

AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, À PARTIR DA LEI Nº 9.714/98 Milton Fontana

I-As penas previstas no Código Penal

O sistema da aplicação da pena privativa de liberdade sofreu importante reforma com a Lei 9714, de 25 de novembro de 1998, especialmente no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pelas chamadas PENAS ALTERNATIVAS, tecnicamente conhecidas como PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. Assim, é necessária compreensão acerca do procedimento da imposição da sanção penal para o entendimento acerca das novas modalidades.

Inicialmente, as penas são previstas, isto é, cominadas, nos tipos penais, sendo que estes prevêem penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção) e pena pecuniária (pena de multa), sendo que esta pode ser cominada isolada, alternativa ou cumulativamente, em relação à pena privativa de liberdade. É o estabelecido pelos artigos 53 e 58 do CP.

Assim, no Código Penal (sempre ressalvada a legislação complementar), a cada delito são estabelecidas as penas, que devem ser aplicadas pelo julgador, no momento da sentença penal condenatória. O procedimento para a imposição das penas é distinto, vez que, para as penas privativas de liberdade, incidente a regra do art. 68, enquanto que, para a pena pecuniária, a regra incidente é aquela do art. 49 do CP.

II-As penas substitutivas

As chamadas penas substitutivas (art. 43) não estão cominadas diretamente nos tipos penais, isto é, não há previsão de tais penas para modalidades delitivas, sendo que a sua aplicação somente é feita no momento da fixação da pena (sentença penal). As regras dos artigos 44 e 54 (este, parcialmente derogado pela nova legislação) definem tal princípio.

Logo, considerando-se que as chamadas penas alternativas somente podem ser aplicadas em decorrência do processo de substituição (art. 59, IV), a regra do art. 44 do CP é bastante clara no sentido de que somente as penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) é que são substituídas pelas penas alternativas (art. 44) ou até pela pena de multa (art. 60, parágrafo 2º).

III-A substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

O procedimento da substituição, que não exige concordância do condenado, é feito logo após a aplicação da pena privativa de liberdade, se presentes os pressupostos (art. 59, IV). Se cabível ou indicada, a substituição da pena é um dos requisitos da sentença, sendo que o cabimento do "sursis", isto é, da suspensão da execução da pena (art. 77 do CP) tem como pressuposto o não-cabimento ou não-indicação da substituição (art. 77, III).

Destarte, aplicada, na sentença, pena privativa de liberdade, esta sempre deve ser substituída, nas condições previstas em lei e, se incabível ou não indicada a substituição, então deve ser analisado o cabimento da suspensão condicional da execução da pena;

Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ou pela pena de multa é verdadeiro requisito da sentença (CP, art. 59, IV).

O novo regramento inclui alterações na sistemática anterior, quer aumentando o rol de penas substitutivas, quer modificando condições e requisitos para a sua aplicação.

IV-As novas penas restritivas de direitos

O rol das penas restritivas de direitos é aumentado, passando a constar a PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (art. 43, I) e a PERDA DE BENS OU VALORES (art. 43, II). Estas, não se confundem com a pena de MULTA (art. 49 do CP, cuja cominação é feita em cada tipo penal de crime (art. 58 do CP), aplicando-se, contudo, excepcionalmente, como pena substitutiva (art. 58, parágrafo único).

Agora, portanto, o rol de penas substitutivas é composto por seis (6) alternativas: a prestação pecuniária, a perda de bens ou valores, a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos, a limitação do fim de semana e a pena de multa.

Embora a pena de multa não mereça classificação como pena restritiva de direitos, sem dúvida também pode ser enquadrada como pena substitutiva, ao lado das demais alternativas à prisão, previstas no art. 43 do CP.

V-Principais alterações em relação sistema anterior

* As penas restritivas de direitos (art. 43), mais a multa substitutiva (art. 58, parágrafo único), não estão cominadas na parte especial do CP, sendo que a sua aplicação decorre do procedimento de SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE pela PENA RESTRITIVA DE DIREITOS (art. 44 e 59, IV, do CP).

* São requisitos, para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos: a) em primeiro lugar, sempre que o crime for culposo, independentemente da quantidade de pena fixada, isto é, de pena aplicada na sentença, cabe a substituição (art. 44, I, parte final); b) se doloso o delito praticado, para o cabimento da substituição é necessária a soma (conjunção "e") de duas condições: pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro (4) anos e que o delito não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (ex. roubo); c) além disso, como requisitos comuns (seja doloso ou culposo o delito), exige-se que o agente condenado não seja reincidente (art. 63 do CP) em crime doloso, vale dizer, não tenha praticado um novo crime doloso depois de haver sido condenado por anterior crime (também doloso) e que as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias) indiquem que a substituição seja suficiente (art. 59, caput, parte final) para a prevenção e reprovação do fato praticado.

* Quando cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, há de diferenciar-se: se a condenação impôs pena igual ou inferior a um (1) ano (seja doloso ou culposo o delito), a substituição poderá ser feita por pena de multa (art. 49) ou uma das penas restritivas de direitos (art. 43).; todavia, se a pena imposta for superior a um (1) ano, a substituição da pena privativa de liberdade será feita por duas penas restritivas de direitos exequíveis simultaneamente (art. 43), ou uma pena restritiva de direitos mais pena de multa substitutiva (art. 44, parágrafo 2º, do CP). Aqui, interessante observar-se que a duração da pena restritiva de direitos não corresponde exatamente à pena substituída (art. 55).

* Ainda que reincidente o agente em crime doloso (que seria impeditivo para a substituição, na forma do art. 44, II), poderá ser feita a substituição da pena desde

que a reincidência (art. 63) não tenha decorrido da repetição de idênticos crimes dolosos e a substituição seja socialmente recomendável (art. 44, parágrafo. 3º). Há de atentar-se que a substituição da pena, ao reincidente, somente é cabível se preenchidos os dois requisitos, isto é, ausência de reincidência específica e, ainda assim, desde que a substituição seja socialmente recomendável.

* O art. 44, parágrafo 4º, trata da CONVERSÃO da pena substitutiva em privativa de liberdade. Tal matéria, antes da reforma, era objeto do art. 45 do CP. Agora, a conversão, isto é, a transformação da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade ocorre na hipótese do descumprimento injustificado da restrição imposta, deduzindo-se, contudo, o período de pena restritiva já cumprido, respeitado, contudo, saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão a ser cumprido. Note-se que o dispositivo não trata da conversão da pena de multa substitutiva em pena privativa de liberdade, matéria já tratada pelo art. 51, com a redação da Lei 9268/96).

* Na hipótese do condenado, com pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, sofrer nova condenação, à pena privativa de liberdade, durante o período em que cumpre a pena substitutiva, a conversão desta não é automática, cabendo ao Juízo da Execução decidir (art. 44, parágrafo 5º), sendo possível a manutenção da pena substitutiva desde que seja possível o seu cumprimento simultâneo (isto é, cumprimento concomitante da pena privativa de liberdade aplicada posteriormente com a pena restritiva anterior). Antes da reforma, a conversão era necessária, pela regra do art. 45, II, desde que a pena posteriormente aplicada não tivesse a sua execução suspensa.

* As modalidades de penas restritivas de direitos (em número de cinco) são especificadas no art. 45, com a nova redação (a redação anterior tratava da conversão das penas substitutivas em penas privativas de liberdade). As anteriores penas substitutivas (prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV), interdição temporária de direitos (art. 43, V) e limitação de fim de semana (art. 43, VI) continuam descritas nos artigos 46, 47 e 48 do CP, sendo que as duas primeiras sofreram alterações, que serão enfrentadas a seguir. As novas modalidades introduzidas, que são a prestação pecuniária (art. 43, I) e a perda de bens ou valores (art. 43, II) passaram a sofrer definição novos parágrafos 1º a 3º, do art. 45.

* A nova pena substitutiva da prestação pecuniária (art. 43, I) consiste no pagamento de dinheiro à vítima e seus dependentes ou entidades (pública ou privada), em importância a ser definida pelo Juiz, no momento da substituição, entre um (1) a trezentos e sessenta (360) salários mínimos. De destacar-se que não há similitude entre a pena de multa (art. 58) e a prestação pecuniária, vez que esta é destinada à vítima, familiares ou entidades, enquanto que aquela é destinada ao fundo penitenciário (art. 49). Além disso, a nova modalidade de pena restritiva pode consistir em prestação de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário (art. 45, parágrafo 2º), como, por exemplo, na hipótese de aceitação de dação em pagamento de um bem móvel ou imóvel. Em qualquer caso, o valor alcançado será abatido da indenização cível, se houver coincidência de beneficiários (art. 45, parágrafo 1º). Outra distinção fundamental em relação à pena de multa é no tocante à conversão, que pode operar-se neste caso (art. 43, parágrafo 4º), diferentemente da hipótese do descumprimento da pena de multa (art. 51).

* Por sua vez, a perda de bens ou valores (art. 43, II e art. 45, parágrafo 3º) decorre da situação em que a infração produz prejuízos a terceiros ou ganhos injustificados do agente com a prática delitiva. Tal modalidade de pena substitutiva

reverterá ao fundo penitenciário nacional, parecendo necessário que, no momento da aplicação de tal pena substitutiva, seja fixado prazo para cumprimento, sob pena de conversão. Sem tal providência, a aplicação desta modalidade penal restará totalmente ineficaz.

* Em relação às demais penas substitutivas (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana), a primeira observação a ser feita é no tocante à sua duração: o art. 55, com a nova redação, define que a duração de tais penas substitutivas é idêntico ao período da pena substitutiva. Assim, uma pena de dois (2) anos de reclusão pode ser substituída por uma pena de dois (2) anos de prestação de serviços à comunidade, ressalvada a hipótese de conversão, quando o período de pena substitutiva será deduzido do saldo da pena a cumprir (art. 44, parágrafo 4º). Além disso, exclusivamente para a prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV e 46), quando a aplicação da pena substitutiva decorreu de condenação à pena superior a um (1) ano, é possível que a pena substitutiva seja cumprida em tempo inferior à pena substituída, desde que, no mínimo, o período não seja inferior à metade da pena aplicada. A lei não define os critérios para a dispensa de parte do tempo de cumprimento da prestação de serviços à comunidade, podendo, contudo, ser invocada a norma do art. 59 (necessidade e suficiência) como critério norteador de qualquer apenamento.

* Especificamente no tocante à prestação de serviços à comunidade (art. 46), esta medida substitutiva é aplicável desde que a condenação à pena privativa de liberdade seja superior a seis (6) meses (vez que, se igual ou inferior, caberá a substituição por multa, na forma do art. 60, parágrafo 2º). Durante o período da restrição, deve o condenado prestar tarefas gratuitas em entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos (art. 46, parágrafo 3º).

* Quanto à medida substitutiva de interdição temporária de direitos (art. 43, V e 47), a novidade é a inclusão da proibição de freqüentar determinados lugares como modalidade, vez que, anteriormente, tal restrição somente era condição do "sursis" simples (art. 78, parágrafo 2º, letra "a").

VI-Nova modalidade de "sursis"

A suspensão condicional da execução da pena pode ser compreendida como uma última fase do processo de aplicação da pena privativa de liberdade, por compreensão sistemática da regra do art. 77, III, com a norma do art. 59, IV, do CP. É que, se incabível ou não-indicada a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ou multa, então a execução, isto é, o cumprimento da sanção imposta pode ser suspenso, por um prazo entre dois (2) a quatro (4) anos, mediante certas condições (art. 78 do CP).

O instituto do 'sursis' etário já vinha previsto no parágrafo segundo do art. 77 do CP, sendo que a modificação legislativa produzida introduziu nova alternativa para inexigir-se a execução imediata da pena imposta, no caso de razões de saúde autorizarem o benefício penal.

Assim, a última alteração refere-se ao chamado "sursis etário" (art. 77, parágrafo 2º), que agora também poderá ser concedido quando as condições de saúde justifiquem a suspensão. Portanto, além da idade (superior a 70 anos de idade, na data do fato ou da condenação), as condições de saúde do condenado permitem, também, suspender-se a execução da pena privativa de liberdade, com os requisitos do art. 77.

Logo, esta modalidade especial de 'sursis' é extensiva àqueles que, ainda que com idade inferior a

setenta (70) anos de idade na data do fato (ou da sentença), ostentem estado de saúde que autorize suspender-se o cumprimento da pena, mediante condições.

VII-Considerações finais

A presente análise, preliminar, procura distinguir, no aspecto prático, as principais alterações produzidas no sistema pela Lei 9714/98, chamada de lei das penas alternativas.

Em primeiro lugar é impossível negar que o leque de opções a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade foi ampliado, em processo já iniciado pela Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), quando previu-se, através do instituto da Transação Penal (art. 76), a não-aplicação da pena privativa de liberdade às contravenções penais e aos crimes em que a pena máxima cominada não seja superior a um (1) ano (art. 61).

Ao rol de penas restritivas de direitos já existentes (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana) acrescentou-se a prestação pecuniária e a perda de bens ou valores (art. 43).

Todas as penas restritivas de direitos e ainda a pena de multa são penas substitutivas (art. 59, IV), que impedem a execução da pena privativa de liberdade, uma vez que a substituição da pena, presentes os requisitos, inegavelmente é um dos direitos subjetivos do processado.

Os casos do cabimento da substituição foram alargados (art. 44), para casos em que a condenação (pena aplicada) não resulte em pena superior a quatro (4) anos, desde que o delito não envolva violência ou grave ameaça à pessoa ou reincidência (esta merecendo disciplina específica – art. 44, parágrafo terceiro).

A lei disciplinou, de forma satisfatória, o instituto da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, esclarecendo questão omissa na lei anterior, quanto ao cômputo, como pena cumprida, da parcela de pena substitutiva.

Por outro lado, a lei abriu lastimável vácuo ao permitir a substituição da pena ao reincidente, acrescentando a expressão 'socialmente recomendável' como fundamento para alcançar-se benefício ao já condenado, o que inspira natural insegurança aos operadores do sistema e expectativas (falsas) aos criminosos.

Finalmente, de destacar-se outro aspecto polêmico, que gera inquietude às partes, já que a lei prevê a possibilidade de que algumas penas substitutivas tenham duração inferior à pena substituída (art. 55), o que representa incerteza absoluta quanto à resposta penal e descaracteriza a pena que deve ser certa quanto a espécie e duração.

Bibliografia (consultada):

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução penal. 2ª edição. Belo Horizonte: Del rey, 1995.

BENFICA, Francisco Vani. Da lei penal, da pena e sua aplicação. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal, 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

____. Lições de Direito Penal. 1ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Lesão corporal dolosa simples e penas alternativas. Boletim IBCCrim 75 (encarte), 1999.

GONÇALVES, Eduardo Rios. Penas alternativas. Boletim IBCCrim 75 (encarte), 1999.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. 20 edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

VARALDA, Renato Barão. Penas restritivas de direitos – inovações. Boletim IBCCrim 75 (encarte), 1999.

[Milton Fontana](#)

Promotor de Justiça e

Professor de Direito Penal da Unisinos e Escola Superior do Ministério Público do RS