

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Cassiano da Silva Bueno

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO
PENAL**

Porto Alegre
2015

CASSIANO DA SILVA BUENO

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre
2015

CASSIANO DA SILVA BUENO

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado ao Departamento de
Ciências Penais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 1º de julho de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dra. Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Prof. Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu pai, Protasio, e à minha mãe, Terezinha, por tudo o que fizeram e fazem por mim.

Agradeço aos meus irmãos, Elisiane e Luís Ricardo, por serem irmãos perfeitos e me ajudarem mais do que o devido.

Sou grato aos antigos amigos, Andrei, Diogo e Henrique, pela amizade e pelos incontáveis momentos de diversão.

Aos novos amigos que fiz na "Egrégia", e que estão comigo nesta jornada: Filipe Smolinski, Rosaura Gonçalves, Fabiane Guerra, Sítia Capoani, Bruno Menegat, Thiago Ferreira, Jorge Missaggia, Cristiano Faria, Nikolas Pareschi, Mário Daltrozo e Ana Carolina Melo. Todos ajudando de várias maneiras para que eu possa vencer os obstáculos do curso de Direito. Mas é necessário dizer que também sou grato pelos momentos agradáveis que me proporcionaram.

Ao amigo Mateus Benites, pelo importante auxílio na tradução do resumo.

À Professora Vanessa, pela orientação nesta investigação. Esta investigação me ajudou a recuperar algo essencial: a vontade de estudar além do necessário.

Finalizando, agradeço a todos aqueles que me ajudam a completar o curso de Direito e que, por lapso, eu me esqueça de mencionar nestes singelos agradecimentos.

RESUMO

Esta investigação pretendeu comparar o sistema de penas restritivas de direitos proposto no Projeto de Lei de Novo Código Penal com o sistema disciplinado no Código Penal em vigor. A finalidade dessa comparação foi verificar, caso o Projeto de Lei seja promulgado como o Novo Código Penal, quais os avanços ou retrocessos dessa proposição legislativa em relação à consolidação e à evolução do sistema de penas restritivas de direitos do Código Penal. A técnica de pesquisa foi predominantemente a bibliográfica, com a exposição da doutrina pertinente. No primeiro capítulo, procedeu-se à análise do sistema de penas restritivas de direitos do Código Penal, com base em pesquisa doutrinária. No segundo capítulo, realizou-se a análise do sistema proposto pelo Projeto de Lei de Novo Código Penal, e a pertinente comparação com o sistema do Código Penal em vigor. A análise e a comparação foram fundamentadas em doutrina. Buscou-se também confrontar o Código Penal e o Projeto de Lei a partir de uma perspectiva político-criminal, visando a analisar o modelo político-criminal inerente a ambos os textos legislativos estudados. A análise e a comparação realizadas permitiram concluir que o Projeto de Lei de Novo Código Penal, em seu sistema de penas restritivas de direitos, traria algumas melhorias em relação ao sistema do Código Penal vigente. Entretanto, as propostas legislativas não conseguiriam superar os graves problemas referentes à execução da pena de limitação de final de semana. Além disso, o Projeto de Lei reforçaria, em relação às penas pecuniárias, o intento estatal de arrecadar fundos com o crime, além de configurar franco descaso com a vitimologia. Traria também uma posição contraditória frente aos ordenamentos jurídico-penais modernos, ao excluir a multa do elenco de penas restritivas de direitos. Também se concluiu que o Projeto de Lei promoveria um maior encarceramento, ao criar novas situações de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, bem como ao eliminar hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Palavras-chave: Penas restritivas de direitos. Código Penal. Projeto de Lei de Novo Código Penal. Política criminal.

ABSTRACT

This investigation intended to compare the system of non-custodial sentences proposed in the New Penal Code Bill with the one disciplined in the ruling Penal Code. The goal of this comparison was to verify, in case this bill becomes law, what are the improvements or the regresses of this legislative proposal regarding the consolidation and evolution of the non-custodial sentences system of the Penal Code. Research was mostly bibliographic, with exposition of relevant literature. In the first chapter, the system of non-custodial sentences in the Penal Code was analyzed, based on literature research. In the second chapter, the system proposed in the New Penal Code Bill was analyzed and then compared with the ruling one. Both analysis and comparison were based on literature. We also sought to confront the Penal Code with the Bill through a criminal policy perspective, aiming to construe the criminal policy model inherent to both legislative texts. The analysis and comparison performed allowed us to conclude that the New Penal Code Bill, considering its non-custodial sentences system, would bring some improvements in parallel with the current one. Nevertheless, the legislative proposals would not be able to surpass the serious issues regarding the execution of the weekend sentence. Furthermore, concerning pecuniary punishments, the Bill would strengthen the government intent to raise funds with crime, in addition to feature clear negligence with victimology. It would also bring a controversial position alongside modern criminal law, by excluding the fine of the non-custodial sentences. We yet concluded that the Bill would promote a greater incarceration, once it creates more situations where the non-custodial sentences are converted on imprisonment sentences, moreover it eliminates previous hypothesis where it was possible to replace a imprisonment sentence for a non-custodial sentence.

Keywords: Non-custodial sentences. Penal Code. New Penal Code Bill. Criminal policy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O SISTEMA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DO CÓDIGO PENAL	12
2.1 ESTUDANDO O SISTEMA VIGENTE SOB UMA ÓTICA JURÍDICO-PENAL.....	12
2.1.1 Considerações iniciais.....	12
2.1.2 Aplicação das penas restritivas de direitos.....	15
2.1.3 Requisitos para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.....	17
2.1.3.1 Requisitos para a substituição.....	17
2.1.3.2 Penas aplicáveis conforme o quantum de pena privativa de liberdade a substituir	19
2.1.4 Conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade.....	22
2.1.4.1 Hipóteses de conversão	23
2.1.4.2 Conversão das penas restritivas de direitos e detração penal	24
2.1.4.3 Sobre a conversibilidade das penas restritivas de natureza pecuniária	24
2.1.5 Espécies de penas restritivas de direitos no Código Penal	27
2.1.5.1 Prestação pecuniária.....	27
2.1.5.2 Perda de bens e valores.....	28
2.1.5.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas	30
2.1.5.4 Interdição temporária de direitos	33
2.1.5.5 Limitação de fim de semana.....	37
2.1.5.6 A pena de "prestação inominada"	39
2.1.5.7 A "multa substitutiva"	41
3 O SISTEMA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PROPOSTO PELO PROJETO DE LEI Nº 236/2012	42
3.1 ANALISANDO O SISTEMA PROPOSTO PELO PROJETO DE LEI	42
3.1.1 Considerações iniciais.....	42
3.1.2 Aplicação das penas restritivas de direitos.....	44
3.1.3 Requisitos para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.....	49

3.1.3.1 Requisitos para a substituição.....	49
3.1.3.2 Penas aplicáveis conforme o quantum de pena privativa de liberdade a substituir	55
3.1.4 Conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade	56
3.1.4.1 Hipóteses de conversão	57
3.1.4.2 Conversão das penas restritivas de direitos e detração penal	58
3.1.4.3 Suspensão do cumprimento da pena restritiva de direitos	59
3.1.4.4 Sobre a conversibilidade das penas restritivas de natureza pecuniária	61
3.1.5 Espécies de penas restritivas de direitos no Projeto	61
3.1.5.1 Prestação pecuniária.....	61
3.1.5.2 Perda de bens e valores.....	64
3.1.5.3 Prestação de serviço à comunidade	65
3.1.5.4 Interdição temporária de direitos	68
3.1.5.5 Limitação de fim de semana.....	72
3.1.5.6 A revogação da pena de "prestação inominada"	74
3.2 CONFRONTANDO OS DOIS SISTEMAS A PARTIR DA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL	75
3.2.1 Um conceito de política criminal aplicável às penas restritivas de direitos.....	75
3.2.2 O modelo político-criminal das penas restritivas no Código Penal e no Anteprojeto	76
3.2.3 Proposta de aplicação das penas restritivas a quaisquer crimes praticados com violência ou grave ameaça.....	79
3.2.3.1 Possibilidade de exacerbação das penas	79
4 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Liberal provavelmente é a maior conquista científico-jurídica da sociedade moderna. Surgiu para impedir que o Estado imponha punições arbitrárias ou desumanas ao indivíduo. O Direito Penal é, antes de tudo, garantia do indivíduo em face do Estado. O legislador deve proteger zelosamente essa garantia. As legislações penais devem conter e manter, em seu espírito, a proteção aos direitos fundamentais já consagrados, pois estes defendem o indivíduo contra possíveis despotismos ou excessos estatais.

No transcorrer da história do Direito Penal, verificou-se uma progressiva humanização das sanções penais. Constatou-se, com o passar do tempo, que a pena por excelência, a pena prisional, seria ineficaz em alcançar os fins a que se propôs. Notáveis juristas empregaram esforços no sentido de conceber alternativas à nefasta pena de prisão. As penas não privativas de liberdade transformaram-se uma realidade inegável. Também fazem parte do conjunto de instituições destinadas a proteger o indivíduo de abusos do poder constituído. Assim, entende-se que os ordenamentos jurídico-penais modernos devem não apenas manter, mas também aperfeiçoar seus sistemas de penas não privativas de liberdade.

Não poderia ser diferente com o ordenamento jurídico-penal brasileiro. A Reforma Penal de 1984 inseriu, no Código Penal brasileiro, um sistema de penas não privativas de liberdade, em um esforço de humanização e modernização do direito penal brasileiro. Passaram a figurar, na legislação, as penas restritivas de direitos. Embora o caótico sistema penitenciário brasileiro ainda não permita a adequada aplicação dessas penas, o Parlamento deve conservar, no ordenamento, as conquistas referentes às penas restritivas de direitos.

Essa discussão reveste-se de incontestável importância no presente momento da história brasileira, pois tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei de Novo Código Penal. A possibilidade da entrada em vigor de um novo Código Penal é razão suficiente para justificar a curiosidade e a apreensão da sociedade como um todo e, obviamente, para motivar o desenvolvimento de inúmeras pesquisas no âmbito acadêmico. Afinal, o público em geral e, especialmente, o meio acadêmico, devem estar atentos e exercer sobre o Congresso a influência adequada para que este elabore um Código Penal que não apenas preserve todos os avanços já consagrados pelo Direito Penal, mas também contenha aperfeiçoamentos em

relação ao Código antigo. Nesse sentido, espera-se que, caso entre em vigor, o novo Código Penal mantenha conquistas e apresente avanços também no referente às penas restritivas de direitos.

Todo esse contexto motivou a realização da presente investigação, que, portanto, entende-se bastante justificada. Esta pesquisa pretende verificar se a aprovação do Projeto de Lei significará avanço ou retrocesso no referente ao sistema de penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para tanto, propõe-se a comparar o sistema de penas restritivas de direitos proposto no Projeto de Lei de Novo Código Penal com o sistema existente no Código Penal em vigor. Considerando os objetivos da pesquisa, este trabalho de conclusão foi sistematizado da seguinte maneira.

O primeiro capítulo contém breve introdução histórica e teórica acerca do surgimento das penas restritivas de direitos. Faz-se uma síntese da crise das penas privativas de liberdade, crise essa que fomentou a busca de penas alternativas à pena de prisão e que resultou no surgimento das penas restritivas de direitos. Faz-se a menção à inserção dessas penas na legislação nacional. Na continuação do capítulo, procede-se à análise do sistema de penas restritivas de direitos do Código Penal em vigor. Estudam-se as hipóteses de aplicação dessas penas, os requisitos de substituição das penas de prisão, as hipóteses de conversão das penas restritivas de direitos. Estudam-se as espécies de penas. Essa análise é fundamentada com exposições doutrinárias acerca dos preceitos legais. Tenta-se expor com detalhes os equívocos legislativos, os possíveis problemas, e as possíveis virtudes do texto normativo.

O segundo capítulo inicia com uma sucinta história da tramitação legislativa do Projeto de Lei de Novo Código Penal, a fim de contextualizar o estudo do texto normativo. Em seguida, realiza-se análise de como seria o sistema de penas restritivas de direitos no Novo Código Penal, em caso de aprovação do Projeto de Lei. Esta análise é feita com base na versão original do Projeto de Lei e na versão substitutiva apresentada pelo então Senador Pedro Taques. Assim como em relação ao Código Penal vigente, estudam-se as hipóteses de aplicação, os requisitos de substituição, as hipóteses de conversão. Estudam-se as espécies de penas. Faz-se detalhado exame dos erros de ordem legislativa e das respectivas implicações. Feita essa análise, compara-se o sistema proposto no Projeto de Lei com o sistema atualmente vigente, com o intuito de evidenciar possíveis diferenças entre os textos

normativos e, em havendo diferenças, quais implicações de ordem político-criminal poderão advir. Compara-se o Código Penal com a versão original do Projeto de Lei e a versão substitutiva apresentada pelo então Senador Pedro Taques. Ainda no segundo capítulo, propõe-se uma aproximação entre o modelo político-criminal de Estado-sociedade liberal e o modelo político-criminal das penas restritivas de direitos, e a aplicabilidade dessa aproximação ao sistema brasileiro.

2 O SISTEMA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DO CÓDIGO PENAL

2.1 ESTUDANDO O SISTEMA VIGENTE SOB UMA ÓTICA JURÍDICO-PENAL

2.1.1 Considerações iniciais

As penas restritivas de direitos são penas alternativas à pena de prisão. Foram concebidas com o objetivo de evitar a aplicação de penas de prisão de curta duração, de modo que as penas de prisão sejam aplicadas somente nas condenações de longa duração.

A doutrina moderna do Direito Penal é manifestamente favorável à adoção de penas alternativas à pena de prisão. Tais penas, quando aplicadas ao caso jurídico concreto, evitam o encarceramento dos condenados e a submissão destes ao ambiente criminógeno do cárcere. Esse ambiente influi negativamente na personalidade dos reclusos, de modo que não previne a delinquência, mas sim a incentiva. Bitencourt (2001, p. 158) refere que "A maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno. Esses fatores podem ser classificados em materiais, psicológicos e sociais".

Em relação aos fatores materiais, Bitencourt (2001, p. 158) denuncia que as condições das prisões clássicas podem prejudicar gravemente a saúde dos presos. Aduz o autor que mesmo as instalações mais salubres das prisões modernas podem deteriorar o corpo e a mente dos presos, devido à má distribuição do tempo destinado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e aos exercícios. Quanto às condições das prisões "clássicas", a lição de Boschi é mais do que descritiva:

[...] a prisão-pena continua sendo intensamente combatida na atualidade menos por sua natureza e característica e mais pelo modo como é executada, normalmente em penitenciárias superlotadas, desprovidas de condições mínimas de higiene, inseguras, em evidente agressão ao princípio da humanidade, que propõe tratamento condigno e execução diferenciada [...] (BOSCHI, 2014, p. 137).

Quanto aos fatores psicológicos, Bitencourt explica que a prisão:

[...] é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas [...] Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma

instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso. (BITENCOURT, 2001, p. 158-159).

A pena de prisão falha em ressocializar os condenados, isto é, em preparar os condenados para a futura reinserção social. Mais do que isso, a pena de prisão dessocializa os condenados, despreparando-os para um futuro retorno à sociedade. Esse é o entendimento de Baratta (2013, p. 184), que refere que os presos são submetidos a um processo de socialização negativo, "que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar". Acerca desse processo, Baratta menciona que:

Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da 'desculturação', ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da 'aculturação' ou 'prisionalização'. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. (BARATTA, 2013, p. 184-185).

Podemos dizer que o surgimento das penas restritivas de direitos decorreu da crise que a pena de prisão enfrentou e enfrenta. A transformação da pena de prisão na principal sanção penal, sobretudo a partir do século XIX, trouxe a crença de que referida sanção seria apta para promover a reforma do delinquente, e consolidou um otimismo e uma convicção quanto à aptidão da prisão para realizar os fins da pena, bem como a convicção da possibilidade de reabilitar delinquentes; entretanto, tal otimismo deu lugar a um pessimismo quanto aos resultados obteníveis com a pena de prisão, o que redundou no surgimento de movimentos político-criminais que visavam a mitigar os malefícios advindos das penas de prisão curtas (BITENCOURT, 2014, p. 610-611). Relata Mourullo (1982, p. 334, *apud* BITENCOURT, 2014, p. 612) que "[...] as reprovações, no entanto, em seu início, se fazem somente contra as penas de curta duração, e tiveram seu marco fundamental com o *Programa de Marburgo* de Von Liszt" (grifos no original).

Paulatinamente, as penas restritivas de direitos passaram a fazer parte dos ordenamentos jurídico-penais de vários países. Boschi (2014, p. 311) em breve relato histórico, demonstra que vários países, com o passar do tempo,

regulamentaram alguma espécie de pena restritiva de direitos: Rússia (1926); Inglaterra (1948); Alemanha (1953); Bélgica (1963); Mônaco (1967); Austrália (1972); Luxemburgo (1976); Canadá (1977); Dinamarca e Portugal (1982); França (1983). Note-se que todos esses países precederam o Brasil na instituição de penas alternativas à pena de prisão. Ressalte-se que a Inglaterra é palco da mais exitosa experiência relacionada à prestação de serviços comunitários, por meio do Community Service Order, vigente desde o Criminal Justice Act de 1972 (DUEÑAS; ARÁN e MALARÉE, 1986, p. 45, apud BITENCOURT, 2014, p. 653).

Influenciado pelos êxitos de vários países europeus que já haviam inserido, em seus ordenamentos jurídico-penais, sistemas de penas alternativas à pena de prisão, o legislador penal brasileiro, em compatibilidade com modernas orientações político-criminais, introduziu um sistema de penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico-penal brasileiro, mediante a promulgação da Lei Federal nº 7.209/1984. A referida lei promoveu a Reforma do Código Penal, trazendo, dentre várias alterações, a inovação das penas restritivas de direitos, objeto desta investigação.

A Lei nº 7.209/1984 instituiu, como penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade; a interdição temporária de direitos, compreendendo três espécies e a limitação de fim de semana. Estabeleceu que as penas restritivas de direitos fossem aplicáveis às condenações por crimes dolosos cuja pena aplicada *in concreto* fosse inferior a um ano, bem como às condenações por crimes culposos, independentemente da duração da pena aplicada no caso concreto.

A Lei nº 9.714/1998 promoveu uma reforma no sistema de penas restritivas de direitos do Código Penal. Adicionou duas novas penas ao rol de penas restritivas de direitos: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Incluiu uma nova espécie às interdições temporárias de direitos: a proibição de frequentar determinados lugares. Também ampliou as hipóteses de aplicabilidade das penas restritivas de direitos. Como essa ampliação será examinada com mais apuro no momento oportuno, basta registrar o que segue. Com a reforma, as penas restritivas de direitos passaram a ser aplicáveis:

- a) nas hipóteses de condenação por crime doloso cometido sem violência nem grave ameaça à pessoa, em se tratando de penas de prisão de até quatro anos;

b) nas hipóteses de condenação por crime culposo, independentemente da pena de prisão aplicada.

Por fim, a Lei nº 12.550/2011 incluiu, dentre as espécies de interdição temporária de direitos, "a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos". Com as mencionadas alterações legislativas, o rol de penas restritivas de direitos do Código Penal ficou como segue:

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).

2.1.2 Aplicação das penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos dividem-se: em genéricas, aplicáveis para punir quaisquer crimes; e em específicas, aplicáveis para punir crimes decorrentes da violação a deveres inerentes ao exercício de certas atividades, e para punir alguns crimes culposos (DELMANTO, 1991, p. 70, apud PRADO, 2013, p. 676). No Código Penal brasileiro, a interdição temporária de direitos é a única pena restritiva de direitos específica.

Da lição de Boschi (2014, p. 326) podemos inferir que as penas restritivas de direitos são autônomas, pois não são aplicáveis cumulativamente com a pena privativa de liberdade; são substitutivas, pois são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade, isoladamente ou cumulativamente com a pena de multa.

Analise-se como o Código Penal regulamenta a aplicabilidade das penas restritivas de direitos:

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 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

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.

Art. 56. As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 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 art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito. (BRASIL, 1940).

É necessário advertir que a redação do art. 44, I, do Código Penal revogou o art. 54 do Código Penal na parte referente à quantidade de pena substituível. O art. 44, I, do Código Penal estabelece, conforme a natureza do crime, os limites temporais para substituição das penas de prisão por penas restritivas de direitos:

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 culposo; (BRASIL, 1940).

As penas restritivas de direitos podem substituir penas de até quatro anos de prisão, aplicadas aos crimes dolosos praticados sem violência nem grave ameaça. Podem também substituir as penas de prisão aplicadas aos crimes culposos, qualquer que seja o quantum de pena aplicado. O inciso I também denota o caráter substitutivo das penas restritivas de direitos, pois é imprescindível que o juiz do processo penal proceda à dosimetria da pena e defina qual o *quantum* de pena de prisão aplicado. Somente depois de fixado esse *quantum* pode-se analisar a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos. "Com esse novo sistema evitou-se o problema do *casuismo*, isto é, a dificuldade em escolher os crimes que poderiam ou não ser *apenados* com essa sanção." (BITENCOURT, 2014, p. 656, grifos no original). Bitencourt (2014, p. 657) entende que a metodologia brasileira é adequada, por conferir ao juiz margem de discricção para aplicar uma pena adequada em substituição à pena privativa de liberdade.

No subtítulo 2.1.4.3, verificar-se-á que o conceito de tempo de duração não é aplicável a todas as penas restritivas de direitos. Conforme o art. 55 do Código Penal, as penas restritivas de direitos às quais esse conceito seja aplicável terão o mesmo tempo de duração da pena de prisão substituída, ressalvada a hipótese do art. 46, § 4º, do Código Penal.

Por fim, registre-se que as penas mencionadas nos art. 56 e 57 do Código Penal serão estudadas em subtítulo pertinente. São espécies de interdições temporárias de direitos, das quais os art. 56 e 57 determinam as hipóteses de aplicação.

2.1.3 Requisitos para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos

2.1.3.1 Requisitos para a substituição

O exame dos referidos requisitos impõe analisar e comentar o *caput* do art. 44 do Código Penal, bem como seus incisos I, II, III, e seu § 3º.

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 culposo;

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.

.....
 § 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).

O inciso I do art. 44 desdobra-se em duas hipóteses. A primeira hipótese prevê que, para os crimes dolosos praticados sem violência nem grave ameaça à pessoa, sendo aplicada pena privativa de liberdade de até quatro anos, esta poderá ser substituída por pena restritiva de direitos. Luiz Flávio Gomes vê adequação no requisito estabelecido pela legislação, pois tal requisito "[...] privilegia a vida, a integridade física e psicológica e tantos outros bens jurídicos de fundamental relevância para o ser humano." (GOMES, 2000, p. 114). Quanto à necessidade de se tratar de crime doloso praticado sem violência nem grave ameaça à pessoa, Bitencourt afirma que:

[...] A ampliação do cabimento das *penas alternativas*, para pena não superior a quatro anos, *recomendou* que também se ampliasse o *elenco de requisitos necessários*. Passa-se a considerar, aqui, não só o *desvalor do resultado*, mas, fundamentalmente, o *desvalor da ação*, que, nos *crimes violentos*, é, sem dúvida, muito maior e, conseqüentemente, seu autor não deve merecer o *benefício da substituição*. [...] (BITENCOURT, 2014, p. 661, grifos no original).

A segunda hipótese prevê que, para os crimes culposos, qualquer que seja a pena privativa de liberdade aplicada, esta poderá ser substituída por pena restritiva

de direitos. Em relação à previsão legal contida nesta segunda hipótese, Bitencourt entende ser acertada a previsão legal estabelecida:

A *conduta culposa*, hoje bem mais frequente, objeto de *menor reprovabilidade*, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos (objetivos) na realização de um comportamento normalmente lícito. Os autores desses comportamentos *descuidados* que, às vezes, causam um resultado típico, de regra, não necessitam ser *ressocializados*, e a imposição de uma *pena privativa de liberdade* revela-se absolutamente desnecessária, sem qualquer sentido preventivo especial. Nesse aspecto, merece aplausos a previsão para os *crimes culposos*, sem impor *limite quantitativo* da pena privativa, pois sua *substituição* será apenas uma possibilidade *condicionada* a todas as circunstâncias sintetizadas nos requisitos ora examinados. [...] (BITENCOURT, 2014, p. 660-661, grifos no original).

O inciso II do art. 44 estipula que, para a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos, o réu não poderá ser reincidente em crime *doloso*. Assim sendo, a reincidência em crime *culposo* não impede a substituição. Também não há óbice à substituição quando houver reincidência, mas um crime for doloso e outro for culposo. A previsão legal é benéfica, no entender de Bitencourt (2014, p. 662), pois "[...] basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual) seja culposo e não haverá *reincidência dolosa* [...]" (grifos no original).

Porém, lições doutrinárias mostram que deve ser feita a correta interpretação sistemática que combine o inciso II e o § 3º do art. 44. Dessa interpretação, verifica-se haver situações nas quais o condenado reincidente em crime doloso poderá ser beneficiado com a substituição. É o parecer de Bitencourt: "[...] A própria *reincidência em crime doloso*, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, 'em face de condenação anterior', a medida (substituição) poderá ser 'socialmente recomendável'. [...]" (BITENCOURT, 2014, p. 662, grifos no original). Gomes (2000, p. 122) ressalta que o julgador deverá analisar apuradamente a natureza do crime, a culpabilidade do agente, a reprovabilidade do agente, os antecedentes do agente, bem como a condenação anterior.

Somente a reincidência específica em crime doloso constitui impedimento absoluto à substituição da pena de prisão, conforme o final do § 3º do art. 44 do Código Penal. Quanto à reincidência específica em crime doloso, "é correto entender que a reincidência pelo 'mesmo crime', consoante o § 2º (*sic*) do art. 44 do CP, é por crime doloso (feita a interpretação sistemática e tendo em vista o enunciado do inciso II do mesmo artigo)." (BOSCHI, 2014, p. 330).

O inciso III do art. 44 faz referência às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que são tomadas em conta durante a dosimetria da pena. Bitencourt (2014, p. 663) afirma que o julgador faz uma prognose de suficiência da substituição, e adverte que a ampliação das possibilidades de substituição impõe que o Poder Judiciário exerça uma análise exigente do requisito compreendido no inciso III do art. 44, a fim de impedir possíveis excessos da norma legal.

2.1.3.2 Penas aplicáveis conforme o quantum de pena privativa de liberdade a substituir

Examinemos o art. 44, § 2º, do Código Penal:

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

.....
 § 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).

O dispositivo legal é autoexplicativo. Condenações a até um ano de prisão poderão ser substituídas por pena de multa ou por pena restritiva de direitos. Condenações superiores a um ano de prisão poderão ser substituídas por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa, ou por duas penas restritivas de direitos. Aproveita-se a ocasião para destacar que a natureza da "multa substitutiva" será examinada em tópico próprio.

Bitencourt (2014, p. 664) e Prado (2013, p. 689) sustentam que, na substituição por duas penas restritivas de direitos, devem-se aplicar penas executáveis simultaneamente. Entretanto, para Gomes (2000, p. 132), nada obstará a substituição por duas penas restritivas de direitos executáveis sucessivamente.

Bitencourt demonstra que haverá situações em que, mesmo para condenações de até um ano de prisão, é aplicável pena restritiva de direitos cumulada com pena de multa:

A possibilidade de *substituir* por uma pena restritiva de direitos e multa pena superior a um ano *não impede* que seja possível a *aplicação cumulativa* de pena restritiva de direitos e multa em infrações penais com penas de até um ano, inclusive. Será possível a *aplicação cumulativa* em delitos que *cominem* pena privativa de liberdade *cumulada* com a de multa, como

ocorre, por exemplo, com os crimes de usurpação (arts. 161 e 162 do CP). Com efeito, *substitui-se* a pena privativa de liberdade por uma restritiva e *mantém-se* a pena de multa. Caso contrário, *quando a lei prevê cumulativamente pena privativa de liberdade e multa, o juiz ficaria sempre impossibilitado de fazer a substituição da pena de prisão*, porque também não pode deixar de aplicar a pena de multa prevista *cumulativamente*. E não é esse o espírito do Código. O que a lei não permite efetivamente é a *substituição cumulativa* — que não se confunde com *aplicação cumulativa* — das duas penas referidas para crimes com penas de até um ano (art. 44, § 2º). [...] (BITENCOURT, 2014, p. 660, grifos no original).

É necessário ressaltar que as condenações a até seis meses de prisão não são substituíveis pela pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: "Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade." (BRASIL, 1940). É difícil entender a finalidade de tal limitação. Não parece haver fundamento para impedir a aplicação da mencionada pena às condenações iguais ou inferiores a seis meses de prisão. Essa limitação é criticada por Bitencourt, conforme segue:

Essa *limitação*, para cima, da aplicabilidade da *prestação de serviços à comunidade* constitui um equívoco injustificável do legislador, impedindo o juiz de melhor adequar a *pena justa* ao caso concreto. É contraditória essa limitação para um diploma legal que tem a pretensão de ampliar a opção de alternativas à pena privativa de liberdade, especialmente quando exclui das pequenas infrações — aquelas de menor potencial ofensivo — a aplicação da mais extraordinária pena alternativa e que teve e tem a maior repercussão e melhor aceitação, mundialmente, desde a pioneira experiência inglesa desde 1972. (BITENCOURT, 2014, p. 669, grifos no original).

Uma vez atendidos os requisitos de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, esta substituição constituiria direito subjetivo público do condenado? Bitencourt (2014, p. 669) afirma que sim, atendidas as exigências legais, o condenado tem direito subjetivo público à substituição. Gomes (2000, p. 125) tem o mesmo entendimento, acrescentando que, caso o julgador não realize a substituição, é cabível ajuizar apelação ou *habeas corpus*. Conforme Silva (2006, p. 7), o juiz somente aplicará a pena restritiva quando satisfeitas as condições legais, que imprescindivelmente constarão da sentença, do que decorre que o apenado à pena restritiva é sujeito de direito e não mero beneficiário. Boschi (2014, p. 326) e Prado (2013, p. 691) não entendem que o condenado tenha direito subjetivo público à substituição; entretanto, reconhecem que o julgador deverá expor na sentença o seu posicionamento sobre a questão.

O Supremo Tribunal Federal também diverge acerca de haver ou não um direito público subjetivo à substituição. Seguem ementa e trecho de julgado que entende pela existência desse direito.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. Condenação, em grau de recurso, a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão pela prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Afirmação, no acórdão, de que o paciente é primário, tem bons antecedentes e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Fixação do regime fechado para o cumprimento da pena. Incongruência: presentes o requisito objetivo --- quantidade de pena --- e subjetivos, o regime inicial do cumprimento da pena é o aberto (artigo 33, § 2º, alínea c do Código Penal). *2. Direito, ainda, à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos (artigo 44, § 2º do Código Penal).* Ordem concedida.

.....
6. A substituição da pena privativa de liberdade consubstancia direito público subjetivo. Presentes os requisitos de substituição, o Juiz resulta vinculado pelo dever de concretizá-la.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 98769 / SP, Relator: Min. Eros Grau, 2009, grifos meus).

Examine-se ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal que entende inexistir direito público subjetivo à substituição:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS PREENCHIDOS EM TESE. AFASTAMENTO DOS ÓBICES LEGAIS. ANÁLISE A CARGO DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. A questão de direito diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao recorrente quanto ao crime de posse ilegal de arma de fogo por restritiva de direitos. 2. *Não há que se falar em direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.* 3. Os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos foram, em tese, preenchidos.

.....
 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 100657 / MS, Relator: Min. Ellen Gracie, 2010, grifos meus).

É inegável a autoridade da doutrina de Boschi e de Prado; é respeitável o entendimento da Ministra Ellen Gracie. Todavia, a posição doutrinária de Bitencourt e de Gomes, bem como o julgamento do Ministro Eros Grau, parece ser mais conforme ao propósito das penas restritivas de direitos. Considerando que o preenchimento dos requisitos legais já oportuniza a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, não parece lógico conceder ao julgador a

faculdade de efetuar ou não efetuar a mencionada substituição. Isso submeteria desnecessariamente o condenado à discricionariedade do julgador, e constituiria um obstáculo subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade, em adição ao obstáculo objetivo dos requisitos legais.

2.1.4 Conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade

A conversão que examinaremos neste subtítulo tem previsão legal no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal:

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

.....
§ 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. (BRASIL, 1940).

Antes da análise dos dispositivos legais, é necessário compreender quais finalidades busca o legislador ao estabelecer a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade. Bitencourt afirma que a conversão visa a manter a coercitividade das penas restritivas de direitos:

Ao adotar as *penas restritivas de direitos*, as quais dependem em grande parte da *autodisciplina* e do *senso de responsabilidade* do sentenciado, era indispensável dotá-las de *coercibilidade*. E, para isso, nada melhor do que a previsão da possibilidade de *convertê-las* em pena privativa de liberdade, representando a espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do apenado. [...] (BITENCOURT, 2014, p. 693-694, grifos no original).

A doutrina demonstra que a coercibilidade das penas restritivas de direitos está na possibilidade de conversão das referidas penas em penas privativas de liberdade.

2.1.4.1 Hipóteses de conversão

Analisando a primeira parte do § 4º do art. 44, verificamos a primeira causa de conversão, o "descumprimento injustificado da restrição imposta". Bitencourt (2014, p. 695) refere que, nas situações de descumprimento da restrição imposta, o juiz deve ouvir o condenado para que este tenha a oportunidade de justificar o descumprimento. Gomes (2000, p. 133-134) tem entendimento semelhante ao de Bitencourt:

[...] É de fundamental importância, por isso, tanto nessa como nas demais hipóteses de conversão, o *respeito ao devido processo legal* [...], particularmente ao contraditório, impondo-se a oitiva do condenado, se possível, e/ou de seu defensor, antes da decisão [...]. (GOMES, 2000, p. 134, grifos no original).

A segunda causa de conversão está no § 5º do art. 44: superveniência de condenação à pena privativa de liberdade por outro crime. No entender de Bitencourt (2014, p. 695), o dispositivo legal estabelece uma hipótese de "[...] *relativa obrigatoriedade de conversão em pena de prisão* [...]" (grifos no original). Bitencourt (2014, p. 695-696), embora não haja previsão legal expressa, sustenta tratamento distinto para situações distintas: a de crime cometido durante e a de crime cometido antes do cumprimento da pena restritiva de direitos. Para a primeira situação, a reincidência criminosa comprovaria que a pena restritiva de direitos não foi bastante para a prevenção e a reprovação do crime, o que justifica a conversão. Para a segunda situação, a conversão da pena restritiva de direitos configuraria grave injustiça, por decorrer de resultado que o condenado não poderia mais evitar, o que justifica a não conversão.

Reitere-se que não é compulsória a conversão em virtude de condenação à pena privativa de liberdade por outro crime. Conforme a segunda parte do § 5º do art. 44, "[...] 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 legislação possibilita afastar a conversão quando for possível cumprir simultaneamente a primeira pena e a segunda pena; a conversão tem lugar somente quando não ocorre nem substituição nem suspensão da nova pena aplicada e é impossível cumprir as duas penas simultaneamente (BITENCOURT, 2014, p. 696).

2.1.4.2 Conversão das penas restritivas de direitos e detração penal

A segunda parte do § 4º do art. 44 demonstra que o legislador consagrou o princípio da detração penal: "[...] 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." (BRASIL, 1940). Havendo conversão de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, essa conversão incidirá somente sobre o tempo de pena faltante para cumprir (BITENCOURT, 2014, p. 694). Conforme Bitencourt (2014, p. 695), o legislador ressaltou que, havendo conversão, a pena a cumprir durará um mínimo de trinta dias. Na visão desse autor, o legislador pretendeu coibir possíveis desrespeitos e possíveis descumprimentos das restrições impostas, sobretudo no final do cumprimento da pena restritiva de direitos. Para Bitencourt, a ausência dessa ressalva retiraria a coercitividade da lei. Por outro lado, Gomes (2000, p. 138-139) desaprova a prescrição legal do saldo mínimo, pois ela consistiria em prisão imposta pelo legislador e não pelo juiz, e representaria violação aos princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.

2.1.4.3 Sobre a conversibilidade das penas restritivas de natureza pecuniária

A doutrina diverge quanto à conversibilidade ou inconversibilidade das penas restritivas de direitos de natureza pecuniária – perda de bens e valores e prestação pecuniária – em penas privativas de liberdade. Quanto à prestação pecuniária, Boschi (2014, p. 322) denota que tal divergência resulta da omissão da legislação penal em disciplinar as consequências do incumprimento dessa pena.

Bitencourt (2014, p. 692-693) apresenta vários argumentos pela inconversibilidade dessas penas pecuniárias. Primeiro, as penas pecuniárias não poderiam ser convertidas devido ao descumprimento injustificado da restrição imposta, pois neste caso o condenado possui apenas duas opções: cumprir ou descumprir a pena pecuniária. Segundo, a inconversibilidade das penas pecuniárias não decorreria da sua mensurabilidade ou não mensurabilidade, mas sim de uma política criminal condizente com o princípio constitucional proibitivo da prisão por dívidas. Terceiro, seria incoerente classificar a multa substitutiva como pena não mensurável e classificar a perda de bens e valores e a prestação pecuniária como

penas mensuráveis, pois isso resultaria em dar tratamento diferente a institutos iguais. Quarto, não é aplicável às penas pecuniárias o conceito de tempo de cumprimento de pena; disso resulta que não haveria como operar a detração penal sobre penas de natureza atemporal como as penas pecuniárias; portanto, as penas pecuniárias seriam inconversíveis pela inaplicabilidade da dedução prevista no § 4º do art. 44 do Código Penal.

Boschi (2014, p. 323), assim como Bitencourt, sustenta a inconversibilidade das penas pecuniárias com fulcro no princípio constitucional que, condizente com a Convenção Americana de Direitos Humanos, proíbe prisão por dívidas.

Quanto à prestação pecuniária, Gomes (2000, p. 141-142) diverge, afirmando que a prestação pecuniária tem natureza de pena, enquanto a multa tem natureza de dívida. Portanto, diferentemente da multa, a prestação pecuniária não se transforma em dívida de valor quando a condenação transita em julgado. Partindo dessas premissas, Gomes sustenta a conversibilidade da pena de prestação pecuniária. Quanto à perda de bens e valores, Gomes (2000, p. 138) não vê hipótese de descumprimento, porque essa pena não exige nenhum comportamento comissivo do condenado. Pode-se inferir que, para Gomes, não há discutir sobre a conversibilidade ou inconversibilidade da referida pena.

Embora parte da doutrina sustente a inconversibilidade da prestação pecuniária e da perda de bens de valores, os Tribunais interpretam a questão de uma forma mais legalista. O entendimento jurisprudencial é predominantemente favorável à conversibilidade das referidas penas pecuniárias. Segue excerto de recente julgado do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. DECLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. IDONEIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO NESSA EXTENSÃO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

.....
III – A fixação da pena de prestação pecuniária independe da dosimetria da pena de multa e deve, portanto, ter fundamentação própria e específica, porquanto o seu descumprimento pelo sentenciado pode implicar conversão em pena privativa de liberdade.
.....

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118433 / RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2013, grifos meus).

Segue fragmento de acórdão mais antigo, também do Supremo Tribunal Federal. Neste julgado, percebe-se um entendimento semelhante àquele sustentado por Gomes (2000, p. 141-142) em sua doutrina.

EMENTA: HABEAS CORPUS. *PACIENTE CONDENADO POR TURMA RECURSAL À PENA DE DETENÇÃO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RELATIVAMENTE AO VALOR FIXADO. Possibilidade de conhecimento do writ, tendo em vista tratar-se de pena que, diferentemente do que ocorre com a multa, é suscetível de ser convertida em pena prisão. Necessidade de motivação da dosimetria aplicada, considerado não apenas o dano causado à vítima, mas também, por razões óbvias, a situação econômica do réu. Caso em que a formalidade não foi cumprida. Habeas corpus parcialmente deferido para, mantidas a condenação e a sua conversão em pena restritiva de direitos, determinar que a Turma Recursal fundamente a fixação da prestação pecuniária aplicada.*

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 82187 / MG, Relator: Min. Ilmar Galvão, 2002, grifos meus).

Prosseguindo nesta investigação, verifica-se que a doutrina aponta ser inadmissível a conversibilidade da "multa substitutiva", a multa aplicada isoladamente ou cumulativamente em substituição à pena privativa de liberdade. A essa multa substitutiva também se aplica o regramento dos artigos 49 a 52 do Código Penal. Neste momento, interessa examinar o art. 51 do Código:

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

Bitencourt (2014, p. 753) entende que a multa penal perdeu a sua coercitividade, pois a Lei nº 9.268/1996 determinou a inconversibilidade dessa multa em pena privativa de liberdade. Gomes (2000, p. 136-137) defende que a multa substitutiva é inconversível em pena privativa de liberdade, por duas razões. Primeira razão, a conversão de pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade pressupõe o descumprimento injustificado da pena restritiva imposta, e a natureza da multa substitutiva é diversa da natureza das penas restritivas. Segunda razão, a Lei nº 9.268/1996 conferiu à multa a natureza de dívida de valor. Assim, sendo a multa uma dívida de valor, é impossível convertê-la em pena de prisão, por força do princípio constitucional proibitivo da prisão por dívidas.

2.1.5 Espécies de penas restritivas de direitos no Código Penal

2.1.5.1 Prestação pecuniária

A definição legal da pena de prestação pecuniária está no art. 45, § 1º, do Código Penal:

Art. 45. [...]

.....
 § 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 coincidentes os beneficiários. (BRASIL, 1940).

Apesar da definição legal estabelecida, o entendimento doutrinário é de que a prestação pecuniária visa a "[...] *reparar o dano* causado pela infração penal. Tanto é verdade que 'o valor pago' deverá ser 'deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários' (art. 45, § 1º) [...]" (BITENCOURT, 2014, p. 670, grifos no original). "Essa espécie de pena pressupõe dano patrimonial ou moral, sendo seus beneficiários diretos a vítima e seus *dependentes*." (BOSCHI, 2014, p. 320).

Em decorrência de sua natureza reparatória, a prestação pecuniária tem como destinatários preferenciais a vítima ou seus dependentes, ressalvadas as situações excepcionais de destinação a entidades públicas ou privadas com destinação social, que são: inexistência de dano a reparar e inexistência de vítima ou dependentes (BITENCOURT, 2014, p. 670).

Para Bitencourt (2014, p. 671), o legislador errou ao estabelecer que se possa descontar o montante da prestação pecuniária somente do montante de eventual condenação em ação reparatória cível. O autor refere não ser possível descontar o valor pago na prestação pecuniária do valor pago em eventual composição ou conciliação realizada em ação reparatória cível.

Bitencourt (2014, p. 671-672) contesta a constitucionalidade do parâmetro escolhido para calcular a prestação pecuniária e sustenta que a utilização do sistema de dias-multa manteria a harmonia do Código Penal no tocante às penas pecuniárias. O autor critica o limite mínimo dessa pena, argumentando que o

prejuízo decorrente do crime comumente não alcança esse limite, e ressaltando que o sistema penal alcança principalmente as pessoas pobres, cuja situação financeira provavelmente não tolerará pena nesse patamar. O autor defende a utilização do sistema dias-multa, que reduziria o limite inferior da prestação pecuniária a um terço do salário mínimo.

Quanto à definição do valor da prestação pecuniária, Gomes (2000, p. 141) nota que a legislação não estabeleceu equivalência entre a pena de prisão e o valor da prestação pecuniária; caberá ao juiz estipular um valor adequado para prevenir e reprovar o crime, avaliando a situação econômica do condenado e, havendo vítima, a extensão do prejuízo infligido a esta. Boschi (2014, p. 322) adverte que, como a prestação pecuniária tem natureza indenizatória, seu montante não deve exceder o do prejuízo causado.

2.1.5.2 Perda de bens e valores

O regramento legal da pena de perda de bens e valores está no art. 45, § 3º, do Código Penal:

Art. 45. [...]

.....
§ 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. (BRASIL, 1940).

Bitencourt (2014, p. 672) entende que a pena de perda de bens e valores é, na verdade, a pena de confisco, banida das legislações penais modernas. Recorda a não consagração do confisco pelo Código Penal de 1940, bem como a sua proibição pela Constituição de 1969, sendo possível apenas confiscar os instrumentos e produtos do crime, como efeito da condenação. O autor vê um instrumento de arrecadação financeira estatal nessa pena. A lei brasileira anterior, no entender de Bitencourt (2013b, p. 143), adequava-se à doutrina contemporânea, e instituía o confisco apenas como efeito da condenação, restrito aos instrumentos do crime ou produtos do crime. Instrumentos do crime são objetos empregados na ação delituosa; produtos do crime são coisas, vantagens, bens ou valores adquiridos mediante a conduta criminosa.

Confisco é a pena pela qual o Estado retira bens do particular. Bastante utilizado na Antiguidade, foi combatido pela filosofia iluminista, pois feria o princípio da personalidade ao alcançar a família do apenado (BITENCOURT, 2013b, p. 143). Bitencourt (2013b, p 145-146) vê inconstitucionalidade na pena de perda de bens e valores. Afirma que, se "perda de valores" tem sentido idêntico a "perda de bens", é uma expressão dispensável. Se "perda de valores" tem sentido diferente, é uma expressão inconstitucional. Primeiro, porque a Constituição não prevê essa pena; segundo, por que essa pena violaria o princípio da personalidade devido à possibilidade de alcançar o patrimônio do cônjuge, de herdeiros e sucessores. O autor argumenta ser inconstitucional a própria previsão constitucional, contida no art. 5º, XLV, de extensão da pena de perda de bens aos sucessores, nos limites da herança recebida. Esse dispositivo constitucional, por permitir que a pena possa ultrapassar a pessoa do condenado, representa violação aos princípios constitucionais da individualização da pena e da personalidade da pena. Igualmente, ignora que a morte do condenado é causa de extinção da punibilidade. O entendimento de Prado (2013, p. 680-681) é semelhante. Percebe, na possibilidade de extensão dessa pena aos sucessores do apenado, uma violação aos princípios da individualização da pena, da personalidade da pena e da dignidade da pessoa humana.

Bitencourt distingue a perda de bens e valores – enquanto pena – da perda de bens e valores – enquanto efeito da condenação:

Há duas distinções básicas entre "confisco-pena" e "confisco-efeito da condenação": 1ª) o *confisco-efeito* destina-se à *União*, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao *Fundo Penitenciário Nacional*; 2ª) o objeto do *confisco-efeito* são os *instrumentos e produtos do crime* (art. 91, II, do CP), enquanto o objeto do *confisco-pena* é o *patrimônio* pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a *reparação do prejuízo causado* nem o *proveito do crime*. Esses dois — prejuízo causado e proveito do crime — servem apenas de parâmetro para o cálculo. (BITENCOURT, 2014, p. 673, grifos no original).

A doutrina aponta duas limitações ao confisco. Primeira, o teto da quantia confiscável, que será o maior valor entre o do prejuízo causado e o do proveito obtido com o crime. Segunda, a aplicabilidade do confisco somente às condenações a pena de até quatro anos de prisão que sejam substituíveis por pena restritiva de direitos (BITENCOURT, 2014, p. 673).

Boschi (2014, p. 325) percebe que a Lei nº 9.714/1998 não disciplinou parâmetros de cálculo dessa pena, estabelecendo somente o seu limite máximo. A lei tampouco disciplinou a conversão e a execução dessa pena.

2.1.5.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

O art. 46 e respectivos parágrafos, do Código Penal, estabelecem as regras atinentes à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas:

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 serviço 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. (BRASIL, 1940).

O legislador pátrio, influenciado pelos sucessos de países europeus, viu na prestação de serviços comunitários uma pena não dessocializadora. Mas esse legislador precaveu-se, estabelecendo rigorosa correlação entre as tarefas designadas ao apenado e suas aptidões individuais, bem como determinando que a execução das tarefas não conflite com a jornada profissional do apenado (BITENCOURT, 2014, p. 678). É uma pena que evita a prisão, enquanto exige que o apenado trabalhe para uma entidade de interesse público. O cumprimento da pena é público, digno e socialmente útil, diminuindo a ideia de impunidade e garantindo eficácia preventiva geral. A eficácia preventiva especial é demonstrada pelos baixos índices de reincidência (AGUIAR JÚNIOR, 2013, p. 38).

Boschi (2014, p. 314) refere que essa pena preserva as relações empregatícias e sociais do apenado.

Considerando o conceito da prestação de serviços à comunidade, descrito no § 1º do art. 46 do Código Penal, Gomes (2000, p. 149-150) afirma ser uma pena personalíssima, pois ninguém poderá cumpri-la no lugar do apenado. O autor

ressalta a incontestável constitucionalidade dessa pena, exatamente por ser uma alternativa humanitária ao cárcere.

O Código Penal, em seu art. 46, § 2º, arrola os locais de execução da prestação de serviços comunitários. A definição dessa pena cuidadosamente estabeleceu as entidades beneficiárias da prestação gratuita de serviços comunitários, excluindo do elenco as entidades com fins lucrativos, para impedir que estas explorassem o trabalho gratuito (BITENCOURT, 2014, p. 679). "[...] Logo, toda instituição filantrópica, de utilidade pública, ou comunitária, poderá ser conveniada e credenciada para participar desse *programa alternativo* à pena de prisão. [...]" (BITENCOURT, 2014, p. 679, grifos no original).

Encontra-se no art. 46, § 3º, do Código Penal, a regra referente à atribuição das tarefas aos apenados. Tal regra impõe correspondência entre as tarefas atribuídas ao apenado e as aptidões individuais deste; além disso, denota atenção ao princípio da personalidade e à individualização da pena, e oportuniza a impugnação judicial ou administrativa às decisões que atribuírem ao apenado tarefas inadequadas às suas aptidões individuais (BOSCHI, 2014, p. 314). Gomes (2000, p. 150) refere que o princípio da individualização da pena reside na atribuição de tarefas adequadas às aptidões do apenado. Defende também que é vedado atribuir tarefas atentatórias à dignidade humana. O apenado deverá receber tarefas conformes às suas aptidões, pois a prestação de serviços comunitários não pode ensejar crueldade ou humilhação (NUCCI, 2013, p. 274).

Também se encontra no art. 46, § 3º, do Código Penal, a regra referente ao horário de cumprimento da pena. A legislação brasileira estabeleceu que o cumprimento da pena ocorra em horário distinto do horário de trabalho. Cumprir a pena durante o horário de trabalho atrapalhará a ressocialização, pois prejudicará as estruturas profissional, familiar e social do condenado, assim como complicará o sustento familiar do condenado. A Lei nº 9.714/1998 não determina claramente o horário de prestação das tarefas, prevendo apenas que elas sejam designadas de modo a não interferir na jornada profissional do apenado (BITENCOURT, 2014, p. 679-680). A doutrina refere que, a requerimento do apenado, o juiz da execução poderá reajustar os dias e horários de execução da pena de modo a evitar prejuízos profissionais ao apenado e manter o sustento familiar deste (BOSCHI, 2014, p. 315).

Quanto à regra que impõe cumprir uma hora de pena por dia de condenação, note-se que essa soma corresponderá a trinta horas mensais, exceto se houver o

cumprimento antecipado da pena previsto no art. 46, § 4º (BITENCOURT, 2014, p. 680). Bitencourt explica a diferença entre a Lei nº 9.714/1998 e a lei anterior:

A carga horária semanal pode ser distribuída livremente. Embora a nova lei omita a referência a sábados, domingos e feriados, ao contrário do que fazia o texto legal revogado, nos parece que essa recomendação permanece, como os dias preferenciais, além de outros horários correspondentes aos dias úteis, desde que não prejudiquem a jornada normal de trabalho do beneficiário, pois é indispensável que se harmonizem com as disponibilidades do condenado. (BITENCOURT, 2014, p. 680).

O Código Penal, no art. 46, § 4º, disciplina a possibilidade de cumprimento antecipado da prestação de serviços à comunidade. Se a pena de prisão substituída exceder a um ano de duração, o apenado poderá cumpri-la em menor tempo, nos termos do mencionado § 4º. Como anota Gomes (2000, p. 153-154), os condenados a pena superior a um ano poderão antecipar o cumprimento da pena, trabalhando mais horas por dia ou por semana; entretanto, essa faculdade não foi concedida aos condenados à pena de até um ano. Para o autor, há injustiça nessa diferenciação de tratamento, pois a faculdade de antecipar o cumprimento da pena deveria ser estendida aos condenados à pena de até um ano de prisão. Com entendimento semelhante, Bitencourt (2013b, p. 162) afirma que é elogiável estabelecer a faculdade prevista no § 4º do art. 46, mas que é injusto limitar esse benefício às condenações superiores a um ano de duração, podendo ocorrer que um condenado à pena inferior a um ano cumpra pena por mais tempo que um condenado à pena superior a um ano. Aguiar Júnior (2013, p. 40), também aponta essa desigualdade, em que o condenado a treze meses poderá antecipar o cumprimento da pena, e o condenado a um ano não poderá fazê-lo.

O sentido retributivo da prestação de serviços comunitários está, em parte, no dissabor de se cumprir essa pena enquanto a sociedade vive momentos de descanso. Entretanto, a prestação desses serviços suscita uma sensação de utilidade no apenado, e a sociedade comumente manifesta gratidão pelos serviços feitos. O condenado passa por um processo de reflexão que facilita o propósito ressocializador. Essa pena conserva a vida normal do apenado, e simultaneamente enseja um tratamento ressocializador mínimo sem interferir no horário de trabalho (BITENCOURT, 2014, p. 681). Porém, a doutrina constata que a operacionalização dessa pena esbarra na inexistência de entidades apropriadas, de pessoal especializado, em problemas de fiscalização da execução penal, bem como na

aceitação da pena pelo apenado (BITENCOURT, 2014, p. 681). Além disso, Santos (2005, p. 87) aponta que nem a comunidade, nem o poder público, demonstram receptividade em receber serviços prestados por indivíduos alcançados pelo desprestígio da condenação criminal.

2.1.5.4 Interdição temporária de direitos

As regras concernentes à interdição temporária de direitos estão no art. 47 e respectivos parágrafos, do Código Penal:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:
I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
IV - proibição de freqüentar determinados lugares.
V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.
(BRASIL, 1940).

A doutrina entende que, diversamente das penas restritivas genéricas, a interdição temporária de direitos é pena restritiva específica, aplicável apenas a determinados delitos. Essa pena tem grande valor preventivo especial, pois previne o surgimento das condições que ocasionam a reincidência. É a única pena realmente restritiva de direitos, possuindo grande poder preventivo geral, principalmente no caso das interdições temporárias de direitos que vedam o exercício de profissão remunerada, pois desestimula abusos e desrespeitos a obrigações funcionais e profissionais, devido ao impacto prejudicial sobre a renda do apenado (BITENCOURT, 2014, p. 682-683).

Conforme a lição de Boschi (2014, p. 317), "As penas restritivas dos incisos I e II do art. 47 do CP são aplicáveis quando o agente, na prática do crime, tiver violado algum dever inerente à profissão, mandato, atividade, ofício, cargo ou função (art. 56)". Conforme idônea doutrina, se a pena não fosse aplicada somente nessas hipóteses restritas, ela violaria a liberdade de atividade profissional e dificultaria o sustento pessoal e familiar do apenado (BITENCOURT, 2014, p. 683).

Bitencourt (2014, p. 684) critica a presença da "proibição de frequentar determinados lugares" no elenco de interdições temporárias de direitos; nessa

espécie de interdição, o autor não vê uma restrição de direitos, mas sim uma restrição de liberdade.

Da leitura do art. 47 e incisos, do Código Penal, verifica-se que a interdição temporária de direitos é um gênero subdividido em cinco espécies. É necessário examinar alguns pormenores de cada uma delas.

Analise-se a espécie do art. 47, I, do Código Penal: "[...] proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;" (BRASIL, 1940). Essa interdição alcança as atividades praticadas por quem esteja no efetivo exercício de cargo, função, ou atividade pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Essa pena será aplicável quando a conduta delituosa incluir desrespeito a deveres funcionais; entretanto, essa conduta não precisa constituir crime contra a Administração Pública (BITENCOURT, 2014, p. 684).

A referida interdição poderá afetar o direito ao exercício de mandato eletivo, mediante a suspensão parcial dos direitos políticos. Essa suspensão difere da perda do mandato eletivo, que ocorre em outras hipóteses, como efeito específico da condenação, conforme art. 92, I, do Código Penal (BITENCOURT, 2014, p. 684). Gomes (2000, p. 156) ressalta que a decisão judicial proibitiva do exercício de mandato eletivo tem eficácia imediata e validade fundamentada pelo art. 15, III, da Constituição. Contudo, há uma exceção: o art. 55, VI, § 2º, da Constituição, estabelece regra específica, pela qual deputados federais e senadores não são puníveis com a proibição temporária do exercício do mandato eletivo, e são puníveis somente com a perda do mandato eletivo.

O art. 47, II, do Código Penal, contém outra espécie de interdição relacionada ao exercício de atividades profissionais. É a "[...] proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;" (BRASIL, 1940).

Conforme a lição de Bitencourt (2014, p. 684), essa interdição refere-se às "[...] profissões, atividades ou ofícios que exigem *habilitação especial* ou *autorização do poder público* para poderem ser exercidas" (grifos no original). São exemplos os casos dos administradores, dos contadores, dos psicólogos. Se, no exercício do seu ofício, o profissional praticar crime com transgressão aos deveres desse ofício, poderá ser punido com essa interdição, que deverá incidir somente sobre a profissão, a atividade ou o ofício em que o apenado cometeu abuso (BITENCOURT, 2014, p. 685).

O art. 47, III, estabelece a "[...] suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo." (BRASIL, 1940). Essa interdição aplica-se somente aos crimes culposos de trânsito, conforme estabelece o art. 57 do Código Penal. Bitencourt ressalta que a distinção entre autorização e habilitação tem origem no antigo Código Nacional de Trânsito, Lei nº 5.108/1966:

[...] O legislador brasileiro, aqui, ainda sob a vigência do antigo Código Nacional de Trânsito (Lei n. 5.108/66), primou pelo preciosismo técnico, distinguindo "autorização" de "habilitação". A "autorização" destinava-se aos condutores de veículos de *propulsão humana* ou de *tração animal* e aos *condutores estrangeiros* de veículos automotores devidamente habilitados em seus países de origem. Já a "habilitação" é a licença concedida para condução de veículo automotor, a todo aquele que for aprovado nos exames de praxe, a quem é conferida a "Carteira Nacional de Habilitação" [...]. (BITENCOURT, 2014, p. 685, grifos no original).

A Lei nº 9.503/1997, Código de Trânsito Brasileiro, criou a "permissão" para dirigir, válida por um ano e concedida ao candidato aprovado nos exames de habilitação. O beneficiário da permissão recebe a Carteira Nacional de Habilitação se, findo o prazo da permissão, não houver cometido infração grave, nem infração gravíssima, nem houver reincidido em infração média (BITENCOURT, 2014, p. 685-686). Estas regras estão colocadas no art. 148, §§ 2º e 3º, do Código de Trânsito Brasileiro.

O Código de Trânsito Brasileiro alterou essa pena restritiva, afirma Gomes: "[...] a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, no CTB, 'pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades' (art. 292)." (GOMES, 2000, p. 157). A doutrina ressalta que, no Código Penal, a suspensão da habilitação é pena substitutiva da pena de prisão; por outro lado, no Código de Trânsito Brasileiro, a suspensão da habilitação é pena cumulativa ou pena principal; portanto, no Código de Trânsito Brasileiro, o juiz aplicará diretamente a referida suspensão (GOMES, 2000, p. 157).

Gomes (2000, p. 158) demonstra que houve derrogação do art. 47, III, do Código Penal, na parte referente à suspensão da habilitação para dirigir. O atual Código de Trânsito Brasileiro, para os crimes culposos de trânsito nele previstos, comina a pena de suspensão da habilitação cumulativamente à pena de prisão. Daí resulta uma incompatibilidade que impossibilita substituir a pena de prisão pela pena

de suspensão da habilitação. O autor adverte que, todavia, continua vigente a suspensão da autorização para dirigir.

Enfatize-se que somente pode ser punido com essa interdição quem possuía autorização ou habilitação para dirigir à época do crime, sendo que, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal, essa interdição não pode ser aplicada a quem possuía apenas permissão para dirigir ao tempo do crime (BITENCOURT, 2014, p. 687).

No art. 47, IV, do Código Penal, está outra espécie de interdição temporária de direitos: a "[...] proibição de frequentar determinados lugares." (BRASIL, 1940). Acerca desta interdição temporária de direitos, encontram-se diversos entendimentos doutrinários, tais como: críticas severas à própria existência da pena; críticas à delimitação do conteúdo da pena.

No entender de Bitencourt (2014, p. 687), essa interdição temporária não é uma pena restritiva de direitos, mas é uma pena restritiva de liberdade; também é uma demonstração do pensamento míope e antiquado do legislador; essa restrição de liberdade seria adequada na época em que se falava em casa de meretrício ou casa de tavolagem, mas não na atualidade; o autor afirma que seria absurdo proibir de frequentar lugares onde houve cometimento acidental de crimes, lugares que não exercem qualquer influência criminógena sobre o apenado.

Por sua vez, Prado (2013, p. 686) sustenta que o conteúdo dessa interdição temporária de direitos deveria ser mais bem delimitado. Com base em doutrina, esta investigação entende que, enquanto o legislador não atuar para melhor determinar a referida pena, caberá ao julgador definir quais lugares o apenado não poderá frequentar. "Constitui obrigação impostergável do juiz *individualizar* corretamente essa pena restritiva, é dizer, ao juiz cabe dizer com clareza inequívoca quais são os lugares proibidos de frequentar. [...]" (GOMES, 2000, p. 158, grifos no original).

Bitencourt (2014, p. 687-688) detalha a questão da determinação dos lugares objeto da proibição. É impositivo que a proibição de frequentar determinados lugares limite-se ao local ou aos locais da prática do crime. Além disso, a aplicação dessa proibição justifica-se somente quando o local da prática do crime exercer influência criminógena sobre a conduta ou a personalidade do condenado. Assim, impõe-se que o local da prática da infração penal não tenha sido apenas circunstancial para o fenômeno criminal; igualmente, somente se pode aplicar essa interdição para punir infração penal que guarde relação com o local de seu cometimento; por fim, não se

deve aplicar essa interdição ao delinquente eventual, para o qual o local do crime é meramente accidental e não exerce influência criminógena.

A interdição temporária de direitos prevista no art. 47, V, do Código Penal, é a "[...] proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos." (BRASIL, 1940). A doutrina constata que o legislador esqueceu que as interdições temporárias de direitos têm aplicabilidade específica, pois não determinou nem os casos e nem as situações de aplicação da interdição prevista no inciso V do art. 47. Assim sendo, constata-se que a redação do dispositivo legal transforma essa interdição temporária de direitos em uma pena genérica, conferindo ao julgador uma discricionariedade de aplicação (BITENCOURT, 2014, p. 688-689).

Por isso, embora a intenção do legislador — pelo que se depreende de seu texto e da oportunidade de sua publicação — tenha sido a *fraude das provas do ENEM*, a sua aplicação não é obrigatória. Ou seja, a *proibição (sic) de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos* poderá acabar, por opção do julgador, não sendo a pena aplicada para quem for condenado pelo crime descrito no art. 311-A (fraudes em certames de interesse público). (BITENCOURT, 2014, p. 689, grifos no original).

Verifica-se que a explicação de Bitencourt não deixa dúvidas. A espécie de interdição temporária de direitos, ora examinada, é uma pena genérica.

2.1.5.5 Limitação de fim de semana

O art. 48 e seu parágrafo único, do Código Penal, contêm a previsão legal referente à limitação de fim de semana:

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (BRASIL, 1940).

A doutrina percebe a limitação de fim de semana como uma espécie de prisão com interrupções. "O que a lei chama de limitação de fim de semana, na verdade, é uma verdadeira 'prisão de fim de semana', porque o condenado fica privado da liberdade durante o período da sua execução." (GOMES, 2000, p. 159). Bitencourt (2014, p. 675) afirma que limitação de fim de semana é a denominação da legislação

brasileira para a prisão descontínua, pena encontrada nas legislações penais portuguesa, alemã, belga, espanhola. No entender de Boschi (2014, p. 319), "[...] é espécie de pena privativa de liberdade, e não propriamente de restrição de direitos, porque o condenado deve permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado [...]".

Apesar disso, a doutrina compreende a pena de limitação de fim de semana como uma vantajosa alternativa à pena de prisão clássica. A vantagem está em o apenado manter suas relações com a sociedade e em evitar o deletério contato com as casas prisionais (GOMES, 2000, p. 159). Essa pena visa a manter o condenado em seu dia-a-dia e em suas relações sociais, bem como evitar as consequências da interação com o ambiente criminógeno da prisão, zelando pela prevenção especial (BITENCOURT, 2014, p. 675).

A finalidade preventiva geral da limitação de fim de semana é garantida pelo seu cumprimento fracionado em dias livres, pela forma e pelo local de execução da pena; essa pena também objetiva evitar que as consequências econômicas e sociais estendam-se à família do apenado, em atenção ao princípio da personalidade. Quanto à execução da pena, a doutrina refere não haver impeditivo ao seu cumprimento em horários variados, respeitadas as possibilidades do estabelecimento e, principalmente, preservadas as relações laborais do apenado (BITENCOURT, 2014, p. 675).

Bitencourt (2014, p. 675-676) critica o legislador, por determinar o cumprimento preferencial da pena em casa de albergado, quando tal estabelecimento era e é praticamente inexistente no sistema penitenciário brasileiro. Em seguida, comenta que tal estabelecimento deve ser edificado em centros urbanos, separadamente dos outros imóveis e, conforme o art. 94 da Lei de Execução Penal, não deve instalar obstáculos à fuga. Bitencourt (2014, p. 676) ressalta que cumpre ao albergado providenciar transporte até o estabelecimento; portanto, visando à conveniência, é impositivo construir a casa de albergado em centros urbanos com transporte coletivo.

Apesar de o legislador fixar prazo para que os entes federativos adotassem as medidas cabíveis para garantir a execução das penas restritivas de direitos, esses entes mantiveram a postura de descaso para com o sistema penitenciário e para com os presos. Como resultado, as casas de albergado, que serviriam para o cumprimento da pena de prisão em regime aberto, bem como para o cumprimento

da pena de limitação de fim de semana, não vieram a ser realidade. A sua inexistência redundou na inaplicabilidade prática da limitação de final de semana (BITENCOURT, 2014, p. 676).

O parágrafo único do art. 48 estabelece, em linhas gerais, a possibilidade da ministração de atividades educativas ao albergado.

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (BRASIL, 1940).

A limitação de fim de semana tem objetivos educativos, pois prevê que os apenados participem de atividades educativas durante o seu cumprimento (BITENCOURT, 2014, p. 676-677). Essa previsão condiz com as finalidades reeducadoras da pena, e evita a ociosidade prolongada de um grupo de apenados, que poderia resultar no que García Valdés (1981, p. 166, *apud* BITENCOURT, 2014, p. 677) chamou de "tertúlia de delinquentes". Porém, é difícil a concretização dessa norma, devido à falta de profissionais especializados, ao custo da contratação destes e à falta de espaço físico para atividades educativas.

2.1.5.6 A pena de "prestação inominada"

O art. 45, § 2º, do Código Penal, traz a previsão legal da "prestação de outra natureza", também chamada pela doutrina de "prestação inominada":

Art. 45. [...]

§ 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 coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (BRASIL, 1940).

Para descrever adequadamente a "prestação de outra natureza", é necessário ter em mente que a sua aplicação substituirá a aplicação da prestação pecuniária, regulada pelo art. 45, § 1º, do Código Penal. "Se houver concordância do

“beneficiário”, a pena de “prestação pecuniária” pode ser *substituída* por “prestação de outra natureza” (art. 45, § 2º) [...] (BITENCOURT, 2014, p. 673, grifos no original). Conforme Bitencourt (2014, p. 673), a natureza da nova prestação não poderá ser natureza pecuniária, o que impede sua transformação em multa ou perda de bens e valores.

Alguns doutrinadores criticam a "prestação de outra natureza", sob o argumento de que essa pena viola o princípio da legalidade. Nesse sentido, Bitencourt (2014, p. 673-674) afirma tratar-se de pena inominada, ou seja, pena indeterminada. Uma pena indeterminada configura violação ao princípio da legalidade, que não admite termos vagos, equívocos ou ambíguos. Prado (2013, p. 680) entende que essa pena traduz uma indiscutível violação ao princípio da legalidade, e que a indeterminação dessa pena contraria a certeza jurídica e a segurança jurídica. O legislador não especificou as hipóteses de aplicação dessa pena, originando uma pena indeterminada, "[...] que pode se tornar ilegal, quando abusiva e inadequada." (NUCCI, 2013, p. 278).

Há outros pensadores que não negam a indeterminação do texto legal; todavia, defendem a validade do objetivo da prestação de outra natureza. Martins (1999, p. 133, *apud* BOSCHI, 2014, p. 321) afirma que, se o beneficiário anuir, a prestação pecuniária poderá converter-se em "prestação de outra natureza", como entrega de coisa ou execução de atividades. Boschi (2014, p. 321) entende ser válida a previsão legal, embora a sua vagueza conflite com o princípio da legalidade, pois a prestação pecuniária visa a compensar economicamente a vítima.

A doutrina vê como imprescindível a aceitação do beneficiário para substituir a natureza pecuniária da prestação, o que confere um caráter consensual à "substituição" (BITENCOURT, 2014, p. 674). Bitencourt (2014, p. 674) analisa quem seria o beneficiário da substituição, se seria o condenado ou a vítima. No entender do autor, não pode ser o condenado, ou se incentivaria a vingança privada, pois haveria a situação em que o condenado preferiria cumprir prestação de outra natureza a pagar a prestação pecuniária, prejudicando os destinatários.

Dentre as diferentes penas pecuniárias, somente a prestação pecuniária é conversível em prestação de outra natureza, o que não ocorre com a multa nem com a perda de bens e valores. A explicação estaria na diferença das destinações: aquela se destina à vítima ou aos dependentes; estas se destinam ao Fundo

Penitenciário Nacional. É o desinteresse do Estado em relação à vítima (BITENCOURT, 2014, p. 674).

2.1.5.7 A "multa substitutiva"

O regramento legal referente à "multa substitutiva" está no art. 44, § 2º, do Código Penal:

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

.....
§ 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).

Da interpretação do § 2º, constata-se que existem duas hipóteses de aplicação da multa substitutiva.

A primeira é a das condenações a até um ano de pena de prisão. Nessa hipótese, a pena de prisão é substituível pela pena de multa, que será aplicada isoladamente. As condenações a até um ano de pena de prisão são substituíveis pela pena de multa, que, embora não esteja no rol de penas restritivas, tem finalidade e natureza de pena substitutiva à pena de prisão. Adverte o autor que a possibilidade legal de substituir penas de até um ano de prisão por pena de multa não exclui a possibilidade legal de substituir aquelas por pena restritiva de direitos (BITENCOURT, 2014, p. 668-669).

A segunda é a das condenações superiores a um ano de pena de prisão. Nessa hipótese, a pena de prisão é substituível pela pena de multa, que será aplicada cumulativamente com uma pena restritiva de direitos.

3 O SISTEMA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PROPOSTO PELO PROJETO DE LEI Nº 236/2012

3.1 ANALISANDO O SISTEMA PROPOSTO PELO PROJETO DE LEI

3.1.1 Considerações iniciais

O Projeto de Lei do Senado, nº 236/2012, propõe a promulgação de um novo Código Penal, que revogará o Código vigente, datado de 1940. No ano de 2011, iniciou-se a história referente ao aludido Projeto de Lei. Em 16 de junho de 2011, o Senador Pedro Taques apresentou o Requerimento nº 756/2011, solicitando a constituição de uma comissão de juristas incumbidos de elaborar um projeto de Novo Código Penal. O Requerimento de nº 1034/2011, de lavra do Senador José Sarney, aditou o Requerimento nº 756/2011, de forma a aumentar o número de integrantes da comissão de juristas. Os trabalhos da comissão resultaram na elaboração do Relatório Final, contendo o histórico dos trabalhos da comissão, o Anteprojeto de Novo Código Penal, e a Exposição de Motivos das propostas efetuadas. Esse Relatório Final foi apresentado em 18 de junho de 2012. Em 09 de julho de 2012, o Senado Federal transformou o Anteprojeto de Novo Código Penal no Projeto de Lei nº 236/2012. Iniciou-se o rito referente ao processo legislativo. O Senador Pedro Taques foi indicado para exercer a relatoria do Projeto de Lei. Em 10 de dezembro de 2013, o Senador Pedro Taques apresentou o seu parecer, contendo um substitutivo ao Projeto de Lei nº 236/2012. O parecer foi aprovado em 17 de dezembro de 2013.

A versão original do Projeto de Lei nº 236/2012, extraída do Anteprojeto de Novo Código Penal, e a versão substitutiva, apresentada pelo Senador Pedro Taques, apresentam diferenças nas disposições legislativas referentes às penas restritivas de direitos. Desta forma, realiza-se a devida análise dessas diferenças, conforme a sistemática proposta nos títulos seguintes. Para tal análise, utilizar-se-ão o Relatório Final da comissão de juristas e o Parecer do Senador Pedro Taques. Além das respectivas versões do Projeto de Lei n.º 236/2012, esses documentos contêm a Exposição de Motivos das propostas legislativas apresentadas em cada versão do Projeto de Lei. Por questões de conveniência, buscando preservar a fluência do discurso, doravante, a versão original do Projeto de Lei nº 236/2012 será

chamada de "Anteprojeto", e a versão substitutiva apresentada pelo Senador Pedro Taques, de "Substitutivo". Por questões didáticas, quando houver comparação entre o texto do Anteprojeto e o do Substitutivo, citar-se-á primeiro o texto do Anteprojeto e depois o texto do Substitutivo.

Preliminarmente, é necessário apontar a primeira grande diferença entre o Anteprojeto e o Substitutivo, e entre estes e o Código Penal. O Anteprojeto retirou a perda de bens e valores do rol de penas restritivas de direitos, e estabeleceu que essa pena é aplicável independentemente da aplicação de pena de prisão ou de pena restritiva de direitos. Vejam-se os artigos 45 e 60 do Anteprojeto:

Art. 45. As penas são:
I – prisão;
II – restritivas de direitos;
III – de multa;
IV – perda de bens e valores. (BRASIL, 2012, p. 26).

Art. 60. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação de serviço à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – prestação pecuniária;
IV – limitação de fim de semana; (BRASIL, 2012, p. 32).

Por sua vez, o Substitutivo prevê a pena de perda de bens e valores internamente e externamente ao rol de penas restritivas de direitos. Vejam-se os artigos 39 e 54 do Substitutivo:

Art. 39. As penas são:
I – prisão;
II – restritivas de direitos;
III – multa;
IV – perda de bens e valores. (BRASIL, 2013, p. 321).

Art. 54. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação de serviço à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – prestação pecuniária;
IV – limitação de fim de semana;
V – perda de bens e valores. (BRASIL, 2013, p. 326).

É evidente a diferença em relação ao Código Penal, que prevê a pena de perda de bens e valores somente como pena restritiva de direitos:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;
 III - de multa. (BRASIL, 1940).

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).

Examinar-se-ão, no capítulo próprio, as consequências das alterações propostas pelo Anteprojeto e pelo Substitutivo, no tocante ao rol de penas restritivas de direitos. Fez-se esta comparação para apresentar o rol de penas restritivas proposto pelo Anteprojeto e pelo Substitutivo.

3.1.2 Aplicação das penas restritivas de direitos

Da comparação feita no título anterior, já se constata que continuariam existindo penas restritivas genéricas – aplicáveis a qualquer infração penal – e penas restritivas específicas – destinadas a punir determinados crimes. Afinal, permaneceria a previsão das interdições temporárias de direitos. Da mesma forma, continuaria o caráter autônomo e substitutivo das penas restritivas de direitos. Neste último ponto, o art. 61 do Anteprojeto e o art. 55 do Substitutivo são idênticos. "Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando: [...]" (BRASIL, 2012, p. 32). "Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando: [...]" (BRASIL, 2013, p. 326).

Nos artigos abaixo, o Anteprojeto e o Substitutivo determinam a aplicabilidade das penas restritivas de direitos. Novamente, os textos legais evidenciam a natureza das penas restritivas de direitos: natureza de penas substitutivas da pena de prisão.

Art. 72. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação no tipo penal, em substituição à pena de prisão.
 Parágrafo único. A pena de prestação de serviços à comunidade é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado insolvente. (BRASIL, 2012, p. 36).

Art. 70. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação no tipo penal, em substituição à pena de prisão.
 Parágrafo único. A pena de prestação de serviços à comunidade é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado insolvente. (BRASIL, 2013, p. 330-331).

Aqui, o Anteprojeto e o Substitutivo inovaram em relação ao Código Penal. Deixaram de determinar a quantia de pena de prisão substituível, pois essa quantia é determinada noutros artigos dessas proposições legislativas. Assim, sendo alterados esses outros artigos, não haverá conflito de textos normativos.

No Anteprojeto e no Substitutivo, propôs-se estabelecer o tempo de duração das penas restritivas de direitos conforme segue. "Art. 73. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 60 terão a mesma duração da pena de prisão substituída." (BRASIL, 2012, p. 36). "Art. 71. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 54 terão a mesma duração da pena de prisão substituída." (BRASIL, 2013, p. 331).

Aqui, as diferenças de referência dos artigos decorrem apenas de uma diferença de estruturação entre o Anteprojeto e o Substitutivo. Entretanto, as proposições legislativas remetem às mesmas espécies de penas restritivas de direitos: prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, que são as penas restritivas de direitos às quais é aplicável o conceito de tempo de duração. Aparentemente, o Anteprojeto e o Substitutivo apresentam erros de referência. O primeiro refere-se a um inexistente inciso V. O segundo refere-se erroneamente ao inciso V, que trata da perda de bens e valores. A única explicação plausível, no caso do Substitutivo, é a de erro de referência. A menos que o legislador pretenda ignorar a lógica e a doutrina e considerar que há tempo de cumprimento na perda de bens e valores.

Os dispositivos a seguir referem-se à aplicabilidade de algumas espécies de interdições temporárias de direitos.

Art. 73. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 60 terão a mesma duração da pena de prisão substituída.

§1º As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 63 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. (BRASIL, 2012, p. 36).

Art. 71. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 54 terão a mesma duração da pena de prisão substituída.

§1º As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 57 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. (BRASIL, 2013, p. 331).

Estes parágrafos referem-se às hipóteses de aplicabilidade de duas espécies de interdição temporária de direitos já existentes no Código Penal vigente: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; e proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. O Substitutivo define esta última espécie como "[...] proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença, de inscrição, de registro, de cadastro ou autorização do poder público;" (BRASIL, 2013, p. 327).

Nos dispositivos abaixo, o Anteprojeto e o Substitutivo definem as hipóteses de aplicabilidade de interdição temporária de direitos semelhante a uma existente no Código Penal: suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos.

Art. 73. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 60 terão a mesma duração da pena de prisão substituída.

.....
 §2º A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 63 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito. (BRASIL, 2012, p. 36).

Art. 71. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos I, II e V do art. 54 terão a mesma duração da pena de prisão substituída.

.....
 §2º A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 57 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito. (BRASIL, 2013, p. 331).

Em subtítulo à frente será demonstrado que, no Anteprojeto e no Substitutivo, propôs-se estender o âmbito de aplicação dessa interdição temporária de direitos para proibir a condução de embarcações e aeronaves.

É necessário analisar o art. 72, parágrafo único, do Anteprojeto, bem como o art. 70, parágrafo único, do Substitutivo. A redação desses textos é idêntica: "A pena de prestação de serviços à comunidade é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado insolvente." (BRASIL, 2012, p. 36, 2013, p. 330-331). Aparentemente, não há nenhum inconveniente nessa redação. Entretanto, ambos os textos promovem discriminação das classes sociais mais humildes, principalmente o Anteprojeto. O problema fica evidente quando se analisa, no Anteprojeto, a execução da pena de multa:

Art. 69. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução da multa será promovida pelo Ministério Público.

§1º A pena de multa converte-se em perda de bens e valores na forma do art. 66.

§2º A pena de multa converte-se em pena de prestação de serviços à comunidade, pelo número correspondente de dias-multa quando o condenado for insolvente.

§3º Descumprida injustificadamente a pena de prestação de serviços à comunidade, será a mesma convertida em pena de prisão correspondente ao número de dias-multa, descontados os dias de prestação dos serviços cumpridos. (BRASIL, 2012, p. 35).

Art. 66. 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 proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime.

Parágrafo único. A pena de perda de bens e valores é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado solvente. (BRASIL, 2012, p. 34).

Examinando o Anteprojeto, no § 1º do art. 69 e no parágrafo único do art. 66, verifica-se que, quando o condenado não quiser pagar a multa penal, mesmo sendo solvente, essa pena converte-se em perda de bens e valores. Conforme a doutrina de Gomes (2000, p. 138), não haveria como descumprir a perda de bens e valores, pois o cumprimento dessa pena independe de qualquer ação do apenado. Assim, não haveria situação fática que permitisse a conversão da perda de bens e valores em pena de prisão. Portanto, se o condenado solvente não pagar a multa penal, sofrerá perda de bens e valores, mas não será privado da liberdade.

Com o exame dos §§ 2º e 3º do art. 69, percebe-se que, quando o condenado não puder pagar a multa penal, por ser insolvente, essa pena converte-se em prestação de serviços à comunidade. Obviamente, o cumprimento dessa pena depende da ação do apenado. Assim, é plenamente possível a conversão da prestação de serviços à comunidade em pena de prisão. Logo, se o condenado insolvente não pagar a multa penal e descumprir a prestação de serviços à comunidade, ele será privado da liberdade, o que não ocorre com o condenado solvente.

Por sua vez, o Substitutivo não determina a conversão, em perda de bens e valores, da multa penal não paga pelo condenado solvente. Contudo, determina a conversão, em prestação de serviços à comunidade, da multa penal não paga pelo condenado insolvente. A proposta legislativa beneficia os condenados dos estratos sociais superiores e prejudica os condenados das classes sociais inferiores. O Substitutivo não possui dispositivo específico para determinar a conversão, nessa hipótese, da prestação de serviços à comunidade em pena de prisão. Todavia, não

veda a aplicação da cláusula geral de conversão que ele mesmo estabelece. Não bastasse isso, o art. 72 do Substitutivo prevê que "A multa será aplicada em todos os crimes, independentemente de que cada tipo penal a preveja autonomamente." (BRASIL, 2013, p. 331). Se a multa será aplicada a todos os crimes, então todos os condenados insolventes serão punidos com pena de multa. A lei obrigará o julgador a aplicar a pena de multa, mesmo aos condenados de precária situação financeira. Assim, em virtude da insolvência, vários condenados acabarão prestando serviços à comunidade, pois haverá conversão da multa. Sem contar que haverá desvio da finalidade das penas restritivas de direitos. Imagine-se a situação de um réu insolvente e condenado a uma pena de prisão insuscetível de substituição. Mesmo insolvente, pela proposta do Substitutivo, também será condenado à pena de multa. Assim, a pena de multa do réu insolvente e preso converter-se-á em prestação de serviços à comunidade. Aplicar-se-á, ao preso, uma pena cuja finalidade seria evitar a pena de prisão.

Esta investigação entende que esse tratamento diferenciado sobre os efeitos do não adimplemento da pena de multa representa grave injustiça em desfavor das classes sociais humildes. Afinal, um condenado solvente jamais seria preso por não pagar a multa penal; entretanto, um condenado insolvente seria preso por não pagar a multa penal. Em verdade, não por deixar de pagar a multa penal, mas por descumprir a prestação de serviços à comunidade, pena decorrente do não pagamento da multa. O dispositivo legislativo proposto é potencialmente encarcerador dos apenados pobres.

[...] A desigualdade intrínseca da pena pecuniária alcança ademais formas perversas quando se conjuga com aquelas instituições – resíduos do bárbaro princípio *qui non habet in bonis luat in corpore* – que em alguns ordenamentos permitem a conversão [...] da pena pecuniária em pena privativa de liberdade, como até pouco tempo ocorria na Itália com os insolventes. (FERRAJOLI, 2014, p. 383, grifos no original).

Visando a evitar discriminação, o legislador deveria, ou determinar a conversão da multa não paga em prestação de serviços à comunidade, independentemente da solvência ou insolvência dos condenados, ou determinar a não aplicação da multa aos condenados insolventes. Importante, no entanto, ressaltar que segundo o Código Penal vigente a multa que não for paga transforma-se somente em dívida de valor a ser executada.

3.1.3 Requisitos para substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos

3.1.3.1 Requisitos para a substituição

Conforme se verificará a seguir, as duas propostas legislativas diferem quanto à previsão dos requisitos para substituição da pena de prisão. Em ambas as proposições, o primeiro requisito determina a quantia máxima substituível de pena de prisão, conforme a natureza dolosa ou natureza culposa do crime.

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

I – aplicada pena de prisão não superior a quatro anos ou se o crime for culposo; (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

I – aplicada pena de prisão não superior a quatro anos ou se o crime for culposo, salvo se gravíssima a culpa; (BRASIL, 2013, p. 326).

Observa-se que as penas restritivas de direitos seriam aplicáveis, na hipótese de crimes dolosos, a penas de até quatro anos e, na hipótese de crimes culposos, a penas de qualquer duração. Todavia, no Substitutivo, ressalva-se a hipótese de culpa gravíssima.

Percebe-se a seguir que o Anteprojeto, em regra, impediria a substituição da pena de prisão nas hipóteses de crimes cometidos com violência ou com grave ameaça à pessoa.

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
II – o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo:

a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou

b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos. (BRASIL, 2012, p. 32).

Aparentemente, o Substitutivo permitiria a substituição da pena de prisão nas hipóteses de crimes praticados com grave ameaça à pessoa. Nesse caso, em regra, seria possível punir tais crimes com penas restritivas de direitos.

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 II – o crime não for cometido com qualquer forma dolosa de violência, salvo:
 a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou
 b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos. (BRASIL, 2013, p. 326).

O Senador Pedro Taques apresenta sua fundamentação para a alteração do texto normativo.

No inciso II, a substituição deve acontecer quando o crime não for cometido com *qualquer forma dolosa de violência*. Diante de algumas interpretações já vigentes no sistema atual, é preciso deixar expresso que não é *qualquer tipo de violência* (real, presumida – ou ficta – ou ainda imprópria) que permitirá a substituição de pena. [...] (BRASIL, 2013, p. 294, grifos no original).

Todavia, entende-se que a alteração é meramente aparente. A expressão "qualquer forma dolosa de violência", trazida pelo Substitutivo, inclui grave ameaça, que é uma forma dolosa de violência, a violência moral. A doutrina conceitua a grave ameaça como violência moral. Em sua obra, Bitencourt, mais de uma vez, assevera que a grave ameaça é uma espécie do gênero violência.

[...] *Mediante grave ameaça* — Constitui forma típica da “violência moral”, é a *vis compulsiva*, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a ameaça também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a *ameaça grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir. (BITENCOURT, 2013a, p. 409, grifos no original).

Dessa forma, conclui-se que, apesar da diferença de redação, o Anteprojeto e o Substitutivo teriam o mesmo efeito. O efeito de impedir, em regra, a substituição da pena de prisão nas hipóteses de crimes praticados com violência ou com grave ameaça à pessoa, sendo que as exceções são as propostas no Anteprojeto (art. 61, II, a, b) e no Substitutivo (art. 55, II, a, b).

Além disso, verifica-se que o Anteprojeto e o Substitutivo inovariam em relação ao Código Penal, transformando em lei a interpretação doutrinária segundo a qual as penas restritivas de direitos são aplicáveis às infrações penais de menor potencial ofensivo que envolverem violência ou grave ameaça. A Lei nº 9.099/1995,

em seu art. 61, definiu que são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada *in abstracto* não exceda dois anos. Conforme o art. 76, *caput* e § 4º, da mesma Lei, havendo condenação criminal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, aplicar-se-á diretamente a pena restritiva de direitos. Não haverá prévia aplicação de pena de prisão e, então, substituição por pena restritiva de direitos. A pena restritiva de direitos será aplicada diretamente e autonomamente.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. (BRASIL, 1995).

Em face da Lei nº 9.099/1995, não é aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo o sistema de penas restritivas de direitos do Código Penal, no qual tais penas têm natureza substitutiva. Aplica-se àquelas infrações penais, *mesmo quando compreenderem violência ou grave ameaça*, a disciplina da Lei nº 9.099/1995, em que as penas restritivas de direitos são diretamente aplicáveis. Assim, o Anteprojeto e o Substitutivo inseririam, no futuro Código Penal, a interpretação já firmada em abalizada doutrina.

Contudo, recomenda-se *prudência* no exame de todos os requisitos, mas especialmente deste, sob pena de imaginar-se, equivocadamente, que não mais poderiam ser beneficiados com *penas restritivas de direitos*, entre outros, os crimes de *lesão corporal leve dolosa* (art. 129), de *constrangimento ilegal* (art. 146) e de *ameaça* (art. 147), pois ou são praticados com *violência* — o primeiro — ou com *grave ameaça à pessoa* — os outros dois. No entanto, essa *limitação*, criada pela lei em exame, não se aplica a crimes como os enunciados, pelo simples fato de se incluírem na definição de “*infrações de menor potencial ofensivo*” (art. 61 da Lei n. 9.099/95), e, por conseguinte, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinado pela *Lei dos Juizados Especiais*, com direito às sanções que, lá, na seara dos juizados, são, efetivamente, *penas alternativas*, e não, simplesmente, *substitutivas*, como ocorre no bojo do Código Penal, a despeito do alarde sobre sua *natureza alternativa*. (BITENCOURT, 2014, p. 661-662, grifos no original).

Tanto o Anteprojeto, no art. 61, II, b, quanto o Substitutivo, no art. 55, II, b, trariam outra novidade. Essas proposições legislativas estabeleceriam a aplicabilidade das penas restritivas de direitos para quaisquer crimes, mesmo os cometidos com violência ou com grave ameaça à pessoa, desde que a pena aplicada *in concreto* não exceda dois anos. Pelo menos é a conclusão lógica a que chega esta investigação. Não é cabível entender que se trata de – nova – referência aos crimes de menor potencial ofensivo. De outro modo, as referidas proposições restariam repetitivas e dispensáveis. Os crimes compreendidos como de menor potencial ofensivo são aqueles cuja pena máxima cominada *in abstracto* não excede dois anos, e o Anteprojeto e o Substitutivo fizeram referências em separado para essas hipóteses.

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 II – o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo:

- a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou
- b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos. (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 II – o crime não for cometido com qualquer forma dolosa de violência, salvo:

- a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou
- b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos. (BRASIL, 2013, p. 326).

Dando prosseguimento a esta investigação, analisa-se o que dizem as propostas legislativas acerca da análise de "suficiência da substituição":

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 III – a culpabilidade e demais circunstâncias judiciais constantes do art. 75 indicarem que a substituição seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 III – a culpabilidade e demais circunstâncias judiciais constantes do art. 73, sendo todas favoráveis, indicarem que a substituição seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime; (BRASIL, 2013, p. 326).

Há diferença entre as proposições. O Substitutivo é mais rigoroso, exigindo expressamente, para permitir a substituição, que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao condenado.

A seguir, um requisito existente apenas no Anteprojeto, referente aos condenados por crimes contra a Administração Pública:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 IV – nos crimes contra a administração pública, houver, antes da sentença, a reparação do dano que causou, ou a devolução do produto do ilícito praticado, salvo comprovada impossibilidade a que não deu causa; (BRASIL, 2012, p. 32).

Esse requisito de substituição não figura no Substitutivo. O Substitutivo apresenta o seguinte argumento para a supressão:

Propomos também a exclusão do inciso IV, hoje também em vigor no CP. A benesse não se justifica. Ela permite, por exemplo, em um crime grave de corrupção, em que o produto do crime é devolvido ao Estado até a sentença, que o agente corrupto não seja condenado à pena privativa de liberdade, por mais grave que seja a conduta. Conforme já previsto legalmente, a devolução até determinado momento do processo criminal poderá originar a redução da pena, mas jamais a imediata possibilidade de não aplicação de pena privativa de liberdade. Tal regra manda um sinal trocado para a sociedade, principalmente quando se trata de gestão da coisa pública. (BRASIL, 2013, p. 125).

Aponta-se aqui um possível equívoco. O legislador acredita suprimir um benefício. Porém, com a supressão do inciso IV, beneficiará aqueles que cometeram crime contra a administração pública, pela diminuição de requisitos para a substituição. Afinal, a doutrina aponta que, para a substituição da pena de prisão, os requisitos devem ser atendidos simultaneamente: "A aplicação de pena *restritiva de direitos* em *substituição* à pena privativa de liberdade está condicionada a determinados *pressupostos* (ou requisitos) — uns objetivos, outros subjetivos —, que devem estar presentes *simultaneamente*." (BITENCOURT, 2014, p. 659, grifos no original).

Quanto à possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos ao reincidente em crime doloso, as propostas legislativas diferem. O Anteprojeto propõe o seguinte: "Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando: [...] V – o réu não for reincidente em crime doloso, salvo se

a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime." (BRASIL, 2012, p. 32). Outra é a proposta do Substitutivo: "Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando: [...] IV – o réu não for reincidente em crime doloso." (BRASIL, 2013, p. 326).

Da análise das propostas legislativas, verifica-se que o Substitutivo promoveria o encarceramento, representando retrocesso na política criminal de penas alternativas à prisão. O art. 44, § 3º, do Código Penal, permite a substituição da pena de prisão nas hipóteses de reincidência dolosa, "[...] 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). Portanto, no Código Penal, somente a reincidência dolosa específica impediria a substituição da pena de prisão. O Anteprojeto, de maneira semelhante à do Código Penal, impediria a substituição na hipótese de reincidência dolosa "comum", exceto quando "[...] a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime." (BRASIL, 2012, p. 32). Por outro lado, o Substitutivo suprimiria os avanços já consagrados na legislação penal brasileira, pois vedaria a substituição da pena de prisão em qualquer hipótese de reincidência dolosa. O Substitutivo apresenta justificativa nos seguintes termos:

No inciso V, excluímos a possibilidade de substituição de pena quando houver reincidência. Aqui também é demasiado aberta e discricionária a regra de que o juiz pode aplicar a substituição ao reincidente se *for suficiente para reprovação e prevenção do crime*. (BRASIL, 2013, p. 126, grifos no original).

A justificativa é surpreendente. Pretende-se excluir da legislação penal uma possibilidade de evitar a imposição da pena de prisão, sob o argumento de essa possibilidade estar sujeita à discricionariedade judicial. O legislador pretende proteger os apenados de supostas preferências pessoais do julgador, temendo que tais preferências norteiem a concessão da substituição da pena de prisão? Talvez seja fundado o receio do legislador. Todavia, a proposta do Substitutivo certamente levará mais apenados ao cárcere, pois o julgador não terá nenhuma possibilidade, sequer discricionária, de evitar isso.

Quanto ao concurso material de crimes:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §1º No caso de concurso material de crimes será considerada a soma das penas para efeito da substituição da pena de prisão. (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §1º No caso de concurso material de crimes será considerada a soma das penas para efeito da substituição da pena de prisão. (BRASIL, 2013, p. 326).

3.1.3.2 Penas aplicáveis conforme o quantum de pena privativa de liberdade a substituir

Em relação a esse assunto, o Anteprojeto e o Substitutivo apresentam redações iguais entre si, e diferentes da do Código Penal vigente. Faça-se a análise:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição será feita por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena de prisão será substituída por duas restritivas de direitos. (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição será feita por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena de prisão será substituída por duas restritivas de direitos. (BRASIL, 2013, p. 326).

Percebe-se a identidade de redações entre o Anteprojeto e o Substitutivo. Ambos propõem que as condenações de até um ano de pena de prisão sejam substituíveis por uma pena restritiva de direitos, e que as condenações superiores a um ano de pena de prisão sejam substituíveis por duas penas restritivas de direitos. As duas propostas legislativas silenciam sobre a necessidade ou a desnecessidade de que, quando da aplicação de duas penas restritivas de direitos, essas penas sejam exequíveis simultaneamente. Trata-se de omissão a ser corrigida pelo legislador, para que não seja corrigida pela doutrina e pela jurisprudência.

Nota-se, também, que ambos propõem excluir a pena de multa do elenco de penas substitutivas à pena de prisão. Entretanto, não se deve pensar que o legislador perdeu a sua índole arrecadatória; esta subsiste e se acentua. O

Anteprojeto estabelece a aplicabilidade da pena de multa nos seguintes termos: "Art. 74. A multa será aplicada em todos os crimes que tenham produzido ou possam produzir prejuízos materiais à vítima, independentemente de que cada tipo penal a preveja autonomamente." (BRASIL, 2012, p. 36).

No Substitutivo, é evidente o intento estatal de usar o fenômeno criminal para abastecer os cofres públicos: "Art. 72. A multa será aplicada em todos os crimes, independentemente de que cada tipo penal a preveja autonomamente." (BRASIL, 2013, p. 331).

Perceba-se o que propõe o Substitutivo: que a pena de multa seja aplicada a todos os crimes, independentemente de haver previsão específica no tipo penal, quer se aplique pena de prisão, quer se aplique pena restritiva de direitos. No que toca às penas restritivas de direitos, a aprovação do Substitutivo levará ao seguinte resultado. As condenações a até um ano de prisão serão substituíveis por uma pena restritiva de direitos, mas será aplicada a multa. As condenações superiores a um ano de prisão serão substituíveis por duas penas restritivas de direitos, mas será aplicada a multa.

É reprovável a intenção do legislador. Não quer conceder a possibilidade de substituir as penas curtas de prisão pela pena de multa substitutiva, mas quer desmedidamente empregar a pena de multa como fonte de arrecadação. Bitencourt (2013b, p. 134-135) critica as leis penais mediante as quais o Estado objetiva, antes de tudo, avultar o erário. Essa pretensão estatal beira à imoralidade quando os legisladores tentam assegurar que o Estado enriqueça com a criminalidade que ele deveria combater com zelo. A crítica de Bitencourt é bastante aplicável ao Substitutivo.

3.1.4 Conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade

O legislador penal brasileiro pretendeu tornar as penas restritivas de direitos coercivas, mediante a possibilidade de conversão das mesmas (BITENCOURT, 2014, p. 693-694). Esse pensamento subsiste, o que é confirmado pela Exposição de Motivos do Anteprojeto: "[...] Para resguardar sua efetividade e afastar, desta modalidade de sanção, o viés de impunidade, prevê-se sua conversão em pena de prisão se houver o cumprimento injustificado das restrições impostas ou nova

condenação." (BRASIL, 2012, p. 245). O Substitutivo, em concordância com tais ideias, também prevê a conversão das penas restritivas de direitos.

3.1.4.1 Hipóteses de conversão

Analise-se as propostas legislativas acerca no que se refere às hipóteses de conversão:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

- I – houver o descumprimento injustificado da restrição imposta;
- II – sobrevier condenação definitiva por crime cometido durante o período da restrição;
- III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a 4 (quatro) anos, observada a detração. (BRASIL, 2012, p. 32-33).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

- I – houver o descumprimento injustificado da restrição imposta;
- II – sobrevier condenação definitiva por crime cometido durante o período da restrição;
- III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a quatro anos, observada a detração.

.....
 §6º Nas hipóteses em que houver transação ou suspensão condicional do processo, o descumprimento das condições impostas implicará a possibilidade de propositura ou a imediata retomada da ação penal correspondente. (BRASIL, 2013, p. 326-327).

O Anteprojeto e o Substitutivo são quase iguais quanto à previsão das hipóteses de conversão. O Substitutivo contém um dispositivo adicional, a ser examinado em breve.

A hipótese de descumprimento injustificado da restrição imposta é idêntica à hipótese já prevista no Código Penal vigente. Assim, necessário recordar a doutrina de Bitencourt (2014, p. 695) e a de Gomes (2000, p. 133-134). Segundo esses autores, é imperativo que, antes de decidir sobre a conversão, o julgador proceda à oitiva do apenado, para dar-lhe a oportunidade de justificar o descumprimento da restrição.

No Código Penal, outra hipótese de conversão é a de superveniência de condenação à pena privativa de liberdade por outro crime. Tanto o Anteprojeto quanto o Substitutivo fazem distinção entre condenação por crime cometido durante o cumprimento da pena restritiva e condenação por crime cometido antes do cumprimento da pena restritiva. Pode-se entender que a expressão "condenação definitiva por outro crime" significa condenação definitiva por crime cometido antes do cumprimento da pena restritiva, pela interpretação sistemática das hipóteses de conversão. Afinal, a hipótese imediatamente anterior é a de condenação por crime cometido durante o cumprimento da pena restritiva.

Entretanto, a distinção não tem o efeito proposto por Bitencourt (2014, p. 695-696) em sua doutrina, pois a conversão ocorrerá nas duas hipóteses. Na condenação por crime cometido antes do cumprimento da pena restritiva, há uma ressalva: haverá conversão apenas quando a soma da pena em cumprimento com a pena da nova condenação exceder a quatro anos, observada a detração. Contudo, as propostas legislativas revogam a faculdade de o julgador não realizar a conversão quando o apenado puder cumprir a pena substitutiva anterior. Retirar esses poderes do juiz poderá resultar em mais encarceramento, o que conflita com o propósito das penas restritivas de direitos, que é evitar a imposição do cárcere e dos seus terríveis efeitos sobre o apenado.

3.1.4.2 Conversão das penas restritivas de direitos e detração penal

O Anteprojeto e o Substitutivo apresentam propostas legislativas que demonstram a adoção do princípio da detração penal:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

.....
 III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a 4 (quatro) anos, observada a detração.

§4º No cálculo da pena de prisão a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos. (BRASIL, 2012, p. 32-33).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....

§3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

.....
 III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a quatro anos, observada a detração.

§4º No cálculo da pena de prisão a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos. (BRASIL, 2013, p. 326).

A detração penal deverá ser observada em qualquer das hipóteses de conversão da pena restritiva de direitos. O Anteprojeto adotou o princípio da detração penal em seu art. 61, § 4º. Da mesma maneira, o Substitutivo adotou tal princípio em seu art. 55, § 4º. Afinal, as duas proposições legislativas determinam que, havendo conversão da pena restritiva de direitos em pena de prisão, esta terá duração igual ao tempo de pena restritiva que faltava cumprir.

As propostas legislativas, caso aprovadas, revogariam a previsão legal que determina que, havendo conversão da pena restritiva de direitos, cumpra-se um tempo de prisão mínimo de trinta dias. Constatou-se que a previsão do "saldo mínimo" suscita controvérsia. Bitencourt (2014, p. 695) entende que um mínimo de trinta dias é indispensável à coercibilidade da lei. Em sua obra, Gomes (2000, p. 138-139) é contrário ao "saldo mínimo". Concordamos com o parecer de Gomes, entendendo que a inovação trazida pelo Anteprojeto e pelo Substitutivo é positiva.

O princípio da detração penal também está explícito no art. 61, § 3º, III, do Anteprojeto, bem como no art. 55, § 3º, III, do Substitutivo. Os textos propõem que, havendo condenação por crime cometido antes do cumprimento da pena restritiva, somente ocorra conversão se a pena em cumprimento e a nova pena recebida, somadas, excederem a quatro anos, devendo ser observada a detração penal.

3.1.4.3 Suspensão do cumprimento da pena restritiva de direitos

O Anteprojeto e o Substitutivo propõem conceder ao juiz a faculdade de suspender o cumprimento da pena restritiva de direitos enquanto o apenado estiver preso por outro crime:

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §5º Durante o período em que o condenado estiver preso por outro crime, poderá o juiz suspender o cumprimento da pena restritiva de direitos. (BRASIL, 2012, p. 32-33).

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §5º Durante o período em que o condenado estiver preso por outro crime, poderá o juiz suspender o cumprimento da pena restritiva de direitos. (BRASIL, 2013, p. 326-327).

Aqui, o Anteprojeto e o Substitutivo apresentam uma proposta interessante. Sua finalidade é evitar a conversão da pena restritiva de direitos quando o apenado for condenado por outro crime. Assim, sem conversão, não haverá acréscimo à pena de prisão resultante da condenação pelo outro crime.

Por fim, analise-se o § 6º do art. 55 do Substitutivo:

Art. 55. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

.....
 §6º Nas hipóteses em que houver transação ou suspensão condicional do processo, o descumprimento das condições impostas implicará a possibilidade de propositura ou a imediata retomada da ação penal correspondente. (BRASIL, 2013, p. 327).

Não há similar a este dispositivo no Anteprojeto. Aparentemente, foi inserido em local inadequado, pois não trata de conversão das penas restritivas de direitos. Trata, na verdade, de regulamentação concernente à Lei 9.099/1995, como explica o Senador Pedro Taques em seu parecer. Note-se que o art. 61, referido pelo Senador, é o art. 55 do Substitutivo.

Para o art. 61, por fim, propomos acrescentar um § 6º. O novo dispositivo tem por finalidade deixar expresso em lei o que a interpretação dos tribunais vem consignando para as hipóteses de descumprimento das condições da transação penal ou da suspensão processual (arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099, de 1995). A finalidade é não deixar que seja gerada impunidade. Do contrário, realizada a transação penal e descumpridas as condições impostas sem quaisquer consequências (como a possibilidade de denúncia criminal), não poderia mais o Estado adotar providências contra o agente infrator. (BRASIL, 2013, p. 126).

Examinando o parecer do Senador Pedro Taques, chega-se à conclusão de que o § 6º do art. 55 do Substitutivo não precisaria figurar no texto da proposta legislativa.

3.1.4.4 Sobre a conversibilidade das penas restritivas de natureza pecuniária

Necessário recordar as opiniões doutrinárias acerca da conversibilidade ou inconversibilidade das penas restritivas de direitos de natureza pecuniária. Apesar de Bitencourt (2014, p. 692-693) e Boschi (2014, p. 323), com fundamento no princípio constitucional proibitivo da prisão por dívidas, sustentarem a inconversibilidade das penas restritivas de direitos de natureza pecuniária, o legislador desconsiderou essa doutrina. Aparentemente, optou por legislar em conformidade com a interpretação dos Tribunais e com a doutrina de Gomes (2000, p. 141-142). Portanto, nesse ponto, o Anteprojeto e Substitutivo não propuseram alterações legislativas. Destaque-se que, com a revogação da pena de "multa substitutiva", passariam a existir duas penas restritivas pecuniárias: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Estas continuariam conversíveis em pena de prisão.

3.1.5 Espécies de penas restritivas de direitos no Projeto

3.1.5.1 Prestação pecuniária

O Anteprojeto e o Substitutivo propõem regulamentar a pena de prestação pecuniária conforme as seguintes disposições:

Art. 64. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à 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 mensais. (BRASIL, 2012, p. 34).

Art. 58. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à 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 mensais.

Parágrafo único. Para fixação do valor, deverão ser consideradas as circunstâncias judiciais e a situação econômica do réu. (BRASIL, 2013, p. 327).

Inicialmente, pode-se perceber que as redações do *caput* dos artigos, no Anteprojeto e no Substitutivo, são idênticas. No Substitutivo, propôs-se adicionar um parágrafo único, que obrigará análise das circunstâncias judiciais e da situação econômica do réu para a estipulação do montante da prestação pecuniária.

É necessário comentar as diferenças entre o texto das proposições legislativas e o texto do Código Penal. Primeiramente, propôs-se que o montante da prestação pecuniária não seja inferior a um salário mínimo mensal e nem seja superior a trezentos e sessenta salários mínimos mensais. Parece que a inserção da palavra "mensais" visa a esclarecer qual fração de salário mínimo será utilizada para o cálculo: a fração mensal. Quanto ao valor mínimo e ao valor máximo da prestação pecuniária, não se propôs nenhuma modificação.

No que tange aos aspectos problemáticos, constata-se que o legislador propõe manter o salário mínimo como parâmetro de cálculo do montante da prestação pecuniária. Portanto, permanece aplicável a crítica de Bitencourt (2014, p. 671-672) acerca da constitucionalidade do parâmetro e acerca do valor mínimo da prestação pecuniária. Continua válida a recomendação do autor de utilizar o parâmetro "dias-multa" em prol da harmonia do sistema de penas pecuniárias. Todavia, o legislador pareceu ignorar as recomendações doutrinárias e manteve o salário mínimo como parâmetro de cálculo.

Como se não bastasse reproduzir os defeitos técnico-legislativos já existentes no Código Penal, o Senado propôs excluir, do elenco de beneficiários da prestação pecuniária, a vítima e seus possíveis dependentes. Com essa modificação, a prestação pecuniária perderia a sua natureza reparatória, bem como a sua finalidade principal, que é reparar o dano infligido à vítima do crime ou a seus dependentes. O Anteprojeto, em sua Exposição de Motivos, apresenta a seguinte justificativa para a alteração legislativa:

Desvinculação da prestação pecuniária com a indenização por responsabilidade civil. A vítima, pela proposta da Comissão, não mais poderá ser beneficiária da prestação pecuniária. Desta maneira, não se poderá descontar, o que foi pago a ela, de eventual reparação civil a que faça jus. Esta medida é consentânea com o novo papel reservado à reparação do dano em crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, como o furto e a apropriação indébita. Nestes, se houver aceitação da vítima, a reparação do dano extinguirá a punibilidade. Por outro lado, a Comissão propõe, em artigo adiante, que o juiz, ao condenar, fixe, se o caso, o valor de alimentos à vítima, a serem suportados pelo condenado. (BRASIL, 2012, p. 246, grifos no original).

É elogiável a intenção do legislador de propor a extinção da punibilidade mediante reparação do dano, no caso dos crimes patrimoniais cometidos sem violência nem grave ameaça. Afinal, a vítima do crime seria compensada em seus danos patrimoniais. Entretanto, tais argumentos não bastam para justificar a

exclusão da vítima e de seus dependentes do elenco de beneficiários da prestação pecuniária. Perceba-se que a proposição legislativa não abrange todas as hipóteses relativas à reparação do dano. O delito pode causar não somente danos patrimoniais, mas também danos morais à vítima. Assim, a alteração proposta desampararia as vítimas no tocante à indenização por danos morais, e falharia em substituir a prestação pecuniária em sua finalidade precípua, que é indenizar a vítima ou seus dependentes pelos danos sofridos.

Desse modo, o Senado Federal promoveria retrocesso, ignorando modernas orientações político-criminais, inclusive, já incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais. Bitencourt (2013b, p. 54) comenta que o modelo dos Juizados Especiais Criminais confere elevada importância à vítima, e converte em prioridade a obrigação de reparar o dano *ex delicto*, preocupando-se com a vítima, figura desamparada no processo criminal. Luiz Flávio Gomes também comenta sobre esse modelo:

A Lei 9.099/95, sob o influxo das reivindicações da Criminologia e particularmente da Vitimologia, veio promover uma mudança radical na clássica mentalidade exclusivamente repressiva. [...] O novo sistema já não tem a preocupação exclusiva de atender a pretensão punitiva do Estado (somente castigar). Em primeiro lugar agora está a reparação dos danos, que deve ser feita "sempre que possível". Desse modo, ganhou relevo o atendimento preferencial da expectativa da vítima. [...] (GOMES, 2010, p. 487).

Como se pode ver, as análises doutrinárias de Bitencourt e de Gomes não deixam dúvidas. Por meio da Lei n.º 9099/1995, a legislação penal brasileira prestou certa atenção à vítima do delito. Embora de forma modesta, o Código Penal vigente também dispensa alguma consideração à vítima, conforme demonstra o atual regramento da prestação pecuniária. Assim, seria coerente que o legislador atualizasse o ordenamento jurídico-penal em conformidade com essa orientação político-criminal. Contraditoriamente, o Senado Federal sugere uma alteração legislativa que, novamente, colocará a vítima e seus dependentes em segundo plano no processo penal.

3.1.5.2 Perda de bens e valores

A perda de bens e valores não integra o elenco de penas restritivas de direitos do art. 60 do Anteprojeto. Todavia, a referida pena está no rol de penas restritivas de direitos do art. 54 do Substitutivo:

Art. 60. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação de serviço à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – prestação pecuniária;
IV – limitação de fim de semana; (BRASIL, 2012, p. 32).

Art. 54. As penas restritivas de direitos são:
I – prestação de serviço à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – prestação pecuniária;
IV – limitação de fim de semana;
V – perda de bens e valores. (BRASIL, 2013, p. 326).

O regramento legal concernente à perda de bens e valores está no art. 60 do Substitutivo:

Art. 60. 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, não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime. (BRASIL, 2013, p. 328).

Constatou-se que a doutrina apresenta severas críticas à pena de perda de bens e valores. Prado (2013, p. 680-681) afirma que ela representa violação aos princípios da individualização da pena, da personalidade da pena e da dignidade da pessoa humana. Bitencourt (2014, p. 672) afirma que ela é um confisco de bens com aparência de sanção penal. Ainda assim, no art. 60 do Substitutivo, o legislador propôs regulamentar a perda de bens e valores de forma semelhante à do Código Penal. Além disso, a redação proposta contém uma expressão adicional que reforça o intuito confiscatório da perda de bens e valores: "[...] não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime." (BRASIL, 2013, p. 328). Essa expressão significa que a perda do produto do crime ou dos bens ou valores obtidos com o crime, enquanto efeito da condenação, não representará dedução na perda de bens e valores do art. 60 do Substitutivo. Ainda, da mesma forma que no Código

Penal, trata-se de pena de "perda de bens e valores pertencentes aos condenados", que não guardam relação com o produto do crime nem com os bens ou valores obtidos com o crime. Portanto, não resta dúvida de que se trata de uma pena de confisco.

Embora notáveis pensadores do Direito Penal brasileiro tenham manifestado sua desaprovação em relação à perda de bens e valores, o legislador não deu atenção a tais manifestações, e propôs a manutenção dessa pena restritiva de direitos na legislação penal.

3.1.5.3 Prestação de serviço à comunidade

Em relação a essa pena restritiva de direitos, o Anteprojeto e o Substitutivo apresentam as seguintes proposições legislativas:

Art. 62. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§1º As tarefas 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.

§ 2º A prestação de serviços à comunidade será cumprida com carga de, no mínimo, sete, e, no máximo, catorze horas semanais. (BRASIL, 2012, p. 33).

Art. 56. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§1º As tarefas 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.

§2º A prestação de serviços à comunidade será cumprida com carga de, no mínimo, sete, e, no máximo, catorze horas semanais. (BRASIL, 2013, p. 327).

Na comparação entre eles, constata-se que o Anteprojeto e o Substitutivo apresentam propostas idênticas. Porém, ambas as propostas legislativas têm redação diferente daquela do Código Penal. Verificam-se, em princípio, três diferenças: diferença relativa às hipóteses de aplicação; diferença relativa à execução da prestação de serviços à comunidade; diferença relativa à definição das entidades beneficiárias da prestação de serviços à comunidade.

Quanto às hipóteses de aplicação, o Anteprojeto e o Substitutivo propõem louvável avanço em relação ao Código Penal. O motivo é que a redação proposta

revogaria uma limitação existente no Código: a inaplicabilidade da prestação de serviços à comunidade a penas de até seis meses de prisão. Assim, mais uma pena restritiva de direitos poderá substituir as penas de até seis meses de prisão.

No tocante à execução da pena, há bastante a analisar.

Art. 62. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§1º As tarefas 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.

§ 2º A prestação de serviços à comunidade será cumprida com carga de, no mínimo, sete, e, no máximo, catorze horas semanais. (BRASIL, 2012, p. 33).

Art. 56. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§1º As tarefas 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.

§2º A prestação de serviços à comunidade será cumprida com carga de, no mínimo, sete, e, no máximo, catorze horas semanais. (BRASIL, 2013, p. 327).

Primeiro, verifica-se que o Anteprojeto e o Substitutivo, assim como o Código Penal vigente, acolheram o princípio da individualização da pena, ao determinar que as tarefas sejam atribuídas em conformidade com as aptidões individuais do condenado. Assim, as redações do Anteprojeto e do Substitutivo condizem com a doutrina, que aqui é representada por Boschi (2014, p. 314) e Gomes (2000, p. 150). Em relação ao horário de cumprimento da pena, percebe-se que o legislador sabiamente manteve o regramento já consagrado pelo Código Penal, determinando que a prestação de serviços à comunidade não poderá atrapalhar a jornada profissional do apenado. Assim, a previsão legal atinente à execução da pena segue as recomendações da autorizada doutrina de Bitencourt (2014, p. 679-680).

No que se refere à relação entre carga horária diária de prestação de serviços à comunidade e tempo de pena de prisão a substituir, o legislador conservou a proporção já existente no Código Penal, que é de uma hora de tarefas para cada dia de condenação. Além disso, tanto no Anteprojeto quanto no Substitutivo, propôs-se manter a possibilidade de cumprimento antecipado da pena, já prevista no Código Penal. Em seu art. 46, § 4º, o Código Penal permite ao condenado cumprir sua pena em menor tempo, nunca inferior à metade da pena de prisão fixada, porém concede

essa faculdade somente aos que receberam condenações superiores a um ano de prisão. Nesse ponto, ambas as propostas legislativas apresentariam notável progresso em relação ao Código Penal, pois estenderiam a possibilidade de cumprimento antecipado da pena a todos os condenados, independentemente do tempo de pena de prisão a substituir. Essa alteração ocorreria por que as previsões legais propostas não conteriam qualquer dispositivo limitador semelhante ao do art. 46, § 4º, do Código Penal, revogando esse dispositivo.

Tanto o Anteprojeto quanto o Substitutivo fixam limites para o cumprimento antecipado da pena. Apesar da diferença entre a redação das propostas legislativas e a redação do Código Penal, seu efeito seria o mesmo, pois o cumprimento antecipado da pena nunca encerraria em tempo inferior à metade da pena de prisão fixada. Afinal, a carga horária semanal da prestação de serviços à comunidade teria o limite mínimo de sete horas e o limite máximo de quatorze horas semanais. A Exposição de Motivos do Anteprojeto justifica a imposição do limite:

Prestação de serviços comunitários: períodos mínimo e máximo semanais. A Comissão houve por bem propor que os serviços comunitários sejam realizados pelo período de sete até quatorze horas semanais. Este intervalo não existe na legislação atual, que fixa o número rígido de oito horas semanais. A ampliação poderá permitir que o condenado cumpra sua pena em menor tempo, desde que preste mais horas semanais de serviço comunitário, o que não está explicitado na legislação atual. O máximo de quatorze horas semanais servirá, também, para fixar o período adequado de cumprimento da restrição de direito. (BRASIL, 2012, p. 245, grifos no original).

Não há reparos a fazer quanto à justificativa apresentada pela comissão de juristas, salvo a referência a dispositivo já revogado do Código Penal, que estabelecia que a prestação de serviços à comunidade ocorreria à razão de oito horas semanais.

Esta monografia constata uma infundada omissão no texto do Anteprojeto e no texto do Substitutivo. Ambas as proposições legislativas suprimiriam a indicação do elenco de entidades beneficiárias da prestação de serviços à comunidade, promovendo estranho retrocesso na legislação penal. O legislador esqueceu que a indicação das entidades beneficiárias visa a evitar a exploração com fins lucrativos do trabalho gratuito, objetivo percebido por Bitencourt (2014, p. 679).

Encerrando a análise dessa pena restritiva de direitos, mencione-se que as proposições legislativas, embora não indiquem as entidades beneficiárias da

prestação de serviços comunitários, representariam progresso na comparação com o Código Penal.

3.1.5.4 Interdição temporária de direitos

Transcreve-se a seguir o elenco de interdições temporárias de direitos do Anteprojeto e o elenco do Substitutivo:

Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são:

- I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II – proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, embarcações ou aeronaves;
- IV – proibição de exercício do poder familiar, tutela, curatela ou guarda;
- V – proibição de exercício de atividade em corpo de direção, gerência ou de Conselho de Administração de instituições financeiras ou de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos;
- VI – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (BRASIL, 2012, p. 33).

Art. 57. As penas de interdição temporária de direitos são:

- I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II – proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença, de inscrição, de registro, de cadastro ou autorização do poder público;
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, embarcações ou aeronaves;
- IV – proibição de exercício do poder familiar, tutela, curatela ou guarda;
- V – proibição de exercício de atividade em corpo de direção, gerência ou de Conselho de Administração de instituições financeiras ou de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos;
- VI – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (BRASIL, 2013, p. 327).

Constata-se que o rol do Anteprojeto e o do Substitutivo são quase idênticos. A única diferença, entre eles, é a redação da interdição prevista no inciso II de cada artigo. Em comparação ao Código Penal, as propostas legislativas promoveriam quatro alterações. Dessas alterações, a mais notável é a revogação da "proibição de freqüentar determinados lugares". Bitencourt (2014, p. 687), em sua doutrina, apresenta forte objeção à "proibição de freqüentar determinados lugares", sob o argumento de que essa interdição temporária de direitos, na verdade, é uma restrição de liberdade incompatível com os tempos atuais. Partindo dessa premissa, procedeu bem o legislador, ao excluir essa retrógrada pena da lista de interdições

temporárias de direitos. Inclusive, a Exposição de Motivos do Anteprojeto corrobora o entendimento alcançado nesta monografia:

Interdição de Direitos. Sai, pela proposta da Comissão, a “proibição de frequentar determinados lugares”, existente no Código Penal atual e que dava azo a toda a sorte de leituras de zelo moral ou de costumes, sem cidadania no moderno direito penal da proteção de bens jurídicos. [...] (BRASIL, 2012, p. 246).

A Exposição de Motivos do Anteprojeto explica as demais alterações, que são inclusões de novas interdições temporárias de direitos ao elenco da legislação penal vigente:

[...] Entram a extensão à proibição de dirigir “embarcações ou aeronaves”, além da já existente menção a veículos, a do exercício do poder familiar, tutela, curatela ou guarda e a do exercício de atividades de direção, gerência ou conselho, em instituições financeiras e concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Mantém-se a proibição de inscrição em concurso, avaliação ou exame públicos, objeto da Lei 12.550/2011. (BRASIL, 2012, p. 246).

Feitas as necessárias considerações gerais, passa-se à análise das interdições temporárias de direitos. Considerando a identidade de redações entre o Anteprojeto e o Substitutivo, usar-se-á o *caput* do artigo do Anteprojeto para as citações.

A seguinte espécie de interdição temporária de direitos já existe no Código Penal: "Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são: I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;" (BRASIL, 2012, p. 33).

Não há muito a dizer acerca dessa espécie de interdição, uma vez que o Anteprojeto e o Substitutivo reproduziram a redação já vigente no Código Penal. Além disso, como já explanado no subtítulo 3.1.2, mantiveram-se as mesmas hipóteses de aplicabilidade já determinadas no Código Penal. Portanto, essa interdição temporária de direitos manteria sua natureza de pena restritiva específica, como é vista pela doutrina (BITENCOURT, 2014, p. 682-683). Assim sendo, entende-se aplicável a doutrina de Bitencourt (2014, p. 684) quanto ao alcance dessa interdição. Também é válida a lição de Gomes (2000, p. 156) sobre a eficácia imediata da decisão judicial proibitiva do exercício de mandato eletivo, sobre a sua validade, e sobre a regra do art. 55, VI, § 2º, da Constituição.

Examina-se, a seguir, uma interdição temporária de direitos, cujas redações do Anteprojeto e do Substitutivo diferem. "Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são: [...] II - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;" (BRASIL, 2012, p. 33). "Art. 57. As penas de interdição temporária de direitos são: [...] II – proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença, de inscrição, de registro, de cadastro ou autorização do poder público;" (BRASIL, 2013, p. 327).

Em seu parecer, o Senador Pedro Taques apresenta a justificativa para o Substitutivo ter redação diferente da do Anteprojeto. O motivo seria a ampliação do alcance da interdição temporária de direitos.

No inciso II do art. 57, que trata de interdição temporária de direitos, acrescentamos as hipóteses de proibição de inscrição, de registro e de cadastro (às já existentes), como forma de ampliar a incidência de vedação quanto ao exercício profissional que demanda registro ou inscrição em conselho respectivo. Inclui-se também a hipótese de proibição de cadastramento, que se dá nas atividades potencialmente poluidoras, como aquelas previstas no Cadastro Técnico Federal. (BRASIL, 2013, p 294-295).

Em relação a essa interdição temporária de direitos, o Anteprojeto e o Substitutivo mantiveram as hipóteses de aplicabilidade já previstas no Código Penal em vigor. Desta forma, conclui-se que esta interdição temporária de direitos conservaria sua natureza de pena restritiva específica.

Dentre as interdições temporárias de direitos elencadas no Código Penal, figura a "suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo". No Anteprojeto, propôs-se a ampliação dessa interdição, sendo que o Substitutivo manteve a redação daquele: "Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são: [...] III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, embarcações ou aeronaves;" (BRASIL, 2012, p. 33).

Como já explicado no subtítulo 3.1.2, essa interdição é aplicável para punir os crimes culposos de trânsito.

A comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto de Código Penal propôs a criação de uma nova espécie de interdição temporária de direitos, que acabou mantida na redação do Substitutivo: "Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são: [...] IV – proibição de exercício do poder familiar, tutela, curatela ou guarda;" (BRASIL, 2012, p. 33).

Sobre essa nova espécie de interdição, expõem-se as seguintes considerações. Percebe-se que o legislador não especificou quais crimes seriam puníveis com essa pena, transformando-a em pena restritiva genérica. Portanto, é aplicável a crítica feita por Bitencourt (2014, p. 688-689) à "proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos". Assim, a aplicação dessa pena ficaria a critério do juiz. Além disso, ela seria aplicável a qualquer crime. Tal hipótese teria sérias consequências. Imagine-se punir com o desfazimento de relações sociais essenciais um condenado que, tendo filhos ou pessoas sob sua tutela, curatela ou guarda, sequer cometeu delito contra essas pessoas. Ressalvada a hipótese de prática delituosa contra mencionadas pessoas – hipótese que justificaria aplicar tal sanção penal – seria desproporcional e desnecessário aplicar essa interdição temporária de direitos.

A seguinte espécie de interdição temporária de direitos também não encontra similar no Código Penal em vigor. A sua redação é idêntica no Anteprojeto e no Substitutivo.

Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são:

.....
V – proibição de exercício de atividade em corpo de direção, gerência ou de Conselho de Administração de instituições financeiras ou de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos; (BRASIL, 2012, p. 33).

O legislador esqueceu-se da natureza específica das interdições temporárias de direitos, deixando de especificar os crimes a que essa pena é aplicável.

A sexta espécie de interdição temporária de direitos é a "proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos". Essa interdição já está prevista no Código Penal em vigor. Tanto o Anteprojeto quanto o Substitutivo mantiveram a mesma redação do Código Penal. "Art. 63. As penas de interdição temporária de direitos são: [...] VI – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos." (BRASIL, 2012, p. 33).

Em relação a essa interdição temporária de direitos, as proposições legislativas repetem a falha existente no Código Penal, isto é, deixam de relacionar os crimes que a interdição pode punir. A falha é idêntica à denotada por Bitencourt (2014, p. 688-689) em relação à "proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos" existente no Código Penal. Portanto, da maneira como foi

sistematizada no Anteprojeto e no Substitutivo, essa pena continuaria genérica, não obrigando o julgador a aplicá-la.

3.1.5.5 Limitação de fim de semana

Tanto no Anteprojeto quanto no Substitutivo, propõe-se a alteração das disposições legais respeitantes à limitação de final de semana. Segue transcrição das propostas legislativas.

Art. 65. A pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por quatro horas diárias, em instituições públicas ou privadas com finalidades educativas, culturais, artísticas ou de natureza semelhante, credenciadas pelo juiz da execução penal.

Parágrafo único. Durante a permanência na instituição, o condenados participarão de cursos, palestras, seminários e outras atividades de formação ou complementação educacional, cultural, artística ou semelhante, assegurada a liberdade de consciência e de crença do condenado. (BRASIL, 2012, p. 34).

Art. 59. A pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados, domingos e feriados, por cinco horas diárias, em instituições públicas ou privadas com finalidades educativas, culturais, artísticas ou de natureza semelhante, credenciadas pelo juiz da execução penal.

Parágrafo único. Durante a permanência na instituição, o condenados participarão de cursos, palestras, seminários e outras atividades de formação ou complementação educacional, cultural, artística ou semelhante, assegurada a liberdade de consciência e de crença do condenado. (BRASIL, 2013, p. 327-328).

A mais notável diferença que tanto o Anteprojeto como o Substitutivo apresentam em relação ao Código Penal é a disposição legal referente ao local de cumprimento da pena. O que se propõe, no Anteprojeto e no Substitutivo, é que a limitação de final de semana não mais seja executada nas casas de albergado. Propõe-se o fim das casas de albergado. A Exposição de Motivos do Anteprojeto é direta ao justificar a pretendida alteração legislativa.

O fim das casas de albergado. Inovação importante da reforma penal de 1984, as casas de albergado, nas quais se deveria cumprir a limitação de final de semana, provaram mal. Esta prova terá mais certamente advindo da escassez destes estabelecimentos, desconhecidos em muitos Estados da Federação. Ao invés deles, a Comissão se refere ao trabalho por quatro horas diárias (e não mais cinco!), aos sábados e domingos, em estabelecimentos credenciados pelo juízo das execuções. [...] (BRASIL, 2012, p. 247, grifos no original).

A Exposição de Motivos reconhece que o insucesso das casas de albergado deu-se essencialmente pela falta dessas casas. Essa proposição legislativa atesta a falha do Estado em materializar o que ele mesmo pretendeu instituir no plano jurídico. Passados trinta anos da incorporação da pena de limitação de fim de semana ao Direito Penal brasileiro, constata-se que os poderes públicos não tomaram quaisquer providências para construir as casas de albergado. Em outras palavras, verifica-se a manutenção do estado de coisas criticado pela doutrina (BITENCOURT, 2014, p. 676).

O que o Anteprojeto (e o Substitutivo) propõe é que a execução da pena de limitação de fim de semana ocorra em "[...] instituições públicas ou privadas com finalidades educativas, culturais, artísticas ou de natureza semelhante, credenciadas pelo juiz da execução penal." (BRASIL, 2012, p. 34, 2013, p. 327-328).

Necessário analisar este trecho sob a perspectiva do local de execução da pena. O Estado pretende transferir o local de execução da pena para instituições públicas ou privadas, credenciadas pelo juiz da execução penal. Em relação às instituições públicas, tomando providências concretas, poderá ter êxito. Porém, quanto às instituições privadas, estaria sujeito ao interesse daquelas em celebrar "convênio de credenciamento" com o Poder Judiciário.

A limitação de fim de semana é uma pena com objetivos educativos, evidenciados nas disposições legais dessa pena (BITENCOURT, 2014, p. 676-677). No Anteprojeto e no Substitutivo, propõe-se reforçar esse propósito educativo. Enquanto o Código Penal prevê que "[...] poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas." (BRASIL, 1940), o Anteprojeto e o Substitutivo determinam que os condenados "[...] participarão de cursos, palestras, seminários e outras atividades de formação ou complementação educacional, cultural, artística ou semelhante [...]" (BRASIL, 2012, p. 34, 2013, p. 327-328), respeitada a liberdade de consciência e de crença. Ressalta-se, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, a preocupação em respeitar essas liberdades.

[...] A proposta ressalva que a limitação de final de semana não pode, como não poderia qualquer outra pena, restringir a liberdade de consciência e de crença do condenado. Não pode, por exemplo, obrigar alguém a frequentar instituição religiosa, ou outra por ela mantida, se tal contrariar as convicções que ele, condenado, como qualquer cidadão, pode livremente abraçar. (BRASIL, 2012, p. 247).

No que toca à pena de limitação de fim de semana, as proposições legislativas do Anteprojeto e do Substitutivo apresentam grande semelhança. Todavia, há uma diferença importante para analisar. O Anteprojeto, no art. 65, *caput*, propôs reduzir a duração diária da pena para quatro horas. O Substitutivo, no art. 59, *caput*, propôs mantê-la em cinco horas e determinar, expressamente, o cumprimento da pena também nos feriados. Ou seja, transforma a pena em "limitação de fim de semana e feriados".

O Substitutivo apresenta uma justificativa sucinta para transformar a limitação de fim de semana em "limitação de fim de semana e feriados".

No art. 65, restabelecemos o prazo atual de cinco horas de limitação diárias, ao invés de quatro, como proposto. Não há qualquer indicativo da necessidade de redução do prazo hoje vigente, bem como não se pode perder de vista de que se trata de penalidade substitutiva. De outro bordo, incluímos também a limitação de feriados, hoje não prevista. Trata-se de medida pedagógica e pede o mesmo tratamento da limitação de fim de semana. (BRASIL, 2013, p. 126-127).

Esta investigação não pretende discutir a justificativa para estender aos feriados a limitação de fim de semana. Todavia, relembra que o Estado deverá realizar os investimentos necessários à execução dessa pena. Caso contrário, novamente, a limitação de fim de semana (e feriados, como propõe o Substitutivo) será inaplicável na prática. A menos que o poder público adote providências concretas, persistirá a inaplicabilidade prática da limitação de fim de semana, com o agravante de que a limitação se estende aos feriados.

3.1.5.6 A revogação da pena de "prestação inominada"

No Código Penal, é necessário analisar a pena de prestação pecuniária a fim de compreender a pena de "prestação inominada". Do mesmo modo, é necessário examinar as proposições do Anteprojeto e do Substitutivo para se perceber a revogação da pena de "prestação inominada".

Art. 64. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à 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 mensais. (BRASIL, 2012, p. 34).

Art. 58. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à 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 mensais. (BRASIL, 2013, p. 327).

Como já visto no subtítulo 3.1.5.1, o legislador propõe excluir a vítima e seus dependentes do elenco de beneficiários da prestação pecuniária. Conforme entendimento doutrinário, somente esses beneficiários teriam a faculdade de aceitar converter a prestação pecuniária em prestação "de outra natureza" (BITENCOURT, 2014, p. 674). Portanto, pode-se entender que, excluindo-se a vítima e seus dependentes do mencionado elenco, não haveria motivo para manter a "prestação inominada" em um futuro Código Penal.

3.2 CONFRONTANDO OS DOIS SISTEMAS A PARTIR DA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

3.2.1 Um conceito de política criminal aplicável às penas restritivas de direitos

Delmas-Marty (2004, p. 3, grifos da autora) conceitua a política criminal como "[...] o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal [...]". Conforme o conceito da autora, a política criminal engloba, além dos procedimentos de repressão criminal, também os procedimentos de reparação ou de mediação. Além disso, os procedimentos político-criminais não são efetivados exclusivamente pelo Estado, mas também pela sociedade, quando ela responder de forma organizada. Quanto à ideia de resposta, esta abrange não apenas a reação ao fenômeno criminal, mas também a prevenção deste. Além disso, no "fenômeno criminal" incluem-se quaisquer distanciamentos das normas (DELMAS-MARTY, 2004, p. 42-43).

A política criminal das penas restritivas de direitos em geral apresenta, ao menos, dois pontos de conexão com o conceito da autora. Esta demonstra ser possível uma orientação político-criminal em que a sociedade participe ativa e organizadamente na efetivação das penas restritivas de direitos. A atuação do grupo social oportunizou o surgimento de alternativas à pena de prisão, como o *sursis* probatório e o "trabalho de interesse geral". Quanto a este, as legislações determinam a atuação das coletividades públicas e dos estabelecimentos públicos

na execução da pena (DELMAS-MARTY, 2004, p. 134). As alternativas penais conservam os laços de solidariedade e ensejam a participação da sociedade civil na reintegração social dos condenados, que passam a ter maior interação social (ROESSING, 2011, p. 105).

Por outro lado, as penas restritivas de direitos, assim como as demais penas, são dotadas não apenas de poder retributivo, mas também de poder preventivo. Nesse sentido, no tocante ao direito penal brasileiro, recorde-se que Bitencourt explicita os fundamentos do poder preventivo da limitação de fim de semana (2014, p. 675) e da interdição temporária de direitos (2014, p. 682-683). Boschi (2014, p. 106) afirma que, com a Reforma de 1984, manteve-se a ideia utilitarista da pena no Código Penal. Cita como exemplo o artigo 59 do referido diploma, o qual referencia as finalidades preventivas e repressivas da pena.

Considerando o ora exposto, percebe-se que o Anteprojeto e o Substitutivo representam um ideário político-criminal que se amolda ao conceito proposto por Delmas-Marty. Por um lado, ambos propõem a manutenção da pena de prestação de serviços à comunidade, que a autora denomina "trabalho de interesse geral". De outro lado, tanto o Anteprojeto quanto o Substitutivo apresentam sistemas de penas restritivas de direitos em que se reconhece o caráter retributivo e o caráter preventivo das penas. O Anteprojeto, no art. 61, III e V, usa a expressão "reprovação e prevenção do crime". No Substitutivo, no art. 55, III, também figura a expressão "reprovação e prevenção do crime".

3.2.2 O modelo político-criminal das penas restritivas no Código Penal e no Anteprojeto

A política criminal visa à perpetuidade da sociedade e à segurança de pessoas e de bens. Contudo, há valores os quais influenciam essa necessidade de segurança, e desde os quais a política criminal é estabelecida. Afirma a autora que há três valores principais – liberdade, igualdade, autoridade – a partir dos quais derivam as correntes ideológicas político-criminais. Uma dessas correntes é a liberal, que faz referência ao valor liberdade. Esta, enquanto bem da humanidade, é primordial. Todavia, essa liberdade é baseada na legalidade. Liberdade e ordem afirmam-se reciprocamente (DELMAS-MARTY, 2004, p. 45-46). "Em política criminal, esta preeminência da lei como garantia da liberdade tornar-se-á princípio

de legalidade." (DELMAS-MARTY, 2004, p. 46). Porém, o termo lei deveria ser tomado em sua acepção material, por abarcar as normas infralegais e o direito não-escrito. Delmas-Marty (2004, p. 49) afirma haver uma ampliação do conceito de legalidade, a qual integraria um princípio da "judiciabilidade". "O próprio princípio da legalidade abre espaço à margem de apreciação do juiz, configurando o princípio da judicabilidade, ambos consolidando o que se chama de preeminência do direito das tradições jurídicas ocidentais." (SILVA, 2005, p. 12).

Em sua obra, Delmas-Marty (2004) demonstra haver modelos estatais e modelos societários de política criminal. Dentre os modelos estatais de política criminal, figura o modelo de Estado-sociedade liberal, que é claramente influenciado pela ideologia liberal (DELMAS-MARTY, 2004, p. 99). No modelo de Estado-sociedade liberal, a legalidade e a judicabilidade seriam complementares, definindo precisamente a noção de preeminência do direito (DELMAS-MARTY, 2004, p. 107).

O sistema de penas restritivas de direitos da legislação penal brasileira é um sistema que reflete o modelo político-criminal de Estado-sociedade liberal. Pode-se constatar a adoção do princípio da legalidade e do princípio da judicabilidade.

A pena restritiva de direitos tem sua aplicação e sua execução embasada em tais princípios assegurados pelo Estado liberal. A lei a define e todo o seu contexto de aplicação e cumprimento, nisso incluindo toda a atuação do juiz, como responsabilidade do Estado. [...] (SILVA, 2005, p. 10).

O princípio da legalidade evidencia-se nas disposições legais que estabelecem as hipóteses de aplicação e o modo de execução das penas restritivas de direitos. O princípio da judicabilidade manifesta-se nos dispositivos normativos que conferem ao juiz uma margem de discricionariedade para aplicar as penas restritivas de direitos, ou para deixar de aplicar essas penas. Esse princípio também se manifesta quando o julgador precisa complementar o sentido das leis a cada caso concreto.

Obviamente, no referente às penas restritivas de direitos, o princípio da legalidade está manifesto no Código Penal, no Anteprojeto e no Substitutivo. Tanto naquele quanto nestes existem disposições legais determinando as situações de aplicação e a maneira de execução das penas restritivas.

Do Código Penal extrai-se um exemplo de manifestação do princípio da judicabilidade no sistema das penas restritivas de direitos. Está na aplicação da pena de prestação de outra natureza, prevista pelo art. 45, § 3º. O julgador do caso

concreto, ao aplicar a pena de prestação de outra natureza, deverá determinar tal natureza, o que requererá interpretação sistemática da legislação penal. Outro exemplo está no art. 44, § 2º, do Código Penal.

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).

O Código Penal oportuniza a manifestação da judiciaridade. Afinal, permite que o julgador escolha, dentre as penas restritivas de direitos previstas na lei, qual é a mais adequada para prevenir e reprovar o crime no caso concreto.

Por outro lado, as proposições do Anteprojeto e as do Substitutivo também apresentam disposições normativas que reconhecem o princípio da judiciaridade. Como primeiro exemplo, menciona-se o art. 61, V, do Anteprojeto. Referido dispositivo prevê a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos quando "[...] o réu não for reincidente em crime doloso, salvo se a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime." (BRASIL, 2012, p. 32). Aqui, chama-se a atenção para a parte final do inciso, que permite aplicar a pena restritiva de direitos ao condenado reincidente em crime doloso, quando "a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime". Será o julgador que, exercendo juízo discricionário, decidirá se a pena restritiva de direitos é necessária e suficiente ao caso concreto.

Outro exemplo é encontrado no art. 61, § 2º, do Anteprojeto, cuja redação transcreve-se: "[...] § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição será feita por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena de prisão será substituída por duas restritivas de direitos." (BRASIL, 2012, p. 32). Percebe-se que o Anteprojeto manteria, com algumas alterações, a fórmula já consagrada pelo Código Penal. Destaque-se que o Substitutivo adotou integralmente a proposta do Anteprojeto. Do mesmo modo que o Código Penal, o Anteprojeto e o Substitutivo permitiriam a manifestação da judiciaridade na escolha da pena restritiva de direitos em função do quantum de pena de prisão a substituir. A legislação proposta, caso aprovada, permitiria ao juiz escolher, com ampla discricção, qual pena restritiva de direitos, dentre as previstas em lei, seria adequada para reprovar e prevenir o crime.

Assim, a legislação conservaria a metodologia do Código Penal, a qual Bitencourt (2014, p. 657) reputa apropriada.

3.2.3 Proposta de aplicação das penas restritivas a quaisquer crimes praticados com violência ou grave ameaça

No subtítulo 3.1.3.1, procedeu-se ao exame dos textos do Anteprojeto e do Substitutivo, nas disposições que permitiriam aplicar penas restritivas de direitos a crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e que não se enquadrem na definição de crimes de menor potencial ofensivo. As proposições legislativas têm redação muito semelhante. O art. 61, II, do Anteprojeto e o art. 55, II, do Substitutivo, proibiriam a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nas hipóteses de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Todavia, esses textos propõem estabelecer uma ressalva: a de que as penas restritivas de direitos possam substituir a pena de prisão, mesmo nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, quando a pena de prisão aplicada não exceder a dois anos. Essas ressalvas estão no art. 61, II, b, do Anteprojeto e no art. 55, II, b, do Substitutivo.

Considerando a inovação proposta pelo legislador – aplicação de pena restritiva de direitos a crimes cometidos com violência ou grave ameaça – é necessário fazer alguns comentários.

3.2.3.1 Possibilidade de exacerbação das penas

Primeiramente, note-se que o legislador propõe substituir a pena de prisão por penas restritivas de direitos quando o crime cometido com violência ou grave ameaça for punido com pena de até dois anos de prisão. Em tese, o efeito da aprovação do Projeto de Lei de Novo Código Penal será o desencarceramento dos apenados que se enquadrarem nas hipóteses previstas no Anteprojeto e no Substitutivo. Ou seja, mais apenados serão direcionados ao cumprimento de penas substitutivas à pena privativa de liberdade. Do ponto de vista teórico, as propostas legislativas vão ao encontro da finalidade das penas restritivas de direitos, que é de evitar submeter os apenados aos efeitos do cárcere. Contudo, observando da perspectiva prática, haverá o inevitável agravamento dos problemas no sistema de

execução das penas restritivas de direitos. A piora do estado de coisas ocorrerá principalmente em relação à aplicação da pena de limitação de final de semana, em virtude da situação já explanada nos subtítulos 2.1.5.5 e 3.1.5.5, com base na doutrina de Bitencourt (2014, p. 676). Entretanto, problemas também ocorrerão nas situações de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade. Bitencourt (2014, p. 681) demonstra as deficiências apresentadas pelo sistema de execução das penas restritivas de direitos, no tocante à prestação de serviços à comunidade.

O resultado poderá ser a exasperação das penas a fim de evitar a aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Bitencourt (2014, p. 682) adverte que o desinteresse do governo em solucionar os problemas do sistema penitenciário provavelmente redundará na má aplicação das penas restritivas de direitos, à impunidade e ao aumento da criminalidade, resultando no exacerbar das sanções penais. Na realidade, poderá haver a repetição de uma situação já ocorrida na política criminal brasileira. A má aplicação das penas restritivas de direitos concorreu, por exemplo, para a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos.

Mas a consequência direta e mais grave dessa *má aplicação das alternativas* consagradas pela Reforma Penal de 1984 foi a sensação de *impunidade* que teve, como subproduto, a adoção da *política criminal funcional*, que se iniciou com as leis dos crimes hediondos, do crime organizado e similares. (JESUS, 1995, p. 4, *apud* BITENCOURT, 2013b, p. 92, grifos no original).

A proposta do legislador é inovadora. Todavia, os efeitos da vigência desse dispositivo, combinados com os problemas do sistema penitenciário brasileiro, poderão motivar o agravamento das penas de prisão, como refere Bitencourt (2014, p. 682).

4 CONCLUSÃO

Esta investigação propôs-se a analisar os sistemas de penas restritivas de direitos do Código Penal e do Projeto de Lei de Novo Código Penal, buscando evidenciar os pontos positivos e negativos em cada sistema. A investigação também pretendeu realizar a comparação entre os sistemas, a fim de verificar se um Novo Código Penal traria melhoras ou pioras no que se refere às penas restritivas de direitos. Uma vez finalizada a pesquisa, é possível elaborar uma síntese das conclusões, a qual obviamente não pretende ser exaustiva.

Cumprir dizer que, se o Projeto de Lei do Novo Código Penal vier a ser aprovado com a atual redação, os congressistas brasileiros atestarão a sua falha em manter e aperfeiçoar o sistema de penas restritivas de direitos existente na legislação penal. Os integrantes do Congresso Nacional aprovariam um Projeto de Lei que, por um lado, traria melhoras em comparação ao atual Código Penal, mas, por outro lado, não resolveria os problemas relativos à aplicabilidade prática de algumas das penas restritivas de direitos. Além disso, o Novo Código Penal conteria preocupantes retrocessos em relação ao Código vigente.

Deve-se reconhecer que o Novo Código Penal traria mudanças positivas em relação às penas restritivas de direitos. Cabe mencionar que é elogiável a proposição de permitir a antecipação do cumprimento da prestação de serviços à comunidade inclusive para condenações de até um ano de prisão; essa mudança legislativa viria a eliminar uma inexplicável discriminação existente no Código Penal em vigor. Igualmente, é importante a proposta de eliminar o "saldo mínimo" de trinta dias para os casos de conversão em pena privativa de liberdade, pois extingue o que equivale a uma pena aplicada pelo legislador.

Todavia, essas alterações não compensariam os problemas que o Novo Código Penal manteria, nem os que ele geraria.

O legislador procedeu bem ao sugerir a aplicação de penas restritivas de direitos aos crimes cometidos com violência ou com grave ameaça nas situações em que a pena de prisão aplicada não exceda dois anos. Entretanto, essa mudança legislativa provavelmente causará aumento de condenações a penas restritivas de direitos, incluindo prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. Lembre-se que o sistema penitenciário mal consegue administrar a execução das penas restritivas de direitos no contexto atual.

O Novo Código Penal, mantendo a redação analisada, provavelmente não contribuiria para resolver os problemas relacionados à execução da limitação de fim de semana. Consciente da inércia da Administração Pública em construir as casas de albergado, o legislador preferiu recorrer a soluções improvisadas, transferindo o local de execução da limitação de final de semana para instituições públicas ou privadas, credenciadas pelo juiz da execução penal. O legislador premia o descaso da Administração Pública, eximindo-a do seu dever de construir casas de albergado e, ao mesmo tempo, continua pondo em risco a aplicabilidade concreta da limitação de fim de semana. Nos locais em que instituições privadas se recusarem ao credenciamento, e não houver instituições públicas, não haverá como o juiz aplicar a pena de limitação de fim de semana. A menos que a Administração Pública cumpra seu papel e construa casas de albergado ou, como proposto pelo legislador, as instituições públicas educacionais adequadas para a execução penal da limitação de fim de semana, seria melhor excluir essa pena do elenco de restritivas de direitos, para não desacreditar ainda mais o sistema penitenciário.

As duas versões do Projeto de Lei de Novo Código Penal, aqui estudadas, evidenciam o anseio do Estado de arrecadar às custas da criminalidade. Os legisladores sugerem algo perturbador: excluir a multa do elenco de penas restritivas de direitos, porém manter a multa como pena aplicada cumulativamente. Isso se verifica tanto no Anteprojeto quanto no Substitutivo. Neste último, a cumulatividade certamente ocorreria, pois o que se propôs foi aplicar a multa como pena para todos os crimes. Recorde-se que, tanto no Anteprojeto quanto no Substitutivo, estabelecer-se-ia grave discriminação das classes sociais menos favorecidas, nas hipóteses em que os apenados insolventes não pudessem pagar a pena de multa. Afinal, estes últimos poderiam ver sua pena de multa – não restritiva de direitos, e sim cumulativa – convertida em pena privativa de liberdade, justo por serem pobres.

A intenção arrecadatória não se resume a isso. Ela continua na proposta de exclusão da vítima e seus dependentes do rol de beneficiários da prestação pecuniária. Além de a proposição legislativa contrariar a vitimologia, acentua a lamentável prática do Estado de fazer caridade com recursos que fazem jus ao ofendido. Portanto, seria melhor que as regras referentes à prestação pecuniária, ao menos, continuassem como estão.

Apontamos que o Substitutivo, apresentado pelo Senador Pedro Taques, diminuiria a aplicabilidade prática das penas restritivas de direitos, ao impedir a

aplicação dessas penas aos reincidentes em crime doloso, e a justificativa seria o frágil argumento de que os apenados estariam submetidos à discricionariedade judicial. Em resumo, a proposta do Senador aumentará o encarceramento.

Finalmente, sugere-se que o Projeto de Lei de Novo Código Penal expressamente prescreva que o condenado tem direito público subjetivo à pena restritiva de direitos, quando preenchidos os requisitos legais. Assim, será incontestável o direito do condenado, pondo fim às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Encerra-se a síntese dos principais pontos positivos e negativos que apresentam as propostas do Senado Federal em relação ao sistema de penas restritivas de direitos. Esperamos que não se concretizem as alterações prejudiciais acima mencionadas, e que prosperem somente as inovações legislativas positivas, que traduzam verdadeiras melhorias na execução das penas restritivas de direitos. Que os parlamentares corrijam as deficiências do sistema de penas restritivas de direitos, para aperfeiçoar esse sistema e para proporcionar aos condenados às penas restritivas uma execução penal mais humanitária e mais ressocializadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. 5. ed., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed., 1ª reimpr.. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 20. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Tratado de direito penal, 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 13. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.653, 12.720 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 4. ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. Anteprojeto de Reforma do Código Penal. **Senado**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. Senado. **Projeto de Lei n. 236/2012**. Parecer do relator senador Pedro Taques (PDT-MT). Brasília, DF, 17dez. 2013. 469f. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82187**. Paciente: Antonio Donizete de Pádua. Impetrante: Roberto Donizete Carte. Coator: Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Passos. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 29 out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78981>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 98769**. Paciente: Mateus de Paula. Impetrante: César Augusto Moreira. Coator: Relator do HC nº 130691 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 26 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598748>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118433**. Recorrente: Ernani Jaques Crispim. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4677865>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 100657**. Recorrente: Alexandre da Silva Souza Barbeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618735>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Luiz Flávio Gomes et al. Colaboração de Alice Bianchini et al. Prefácio da 1. ed. italiana de Norberto Bobbio. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. Tradução por Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote García e Davi Tangerino. 7. ed. reform., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1.º a 120. 12. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROESSING, Telma de Verçosa. **A execução penal alternativa no Brasil**: paradigma de prevenção criminal e de proteção de direitos. 2011. 171f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1546>. Acesso em: 17 jun. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Monica Paraguassú Correia da. O modelo de política criminal do estado-sociedade liberal aplicado às penas restritivas de direitos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14, 2005, Fortaleza, CE. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/213.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

_____. Pena alternativa, universidade e cultura da educação para a cidadania. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15, 2006, Manaus, AM. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/violencia_criminalidade_monica_paraguassu_da_silva.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.