

RELATÓRIO DA COMISSÃO INSTITUÍDA PELA PORTARIA N.º 1.072, DE 17 DE NOVEMBRO DE 1998, COM O OBJETIVO DE APRESENTAR ESTUDOS SOBRE A LEI DAS PENAS ALTERNATIVAS

*A Comissão Especial instituída com a finalidade de apresentar estudos sobre a aplicação da Lei 9.714/98, sob a coordenação do Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Vandir da Silva Ferreira, e composta pelos Promotores de Justiça Tânia Maria Nava Marchewka, Rogério Schietti Machado Cruz, Maércia Correia de Mello, Márcia da Rocha Cruz e Sandra Alcione Souza de Albuquerque Beze e pelos Promotores de Justiça Adjuntos José Theodoro Corrêa de Carvalho, Railson Américo Barbosa de Oliveira, Renato Barão Varalda, Yara Maciel Camêlo e Andrea Cirineo Sacco, vem apresentar relatório nos seguintes termos:*

A legislação em comento cuidou de disciplinar, de forma mais abrangente, as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal Brasileiro, vindo ao encontro das mais modernas correntes doutrinárias. O seu grande mérito está no fato de proporcionar uma maior discricionariedade ao juiz no momento de aplicação da sanção penal, limitando, por conseqüência, a aplicação das penas privativas de liberdade, que ficarão restritas aos casos que ensejarem um maior rigor, seja porque o crime foi cometido com violência e grave ameaça à pessoa, seja porque o seu autor é de alta periculosidade.

Como bem salientou o então Ministro da Justiça Nelson Jobim, na exposição de motivos do projeto, "*a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinqüir*". E segue, "*Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor*

*restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão".*

O presente relatório foi elaborado em três partes: a primeira consiste em uma análise, artigo por artigo, das modificações advindas da nova legislação; a segunda, em um exame das repercussões dessas alterações no ordenamento jurídico penal brasileiro e a última, na reprodução das conclusões da Comissão.

### **I – ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES RESULTANTES DA LEI 9.714/98:**

Art. 43. As penas restritivas de direito 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.

Como se sabe, as penas previstas no ordenamento jurídico-penal brasileiro apresentam-se sob as seguintes modalidades: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa (art. 32 do CPB).

O novo diploma ampliou o número das penas restritivas de direitos, acrescentando ao rol até então existente duas novas espécies, a prestação pecuniária e a perda

de bens e valores. Introduziu também algumas alterações na prestação de serviços à comunidade e na interdição temporária de direitos.

Art. 44. As penas restritivas de direito 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 eficiente.

§ 1º. (VETADO)

§ 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.

§ 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.

§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 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.

O novo art. 44 do Código Penal dispõe sobre os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44, incisos I, II e III, e § 3º), sobre o escalonamento das penas restritivas de direito conforme a pena aplicada (art. 44, § 2º) e sobre a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade (art. 44, §§ 4º e 5º).

*- Dos requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação da pena restritiva de direitos*

De acordo com a nova redação do art. 44, constituem **requisitos objetivos** para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos crimes dolosos:

- que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos (art. 44, I);
- que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I);
- que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II);
- se o condenado for reincidente, que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, § 3º).

Nos casos dos crimes culposos, a lei não estabeleceu qualquer requisito temporal, admitindo-se a substituição independentemente do *quantum* da pena aplicada.

Por outro lado, constituem **requisitos subjetivos** para a aplicação da pena restritiva de direitos:

- em qualquer caso, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III);

- se o condenado for reincidente, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do novo texto legal).

Verifica-se que o § 3º do art. 44, ao permitir que o juiz aplique a substituição ao condenado reincidente (desde que a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não seja pela prática do mesmo crime), cuidou de excepcionar a regra geral do art. 44, II, que veda essa substituição ao reincidente em crime doloso. Assim, poderá o magistrado (em atividade discricionária) substituir a pena privativa de liberdade do condenado reincidente.

Continua vigente o art. 180 da Lei 7.210, de 11.07.84, cuja aplicação continuará bastante restrita, já que o condenado à pena não superior a dois anos poderá ser beneficiado com o *sursis* ou com a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa. De qualquer forma, o referido dispositivo pode ser aplicado a condenados por crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, desde que a pena não seja superior a dois anos, hipótese, na prática, pouco comum. Trata-se, na verdade, de benefício que poderá ser usufruído pelo sentenciado no curso da execução penal, não tendo a mesma natureza da substituição prevista no art. 44 do Código Penal, a qual é aplicada na própria sentença condenatória.

*Do escalonamento das penas restritivas de direito conforme a pena aplicada:*

Outra questão disciplinada pelos legisladores foi o escalonamento das penas restritivas de direitos conforme a pena aplicada. Assim, prevê o art. 44, § 2º, em resumo, o seguinte:

- se a condenação for igual ou inferior a um ano: a substituição da pena privativa de liberdade poderá ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos;

- se a condenação for superior a um ano: a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Observa-se que o texto anterior só admitia a substituição nas penas privativas de liberdade inferiores a um ano ou nos crimes culposos. Também vedava o benefício aos reincidentes.

Com o novo dispositivo legal, a substituição por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direito também é possível ao condenado por crime doloso com pena superior a um ano, até o limite de quatro anos, se o delito não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

Dessa forma, ampliou-se a quantidade de condenados beneficiados com penas alternativas, seja pelo aumento do limite máximo da pena nos crimes dolosos (de um para quatro anos), seja pela possibilidade de reincidentes também terem acesso à substituição. Acolheu-se o princípio de que a punição pelos crimes de menor gravidade deverá ser feita sem retirar o sentenciado do convívio social.

O projeto de lei previa que, quando a condenação fosse inferior a seis meses, o juiz, se entendesse suficiente, poderia substituir a pena privativa de liberdade por advertência (admoestação verbal) ou por compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada. Entretanto, o referido dispositivo foi vetado pelo Senhor Presidente da República, restando às penas privativas de liberdade menores de seis meses a substituição por pena de multa (na forma do § 2º do art. 60 do CPB) ou uma pena restritiva de direitos, exceto a prestação de serviços à comunidade, que se aplica somente às penas superiores a seis meses de privação de liberdade (art. 46 do CPB).

Afigurou-se acertado o veto ao referido parágrafo, pois, na forma como disciplinado, o compromisso de freqüência a curso e a submissão a tratamento não teriam a natureza de pena restritiva de direitos, assim como disposto no artigo 43 do CPB, o que geraria a impossibilidade de sua conversão em pena privativa

de liberdade (art. 44, § 4º, do CPB) no caso de descumprimento injustificado. Por outro lado, a admoestação verbal, se aplicada neste momento, poderia gerar na sociedade um sentimento de impunidade.

*Da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade:*

Nos §§ 4º e 5º do art. 44, trata o legislador das hipóteses de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

A pena restritiva de direitos poderá ser convertida em pena privativa de liberdade nas seguintes situações:

- quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (art. 44, § 4º);
- sobrevindo condenação por outro crime a pena privativa de liberdade, caso em que o juiz poderá deixar de converter a pena restritiva em privativa de liberdade se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5º).

O art. 44, § 4º, do CPB, ao dispor sobre a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, praticamente repete a redação do antigo art. 45, II, do CPB. A novidade consiste em que, no caso de descumprimento parcial, o sentenciado poderá descontar do tempo total da condenação da pena privativa de liberdade o tempo já cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias. Dessa forma, ainda que falte ao condenado cumprir poucos dias da pena restritiva, ocorrendo conversão, deverá permanecer, no mínimo, trinta dias encarcerado. Essa última disposição objetiva precipuamente assegurar o desempenho eficaz das penas restritivas, assegurando sua exeqüibilidade também na fase derradeira.

Sem dúvida, ao permitir a detração, na pena privativa de liberdade, do tempo cumprido da pena restritiva de direitos, o legislador corrigiu injustiça apontada por

diversos autores pátrios no que se refere ao antigo art. 45 do Código Penal, segundo o qual a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade se fazia pelo total da pena original, sem que o condenado tivesse o direito de descontar da pena privativa o tempo da pena restritiva já cumprido. O dispositivo anterior previa solução rigorosa e injusta.

No caso de conversão em pena privativa de liberdade, o prazo prescricional começará a correr da data em que o sentenciado deixou de cumprir a pena (art. 112, II, do Código Penal), e o prazo será calculado, na forma do arts. 109 e 110 do CPB, pelo tempo que resta da pena, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 113 do referido Estatuto.

A segunda hipótese de conversão ocorre se sobrevier condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime (art. 44, § 4º, que corresponde ao antigo art. 45, I, do CPB).

A legislação anterior dispunha que, em casos da espécie (superveniente condenação a pena privativa de liberdade), deveria o juiz obrigatoriamente converter a pena restritiva em privativa de liberdade. Agora, deverá o juiz decidir sobre a conversão, podendo deixar de converter a pena restritiva em privativa de liberdade se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Trata-se de requisito subjetivo que, se preenchido, possibilitará ao condenado cumprir simultaneamente as duas penas - a restritiva de direitos e a privativa de liberdade.

A inovação deverá beneficiar principalmente os condenados a pena privativa de liberdade em regime aberto, já que esse regime, em regra, é compatível com o cumprimento das penas restritivas de direitos.

Os regimes fechado e semi-aberto podem ser compatíveis com a pena restritiva de direitos nas modalidades de prestação pecuniária e perda de bens e valores, cabendo ao juiz analisar cada caso em concreto.

Na hipótese de o juiz manter a pena restritiva de direitos, se houver o descumprimento injustificado desta por parte do condenado, a conversão poderá ser feita com base no disposto no art. 44, § 4º, do CPB.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 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 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidente os beneficiários.

§ 2º - No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º - A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º – (VETADO).

A pena restritiva de direitos de prestação pecuniária poderá ser uma alternativa ao juiz quando da substituição da pena privativa de liberdade, pois se mostra mais eficaz que a pena de multa. Com efeito, enquanto esta não pode ser convertida, em caso de descumprimento injustificável, aquela poderá sê-lo em duas hipóteses: quando houver o aludido descumprimento ou quando sobrevier condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, que torne impossível ao condenado cumprir a pena restritiva de direitos.

Importante ressaltar que um dos efeitos extrapenais genéricos da sentença penal condenatória é: "*tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime*". A sentença, neste caso, é meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu ter que reparar o dano resultante do crime (art. 91, inc. I do CP c/c art. 63 do CPP c/c art. 159 do CC). No que diz respeito, entretanto, à pena alternativa de prestação pecuniária, tem-se que a sentença que a aplicar terá efeito penal de natureza condenatória com repercussão na esfera cível, pois já trará em seu bojo o *quantum debeatur* determinado expressamente.

A prestação pecuniária não se confunde com o valor indenizatório deduzido no Juízo Cível. Enquanto este tem caráter reparatório (indenização ou compensação pelos danos ocorridos), aquela tem caráter aflagrante, pois se trata de uma pena. De qualquer forma, o valor pago na prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, desde que os beneficiários sejam os mesmos. Sem dúvida, essa inovação legal resultará na redução do número de ações indenizatórias.

Ponto que merece destaque na discussão sobre essa nova espécie de pena restritiva é o de que nada impede que ela seja cumulada com a de multa, haja vista que têm destinatários distintos, pois aquela consiste no pagamento de importância à vítima, a seus descendentes ou a entidade pública ou privada com fim social, e esta destina-se à Fazenda Pública.

Em caso de impossibilidade do pagamento da prestação pecuniária, a pena poderá consistir em prestação de outra natureza, desde que haja concordância do beneficiário. Como se verifica, ao mencionar prestações de outra natureza, o legislador abriu espaço para que possam ser determinadas prestações consistentes em doações de cestas básicas a entidades públicas ou privadas com destinação social, pondo fim aos questionamentos quanto à constitucionalidade desta pena.

No que concerne à pena de perda de bens ou valores pertencentes ao condenado, tem-se que ela se dará em favor do Fundo Penitenciário Nacional e terá como base o prejuízo causado pela infração ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro.

Convém esclarecer que a pena restritiva de direito apontada, aplicada ao caso concreto, possibilita a perda de bens particulares pertencentes ao condenado, desde que se limitem ao prejuízo causado pela infração penal ou ao proveito obtido por ele ou por terceiro. Diferentemente, a perda de bens prevista no art. 91, inc. II, do Código Penal tem natureza extrapenal, de efeitos genéricos (são efeitos automáticos e decorrentes de qualquer condenação criminal) e não incide sobre bens particulares do agente, mas tão-somente sobre instrumentos e produtos do crime, os quais serão revertidos em favor da União.

Não há que se falar em inconstitucionalidade da perda de bens particulares do condenado (desde que circunscritos aos limites estabelecidos pelo art. 45, § 3º, do CP acima descrito), uma vez que o direito de propriedade não tem caráter absoluto, e a própria Constituição prevê esse tipo de pena, em seu art. 5º, inc. XLVI, alínea *b*.

No tocante ao veto do Senhor Presidente da República à pena restritiva de direitos de recolhimento domiciliar, o acerto da decisão apresenta-se de plano, pois, diante das demais formas de cumprimento de pena restritiva de direitos, a medida apresentava-se extremamente branda, o que geraria sentimento de impunidade no seio da sociedade.

Art. 46 – A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º. A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º. As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

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

Estabeleceu o legislador que os serviços gratuitos prestados pelo sentenciado, além de serem realizados junto à comunidade, também o serão junto às entidades públicas. As atividades poderão ser prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. Permanece a mesma exigência de os serviços serem compatíveis com as aptidões do sentenciado. Apesar de as entidades públicas "assistenciais" já estarem incluídas, no sistema anterior, no conceito de estabelecimentos congêneres, com a nova redação, permite-se explicitamente que os condenados à pena de prestação de serviços a cumpram em estabelecimentos estatais diversos, tais como Serviços de Limpeza Urbana, repartições públicas e outros.

Importante alteração foi introduzida na forma de cumprimento da prestação de serviços. Ao contrário do sistema anterior, que previa o cumprimento da pena durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, desde que não prejudicasse a jornada normal de trabalho, o novo diploma apenas impõe o cumprimento da pena em razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, também fixadas de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Via de regra, as penas restritivas terão a mesma duração das penas privativas de liberdade substituídas. Entretanto, segundo a nova redação, se a pena substituída for superior a um ano, faculta-se ao condenado cumpri-la em menor tempo, desde que não seja inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas continua sendo a pena restritiva de direitos de maior destaque, eis que se alia à perspectiva de reparação, reeducação e ressocialização do apenado, tendo efeito terapêutico, uma vez que permite a integração do condenado com a sociedade e vice-versa. No entanto, para a sua ampliação, há necessidade de melhor infra-estrutura, haja vista que o juiz das execuções deve estar munido de todas as condições necessárias para implementá-la e fiscalizá-la.

Art. 47 .....

IV - proibição de freqüentar determinados lugares.

O art. 47 do Código Penal relaciona as modalidades de penas de interdição temporária de direitos.

Nas penas de interdição temporária de direitos, foi incluída a proibição de freqüentar determinados lugares, o que já era previsto como condição para a suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º, do CPB) e suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, II, da Lei 9.099/95). Faltam, contudo, mecanismos que garantam a adequada fiscalização dessa restrição.

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

A nova legislação manteve a equivalência entre a duração da pena restritiva de direitos e a da pena privativa de liberdade, ressalvando-se o disposto no § 4º do art. 46, que permite maior flexibilidade com relação ao tempo de cumprimento das

penas de prestação de serviços superiores a um ano, as quais poderão ser cumpridas em tempo menor, mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade.

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.

O art. 77 do CPB trata dos requisitos da suspensão da pena. O § 2º refere-se ao chamado *sursis* especial, o qual, no ordenamento anterior, só era admissível para maiores de 70 anos de idade.

O novo dispositivo legal ampliou as hipóteses de *sursis* especial, admitindo a suspensão condicional da pena não superior a quatro anos, por quatro a seis anos, também por razões de saúde do condenado. Devem ser beneficiados condenados com doenças graves, como os portadores de HIV.

## **II – REPERCUSSÃO DO NOVO TEXTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE:**

Analisando-se as alterações trazidas pela Lei n.º 9.714/98 em conjunto com os demais institutos de direito penal e processual penal vigentes, percebe-se que os benefícios criados não estão isolados do sistema, pois outros dispositivos legais conferem aos autores de fatos ilícitos alternativas à privação de liberdade.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95), os crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a um ano, presentes os requisitos legais, recebem tratamento processual diferenciado, em que se realiza transação penal (antes do início do processo) com eventual imposição de pena restritiva de direitos, cujo rol se alarga a partir da edição da Lei n.º 9.714/98.

Da mesma forma, a possibilidade de suspensão do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/95), nos crimes cuja pena mínima não exceda a um ano, incide, processualmente, antes que se examine a culpabilidade e imponha-se eventual pena de prisão.

Conclui-se, destarte, que, apesar de subjetivamente mais rigorosos, os institutos da transação penal e da suspensão do processo excluirão, nos casos de crimes com até pena mínima de um ano, a aplicação da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que os referidos institutos dispensam a análise da culpabilidade e de eventual condenação a pena privativa de liberdade.

Outro instituto correlato é o da suspensão condicional da pena, conhecido como *sursis* (art. 77 e segs. do CPB). Ocorre, porém, que antes do exame do *sursis*, deve analisar o magistrado, na forma do inciso III do artigo 77 do CPB, a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Significa dizer que, com a ampliação da substituição para condenações por crimes dolosos a penas não superiores a quatro anos, o benefício do *sursis* limitar-se-á, desde que presentes os demais requisitos, exclusivamente, aos crimes cometidos com violência e grave ameaça, em face da coincidência dos pressupostos subjetivos de ambos os institutos.

Ainda em análise comparativa com as demais disposições sobre penas e formas de cumprimento, percebemos um pequeno descompasso legislativo no tocante à sistematização do Código Penal, pois, ao regulamentar a forma de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, cuidou também de disciplinar os limites de pena para substituição por multa, sem, contudo, alterar coerentemente o artigo 54 e o § 2º do artigo 60, do CPB, que tratam diversamente o mesmo tema. Decerto que os princípios de hermenêutica levam à conclusão de que houve revogação tácita, mesmo que a Lei n.º 9.714/98 não traga, em seu derradeiro artigo, o bordão da revogação dos dispositivos em contrário.

No tocante à aplicabilidade das inovações examinadas, verifica-se que será a mais ampla possível, já que a Constituição Federal autoriza que a lei penal retroaja no tempo para beneficiar. Todos os processos em curso, inclusive os que se encontram em fase de execução de sentença, serão passíveis de reavaliação para se determinar se, naquele caso concreto, a nova forma de cumprimento de pena é aplicável e mais benéfica.

Dessa forma, observam-se três importantes sinalizações oriundas dos legisladores/representantes da sociedade.

A primeira refere-se à tendência de ampliação do poder do magistrado conferido pela legislação em comento, no tocante ao exame subjetivo dos requisitos que permitem o deferimento das substituições previstas. Exemplos do exercício desse poder discricionário são a análise da **suficiência** da substituição da pena (art. 44, III, do CPB); a **possibilidade**, a critério do magistrado, de substituição de pena a réu reincidente em crime doloso (art. 44, § 3º); e a **decisão** pelo juiz da execução da conversão do benefício no caso de descumprimento **injustificado** ou condenação posterior. Trata-se, pois, de princípio moderno consagrado no direito penal liberal, que confere ao juiz poder discricionário na escolha da sanção mais indicada para o caso concreto, levando em consideração as circunstâncias relacionadas com o crime e seu autor.

A segunda relevante sinalização toca ao tema da política de repressão criminal.

Reina entre os juristas a idéia de que duas são as finalidades da pena: retribuição e prevenção - retribuição, na medida em que impõe ao descumpridor de norma penal um gravame de privação de bem jurídico; prevenção especial, por servir como exemplo ao apenado, e geral, por servir de intimidação aos que cogitarem praticar conduta similar, evitando, dessa forma, a prática de crimes.

Diante da alardeada ineficácia ressocializadora da pena privativa de liberdade e aliando-se às condições violadoras dos direitos humanos em que se encontram os

encarcerados, busca-se, pela ampliação da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade, solução intermediária ao binômio repressão/prevenção, visando, inclusive, à redução da reincidência, já que o sinônimo mais conhecido de prisão é "universidade de crimes". As pesquisas indicam o acerto do caminho tomado, como bem demonstra o estudo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud), ao informar que a reincidência entre os condenados a penas alternativas é de apenas 12%, contra 47% dos condenados ao regime fechado.

Levando-se em consideração, ainda, que o lapso temporal da pena passível de substituição coincide com aquela que habitualmente é cumprida em regime aberto, conclui-se que a inovação legislativa não trará impunidade, já que substituirá com eficácia o escasso sistema prisional destinado ao regime aberto. Ao contrário, as penas alternativas têm resultado extremamente benéfico, pois os efeitos de seu cumprimento repercutem, na maioria das vezes, na própria sociedade, como por exemplo na prestação de serviços à comunidade ou na doação de cestas básicas, cadeiras de rodas, remédios e outros.

Percebe-se, ainda, a adequação das inovações trazidas pela Lei n.º 9.714/98, especialmente diante da evolução que a sociedade vivencia na busca de novas formas de soluções de conflitos, inclusive de natureza penal, face à ineficácia parcial de outros sistemas.

A terceira e última tendência legislativa observada na "Lei das Penas Alternativas" diz respeito à conjugação de normas de direito penal e extrapenal.

Como se sabe, os conflitos interpessoais de interesse oriundos de fatos ilícitos penais também geram pretensões de ordem civil, como reparações e indenizações por danos pessoais, materiais ou morais.

A pena restritiva de direitos denominada prestação pecuniária permite que o beneficiário seja a própria vítima ou seus dependentes e que seu valor seja deduzido de eventual condenação em ação de reparação civil.

Ao conjugar efeitos penais e civis em uma única sentença, a legislação em análise permite, a exemplo da Lei dos Juizados Especiais, que o Poder Judiciário agilize a prestação jurisdicional de forma a antecipar a satisfação de sua clientela — a sociedade.

Questão interessante que se apresenta na esfera dos efeitos civis oriundos de pena restritiva de direitos diz respeito à aplicabilidade das inovações do Código Penal à legislação especial.

Merece interpretação sistemática o § 6º do art. 76 da Lei n.º 9.099/95. No caso da transação penal, reza o referido § 6º que a sanção não constará de certidão de antecedentes criminais e "não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível". A finalidade da norma retromencionada é deixar claro que a sentença homologatória da transação penal não implica assunção de culpa e não faz coisa julgada na esfera cível. Ocorre que, a partir da edição da Lei 9.714/98, uma sentença impositiva de pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, em que o beneficiário é a vítima ou seus dependentes, tem efeitos civis, e o montante da condenação pode ser abatido de eventual ação de reparação civil.

Por fim, verifica-se que as penas alternativas poderão ser aplicadas também a condenados por crimes previstos em legislações especiais, desde que presentes os requisitos subjetivos e objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade, já que a Lei 9.714/98 não os excluiu expressamente.

### **III – CONCLUSÕES**

1. A prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir.

2. Sendo espécies de penas no Direito Penal brasileiro as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a multa, cuidou a Lei n.º 9.714/98 de regulamentar de forma nova e mais abrangente as possibilidades de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e multas. Foram criadas duas novas penas restritivas de direitos: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.
3. São requisitos objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos crimes dolosos: que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos (art. 44, I); que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I); que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II); e, se o condenado for reincidente, que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, § 3º). Nos casos dos crimes culposos, a lei não estabeleceu qualquer requisito de ordem objetiva, admitindo-se a substituição independentemente do *quantum* da pena aplicada.
4. Constituem requisitos subjetivos para a aplicação da pena restritiva de direitos, em qualquer caso: que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III); se o condenado for reincidente e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do novo texto legal).
5. A nova redação do § 3º do artigo 44 cuidou de excepcionar a regra geral de vedação de concessão da substituição ao condenado reincidente em crime doloso (art. 44, II, do CPB), para permitir que o magistrado (em atividade discricionária) substitua a pena privativa de liberdade de condenado reincidente por pena alternativa, desde que a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não seja pela prática do mesmo crime.
6. Continua vigente o art. 180 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210, de 11.07.84), que trata das hipóteses do benefício da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no curso da execução penal.
7. Nos crimes cuja pena for igual ou inferior a um ano, a substituição da pena privativa de liberdade será efetuada por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Nas condenações superiores a um ano, a substituição será efetuada por uma pena restritiva de direitos e uma de multa ou por duas restritivas de direitos.
8. Se sobrevier condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, o juiz poderá deixar de converter a pena restritiva em privativa de liberdade se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5º). A inovação deverá beneficiar principalmente os condenados à pena privativa de liberdade em regime aberto, já que esse regime, em regra, é compatível com o cumprimento das penas restritivas de direitos.
9. No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, converte-se a pena em privativa de liberdade, descontando-se o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de privação da liberdade. A possibilidade de detração, na pena privativa de liberdade, do tempo já cumprido da pena restritiva de direitos corrige injustiça há muito combatida pela doutrina pátria.
10. No caso de conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, o prazo prescricional começará a correr da data em que o sentenciado deixou de cumprir a pena (art. 112, II, do Código Penal), e o prazo será calculado, na forma do arts. 109 e 110 do CPB, pelo tempo que resta da pena, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 113 do referido Estatuto.
11. A prestação pecuniária poderá ser uma alternativa à aplicação da pena de multa, o que se mostrará mais eficaz, haja vista que esta não pode ser convertida em privativa de liberdade, em caso de descumprimento. Ademais, soluciona o aflitivo

problema da execução da pena de multa, em face das limitações quantitativas da Fazenda Nacional para inscrição e cobrança de dívidas ativas.

12. O valor pago na prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, desde que os beneficiários sejam os mesmos, o que poderá significar possível redução no número de ações indenizatórias, na área cível.
13. Se houver concordância do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza, como bens e serviços.
14. A perda de bens ou valores pertencentes ao condenado, prevista pela Constituição Federal, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional e terá como base o prejuízo causado pela infração ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro.
15. Não há inconstitucionalidade na pena de perda de bens uma vez que o direito de propriedade não tem caráter absoluto, cedendo para o interesse coletivo, quando houver razões para tanto. Ademais, a referida pena é expressamente prevista no artigo 5º, XLVI, "b", da Constituição Federal.
16. A perda de bens prevista pela nova legislação não se confunde com a perda de bens referida no art. 91, inc. II do Código Penal, que tem natureza extrapenal, constituindo efeito automático decorrente de qualquer condenação criminal e não incide sobre bens particulares do agente, mas tão-somente sobre instrumentos e produtos do crime, os quais serão revertidos em favor da União. Já a pena restritiva de direito apontada, aplicada ao caso concreto, possibilita a perda de bens particulares pertencentes ao condenado, desde de que se limitem ao prejuízo causado pela infração penal ou ao proveito obtido por ele ou por terceiro.
17. A pena de prestação de serviços será cumprida a razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixada de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho.
18. Na prestação de serviços à comunidade (art. 46 do CPB), entendeu o legislador de incluir a expressão "ou a entidades públicas", permanecendo o mesmo conceito de atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme suas aptidões, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. Apesar de as entidades públicas "assistenciais" já se incluírem, no sistema anterior, no conceito de estabelecimentos congêneres, com a nova redação, permite-se explicitamente que os condenados à pena de prestação de serviços a cumpram em estabelecimentos estatais diversos, tais como Serviços de Limpeza Urbana, repartições públicas e outros.
19. Via de regra, as penas restritivas terão a mesma duração das penas privativas de liberdade substituídas. Entretanto, segundo o novo dispositivo, se a pena substituída for superior a um ano, faculta-se ao condenado cumpri-la em menor tempo, desde que não seja inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.
20. A nova modalidade de cumprimento da pena de interdição temporária de direitos, consistente na proibição de freqüentar determinados lugares, assemelha-se as já previstas condições para a suspensão condicional da pena (art. 78, § 2º, do CPB) e suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, II, da Lei 9.099/95), faltando, contudo, mecanismos que garantam a adequada fiscalização dessa restrição.
21. Nova modalidade de *sursis* especial, antes só admissível para maiores de 70 anos de idade, admite a suspensão condicional da pena não superior a quatro anos, por quatro a seis anos, por razões de saúde do condenado, abrangendo os condenados com doenças graves, como os portadores de HIV.
22. Os institutos da transação penal e da suspensão do processo (Lei n.º 9.099/95) excluirão, nos casos de crimes com pena mínima de até um ano, a aplicação da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que precedem à análise da culpabilidade e de eventual condenação a pena privativa de liberdade. Ademais, na aplicação imediata de penas prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, a ampliação do rol das penas restritivas de direitos trará novas alternativas para a

transação penal, inclusive permitindo-se a fixação de cestas básicas para serem entregues pelo autor do fato a entidades de assistência social, o que era questionado por alguns, em face da ausência de previsão expressa em lei.

23. Ao contrário dos Juizados Especiais Criminais, que trouxeram grande revolução processual penal, repercutindo especialmente na celeridade da prestação jurisdicional, a Lei das Penas Alternativas incide primordialmente na fixação da pena. A repercussão processual vislumbrada refere-se apenas a uma possível redução dos recursos judiciais ocasionada pela conformação no espírito do condenado em cumprir pena mais branda e socialmente relevante, diversa da privação de liberdade.
24. Com a ampliação da substituição para condenações por crimes dolosos a penas não superiores a quatro anos, o benefício da suspensão condicional da pena (*sursis*) limitar-se-á, desde que presentes os demais requisitos aos crimes cometidos com violência e grave ameaça, em face da coincidência dos pressupostos subjetivos de ambos os institutos.
25. Houve descompasso legislativo no tocante à sistematização do Código Penal, pois ao regulamentar a forma de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, cuidou a Lei também de disciplinar os limites de pena para substituição por multa, sem, contudo, alterar coerentemente o artigo 54 e o § 2º do artigo 60, do CPB, que tratam diversamente o mesmo tema. Decerto que os princípios de hermenêutica levam à conclusão de que houve revogação tácita de ambos, mesmo que a Lei n.º 9.714/98 não traga, em seu derradeiro artigo, o bordão da revogação dos dispositivos em contrário.
26. Em tema de direito intertemporal, a aplicação da norma será a mais ampla possível, já que a Constituição Federal autoriza que lei penal retroaja no tempo para beneficiar. Todos os processos em curso, inclusive os que se encontram em fase de execução de sentença, serão passíveis de reavaliação para se determinar se naquele caso concreto a nova forma de cumprimento de pena é aplicável e mais benéfica.
27. Apesar de a legislação examinada não ocasionar um vultoso esvaziamento das prisões, nas Comarcas onde houver Casas de Albergado, os condenados a regime aberto serão seus principais beneficiários, liberando vagas para outras progressões.
28. A nova legislação confirma a tendência de ampliar o poder do magistrado no tocante ao exame subjetivo dos requisitos que permitem o deferimento das substituições previstas. Exemplos do exercício desse poder discricionário são a análise da suficiência da substituição da pena (art. 44, III, do CPB); a possibilidade, a critério do magistrado, de substituição de pena a réu reincidente em crime doloso (art. 44, § 3º); e a decisão pelo juiz da execução da conversão do benefício no caso de descumprimento injustificado ou condenação posterior (art. 44, §§ 4º e 5º).
29. A Lei n.º 9.714/98 reitera importante sinalização de política de repressão criminal. Duas são as finalidades da pena: retribuição e prevenção – retribuição, na medida em que impõe ao descumpridor de norma penal um gravame de privação de bem jurídico; prevenção especial, por servir como exemplo ao apenado, e geral, por servir de intimidação aos que cogitarem praticar conduta similar, evitando, dessa forma, a prática de crimes.
30. Diante da alardeada ineficácia ressocializadora da pena privativa de liberdade e aliando-se às condições violadoras dos direitos humanos em que se encontram nossos encarcerados, busca-se, pela ampliação da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade, solução intermediária ao binômio repressão/prevenção, visando, inclusive, à redução da reincidência, já que o sinônimo mais conhecido de prisão é "universidade de crimes". As pesquisas indicam o acerto do caminho tomado, como bem demonstra o estudo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud), ao informar que a reincidência entre os condenados a penas alternativas é de apenas 12%, contra 47% dos condenados ao regime fechado.

31. Levando-se em consideração, ainda, que o lapso temporal da pena passível de substituição coincide com aquela que habitualmente é cumprida em regime aberto (quatro anos), conclui-se que a inovação legislativa não trará impunidade, já que substituirá com eficácia o escasso sistema prisional destinado ao regime aberto, que, na prática, tem sido cumprido em regime domiciliar por falta de estabelecimento penal adequado (Casa de Albergado).
32. As penas alternativas têm resultados extremamente benéficos, pois os efeitos de seu cumprimento repercutem, na maioria das vezes, na própria sociedade, como por exemplo na prestação de serviços à comunidade ou na doação de cestas básicas, cadeiras de rodas, remédios e outros.
33. A conjugação de efeitos penais e civis em uma única sentença, prevista na legislação em análise, permite, a exemplo da Lei dos Juizados Especiais, que o Poder Judiciário agilize a prestação jurisdicional de forma a antecipar a satisfação de sua clientela — a sociedade.
34. A partir da edição da Lei 9.714 , uma sentença impositiva de pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, em que o beneficiário é a vítima ou seus dependentes, terá efeitos civis, na medida em que o montante da condenação pode ser abatido de eventual ação de reparação cível, a despeito do § 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95.
35. As inovações trazidas pela Lei n.º 9.714/98, aplicáveis também à legislação especial, são adequadas, especialmente diante da evolução que a sociedade vivencia na busca de novas formas de soluções de conflitos, inclusive de natureza penal, em face da ineficácia parcial de outras medidas e sistemas.