termo de doação apresentado pela entidade, ou órgão beneficiado.

À toda evidência, despicienda a existência de Conselho da Comunidade ou Patronato para fiscalizar o cumprimento da medida imposta: ao autor do delito atribui-se o dever de juntar ao procedimento criminal instaurado em seu desfavor documento comprobatório do cumprimento da reprimenda imposta, e, ao órgão ou entidade aquinhoad, o competente termo de doação.

Por outro lado, afasta-se o caráter vexatório que, não raro, desestimula a disseminação da prestação de serviços à comunidade; a pena é cumprida instantaneamente, vez que a prestação constitui-se num *dare*, não num *facere*.

Observe-se, outrossim, que desautoriza-se a discussão acerca da prestação de virtual trabalho forçado pela denominada "mão-de-obra temida"; aquele que sofrer a sanção deverá, com parcela dos vencimentos derivados do exercício regular de seu próprio trabalho, adquirir o bem

e efetuar, a tempo e modo, a doação.

Por oportuno, de mister salientar que trata-se de medida de extrema eficácia no combate aos crimes, e, via de consequência, intimidativa de novas práticas delituosas.

Nas Comarcas onde se tem aplicado a reprimenda em análise, nitidamente há sensível redução no número de ocorrências policiais, atribuindo-se tal quadro à certeza da punição aos infratores.

Adite-se que, via de regra, as sanções revertem para o aparelhamento de órgãos e estabelecimentos de segurança pública (e. g., informatização, reformas de viaturas e cadeias públicas), permitindo-se, a rigor, que aqueles que praticam infrações contribuam, de forma efetiva, para a redução e, principalmente, prevenção de delitos.

Em confronto com a pena de multa, vislumbra-se, igualmente, uma série de benefícios na aplicação da doação como forma de prestação social alternativa.

De início, registre-se que ambas têm natureza patrimonial, diversamente da pena de prestação de serviços à comunidade, que apresenta natureza jurídica de pena

restritiva de direitos⁸, o que possibilita a conversão desta em privativa de liberdade na hipótese de descumprimento, mesmo em procedimentos em curso perante o Juizado Especial Criminal⁹.

Em relação à pena de prestação social alternativa na modalidade doação, por ter natureza semelhante à pena de multa, a conversão em prisão afigura-se nos termos da defesa, eis que aplica-se, de forma analógica (*in bonam partem*), o disposto no art. 51 da lei material penal, com a novel redação conferida pela Lei n.º 9.268/96, que não retirara a legitimidade ministerial para a promoção da cobrança - após a conversão da doação em espécie¹⁰ -, observada a fase preliminar traçada nos arts. 164 e seguintes da LEP.

Se apresentam semelhanças, notadamente relacionadas à forma de execução, confrontando-se a reprimenda em estudo, à pena de multa, tem-se que aquela

⁸Adotando entendimento minoritário, VALDIR SZNICK, em artigo intitulado "A Pena de Trabalho e suas Características", publicado na RF 295/443, atribui natureza patrimonial à pena de prestação de serviços à comunidade.

⁹V., a respeito, orientação adotada pelo *Manual Prático do Promotor de Justiça*, ed. Del Rey, 1997. p. 132, obra aprovada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais através do Ato n.º 01/97.

¹⁰Para que não haja dúvidas quando da conversão, no termo de audiência onde efetua-se a proposta, ou na sentença prolatada após devido processo legal (em procedimentos não afeitos ao Juizado Especial Criminal), sugere-se que o bem doado seja especificado, bem como se lhe atribua o correspondente valor de mercado; poderá, outrossim, a Autoridade Judiciária valer-se da avaliação judicial a cargo do Oficial de Justiça, notadamente no curso da execução penal.

reserva benefícios ao apenado e à própria sociedade, onde este violou norma de conduta, sensivelmente superiores àquelas asseguradas pela aplicação da tradicional pena pecuniária.

Com efeito, consoante assinalado supra, as doações efetuadas são destinadas a órgãos e entidades atuantes na comunidade, refletindo numa significativa qualificação na prestação de serviços de natureza pública e assistencial, determinante para a redução na criminalidade e melhoria das condições do preso que cumpre pena em cadeia pública, permitindo-se-nos antever a ressocialização de boa parcela da população carcerária.

Não se discute que as receitas originadas das multas são recolhidas ao fundo penitenciário estadual¹¹, todavia é fato notório que entraves burocráticos e carência de recursos obstaculizam o retorno do valor apurado, na forma de investimentos, às localidades onde ocorreram as práticas infracionais.

Além de garantir investimentos de maior amplitude, a implementação da pena de prestação social alternativa é fator determinante para que aqueles sejam realizados com desejável celeridade, sob adequada

¹¹ Observe-se que a Recomendação n.º 03/96 da CGMP atribui ao Promotor de Justiça o dever de informar, mensalmente, ao Conselho Penitenciário Estadual, o montante arrecadado.

fiscalização do Órgão de Execução do Ministério Público.

De outra parte, a medida revela-se igualmente benéfica ao apenado, conquanto, diversamente do que ocorre com a pena de multa, exige-se que o agente efetue a doação da *res*, e não necessariamente faça o pagamento do valor respectivo¹², o que lhe permite, após pesquisa de preço, adquirir o bem a ser doado por um valor inferior ao de mercado.

IV - ANÁLISE DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA DOAÇÃO COMO PENA DE PRESTAÇÃO SOCIAL ALTERNATIVA.

Os benefícios da medida, como ressaltado, são incontáveis, persistindo, porém, dúvidas sobre sua contemplação na ordem jurídica em vigor.

Este o ponto principal do presente trabalho. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º inc. XLVI, prescreve que

"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

¹² O que pode ocorrer, todavia, por comodidade do apenado.

alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Ao tecer comentários acerca do indigitado dispositivo legal, ROGÉRIO FELIPETO¹³ consignara

“sugestão para que o Código Penal dê tratamento especial à pena de prestação de serviços à comunidade, o que reconheceria sua importância e relevo ante as demais penas restritivas, fazendo inserir novo inc. no art. 32 do CP, que diz quais são as espécies de pena. A redação modificada ficaria assim: ‘Art. 32. As penas são: I - privativas de liberdade; II - prestação social alternativa; III - restritivas de direitos; IV - de multa’”.

Em nosso modesto entendimento, há equívoco na sugestão apresentada.

Deveras, em precioso comentário acerca do art. 43 do CP, o Dr. CEZAR ROBERTO BITENCOURT¹⁴ esclarece que

“a denominação penas ‘restritivas de direitos’ não foi muito feliz, pois das três modalidades de sanções sobre a referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à restrição de direitos. As outras duas - prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana - referem-se mais especifica-

¹³ Op. cit. p. 151.

¹⁴ Código Penal Anotado e Legislação Complementar, ed. RT, 1997. p. 274.

damente à restrição da liberdade do apenado. Teria sido mais feliz a classificação em penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritiva de liberdade (limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade), restritiva de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e multa”.

Ora, a sugestão apresentada para modificação da redação do art. 32 do CP encontra-se maculada por inafastável equívoco, eis que não há semelhanças entre a pena de “prestação de serviços à comunidade” e a denominada “prestação social alternativa”.

É bem de ver, que o texto constitucional consagrara orientação da melhor doutrina, de sorte que a pena de restrição da liberdade (art. 5º, inc. XLVI, alínea ‘a’ da CF) engloba a limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, enquanto a suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, inc. XLVII, alínea ‘b’) contempla as efetivas interdições ou proibições.

Assim sendo, resta dúvida acerca da característica da pena prestação social alternativa, que, à toda evidência, inova na ordem jurídica, ante a inexistência de previsão legal expressa no atual art. 32 do CP.

Impõe-se, nesse passo, um auxílio das regras

de hermenêutica, para que, dessarte, obtenha-se o real conteúdo e característica da reprimenda em apreço. Em obra clássica¹⁵, leciona o mestre CARLOS MAXIMILIANO que

“em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermeneuta no sentido da primeira”.

A rigor técnico, a expressão *prestação* “sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo”, consistente num *dare* ou num *facere*¹⁶; de outra parte, indispensável que a prestação seja *social*, ou seja, reverta para a comunidade, através de seus órgãos ou entidades que têm como precípua atribuição zelar pelo bem comum; por fim, é *alternativa* na medida em que se apresenta como sanção substitutiva ao confinamento celular.

Ante este conceito, não há como se recusar que a doação de bens indispensáveis ao adequado funcionamento de órgãos públicos, entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, adequa-se, com absoluta retidão, à definição

¹⁵ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 12. ed., ed. Forense, 1992. p. 305/6.

¹⁶ Definição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, v. II, 8. ed. ed. Forense, 1986. p. 13.

de pena de prestação social alternativa.

Não é só. A reprimenda em apreço encontra-se em pleno vigor, porquanto consagra a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 1º, o “*princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*”, que exige que todo e qualquer dispositivo desta natureza, independentemente de sua inserção topográfica no texto constitucional, seja imediatamente aplicado, perfilhando-se dentre as atribuições dos Poderes Públicos zelar por sua máxima eficácia.

Neste diapasão, adverte, em pena lapidar, a insigne FLÁVIA C. PIOVESAN¹⁷ que

“não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito contitucional definidor de direito e garantia fundamental”,

cabendo

“aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora deste princípio”.

¹⁷ *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, ed. RT, 1995. p. 89 usque 91;

E conclui:

“aos órgãos jurisdicionais competem: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras”¹⁸.

Considerando-se que, em contraponto às penas de prestação de serviços à comunidade e de multa, a prestação social alternativa assegura uma série de benefícios ao próprio apenado, e, de resto, à toda sociedade, não há como se tornar defesa sua aplicação imediata, sob pena de fazer-se, sem qualquer fundamentação coerente, *tabula rasa* do princípio consagrado no art. 5º § 1º da Carta Política.

Ainda que se adote outra corrente interpretativa, verificar-se-á, de igual forma, a plena vigência da pena de prestação social alternativa, consagrada constitucionalmente.

Configurando postulado do Direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, a

¹⁸ No sentido do texto: J.J.G. CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1989. p. 475/6.

denominada *interpretação conforme a constituição* consagra a supremacia da Constituição, e, em consequência - pontifica, com acuidade, o Prof. GILMAR FERREIRA MENDES¹⁹ - "*impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto*".

Inexistem expressões inúteis no texto legal, e, precipuamente, na redação dos dispositivos constitucionais: não há identidade entre a prestação de serviços à comunidade e a prestação social alternativa.

Ipso facto, torna-se inaceitável a supressão, pelos hermeneutas, da pena consagrada na alínea 'd' inc. XLVI do art. 5º da CF, máxime se esta, reafirme-se, reserva inquestionavelmente benefícios ao próprio agente e à comunidade violentada por sua prática delituosa, donde exsurge a necessidade de o art. 32 do CP ser, de imediato, integrado pelo mencionado ditame constitucional.

V - DA CONCLUSÃO.

Apesar da inexistência de previsão expressa em lei ordinária, por imposição constitucional torna-se

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva, 1996. p. 270/1;

irrecusável a aplicação imediata da pena de prestação social alternativa, que, como modalidade, apresenta a doação de bens necessários ao adequado funcionamento de órgãos públicos, entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres.

A adoção desta modalidade de pena tem permitido uma sensível melhoria nos serviços colocados à disposição da sociedade, e, em contrapartida, influenciado diretamente na perceptível redução dos índices de criminalidade onde há a sua aplicação irrestrita.

Não deverão jamais se esquecer os aplicadores do direito - e, quiçá, os céticos, de sempre, em plantão -, que *"la utopia ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad"*²⁰.

A aplicação desta modalidade de pena, permite-se-nos antever, em curto espaço de tempo, uma sociedade com menos contradições, injustiças, descrédito: a utopia é motor do progresso, e da própria evolução política, devendo, por derradeiro, o intérprete ter sempre em mente a preciosa advertência de NORBERTO BOBBIO²¹:

²⁰ ESPIELL, Hector Gross, in *Estudios sobre Derechos Humanos*. Madrid: 1988. p. 349.

²¹ *A Era dos Direitos*. Campus, trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 64.

Luciano Luz Badini Martins

“Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder”.

****Luciano Luz Badini Martins é Promotor de Justiça da Comarca de Leopoldina***