

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

NOVAS PENAS “ALTERNATIVAS”

Uma análise pragmática

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Incoerência da política criminal brasileira – 3. “Gancho” para novas exasperações de penas – 4. Requisitos ou pressupostos necessários à substituição: 4.1 Novos aspectos nos critérios orientadores da substituição: 4.1.1 Substituição por duas penas restritivas de direitos: executoriedade simultânea; 4.1.2 Substituição nos crimes culposos; 4.1.3 Substituição nas penas de até um ano; 4.1.4 Substituição nas penas de até seis meses de prisão – 5. Análise político-criminal da reincidência: 5.1 Relatividade dos efeitos da reincidência: 5.1.1 Sentido e alcance da expressão “socialmente recomendável”; 5.2 Reincidência “específica” em crime doloso – 6. Retroatividade e irretroatividade da lei penal; 6.1 Retroatividade das novas penas restritivas de direitos; 6.2 Retroatividade e competência funcional; 6.3 Reincidência dolosa e processo em grau recursal – 7. Outras questões apresentadas pela Lei 9.714/98: 7.1. Crimes hediondos e a Lei 9.714/98; 7.2 “Conflito” político-criminal entre as Leis 9.714/98 e 9.099/95: 7.2.1 Lesão corporal leve dolosa, ameaça e constrangimento ilegal: 7.3 Limites das novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo: 7.3.1 Divergência quanto aos requisitos de admissibilidade.

Resumo: O texto aborda os aspectos da Lei 9.714/98 – Lei das Penas “Alternativas”; analisando seus aspectos gerais de aplicabilidade no contexto do processo criminal brasileiro. Faz também uma abordagem específica das modalidades e dos aspectos objetivos e subjetivos para a sua executividade. Enfoca questões controvertidas, tais como crimes hediondos e a Lei 9.714/98 e o conflito entre esta Lei e a Lei 9.099.

Palavras-chave: Pena – Penas alternativas – Penas substitutivas – Lei 9.714/98 – Crimes hediondos e Lei 9.714/98 – Lei 9.099/95 e Lei 9.714/98.

1. Considerações preliminares

Para se falar em “novas penas alternativas”, deve-se esclarecer, inicialmente, uma pequena curiosidade: em primeiro lugar, não são “*penas novas*” e, em segun-

do lugar, não são *alternativas*, visto que as duas grandes “novidades” foram a “prestação pecuniária” e a “perda de bens e valores”. De um lado, a “*prestação pecuniária*” não passa de um “neologismo jurídico” para definir a “*multa reparatória*”, que já era defendida no final do século passado, para certas infrações penais, por Garofalo e Adolphe Prins, nos primórdios da *União Internacional de Direito Penal*; da mesma forma, a “*perda de bens e valores*” representa apenas um eufemismo utilizado pelo legislador contemporâneo, para adotar, disfarçadamente, a velha e proscrita “*pena de confisco*”. De outro lado, as referidas penas também não são *alternativas*, mas *substitutivas*, posto que só podem ser aplicadas em *substituição* à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória (arts. 44, *caput*, 54 e

55, CP). Ademais, embora se fale insistentemente em *penas alternativas*, tanto a reforma penal de 1984 quanto a atual Lei 9.714/98 as definem como penas “restritivas de direitos” (Título V, Capítulo I, Seção II, da Parte Geral do CP). Enfim, são duas velhas *penas pecuniárias* “travestidas”, na linguagem do legislador, de “restritivas de direitos”.

No entanto, em razão da profusão de leis penais que invadem constantemente o conturbado ordenamento jurídico-penal brasileiro, a utilização das referidas “penas alternativas” demandam, ainda, mais um esclarecimento. Na verdade, as ditas *penas alternativas*, definidas como “restritivas de direitos” foram utilizadas, inicialmente, pela reforma penal de 1984, tão somente em “*caráter substitutivo*”. Posteriormente, a Lei 9.099/95, com sua *política criminal consensual* *descarcerizadora*, adotou as penas restritivas de direitos em “*caráter alternativo*” e, finalmente, o Código de Trânsito Brasileiro adota “penas restritivas de direitos” na condição de “*pena principal*”, se assim se pode falar, na ausência de *pena acessória* ou secundária, mas, enfim, as utiliza, em regra, *cumulativamente* com a pena privativa de liberdade. Em outros termos, as “penas restritivas de direitos” especificamente previstas nas Leis 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) não têm natureza *alternativa* nem *substitutiva*, ao contrário do que ocorre com a Lei 9.099/95 e o Código Penal, quer com a redação da Lei 7.209/84 quer com a nova redação da Lei 9.714/98. A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por sua vez, prevê as suas próprias “penas restritivas de direitos” que, a exemplo do Código Penal, têm natureza substitutiva.

Resumindo, as “penas restritivas de direitos”, ditas *alternativas*, passaram a ser adotadas como penas *substitutivas* (no Código Penal e na Lei 9.605/98), *alternativas* (na Lei 9.099/95) e, finalmente, como *penas principais* ou *cumulativas* (na Lei 9.503/97).

2. Incoerência da política criminal brasileira

Depois de tanto debate, de tanta movimentação nos meios jurídicos, políticos e acadêmicos, depois de uma grande mobilização na mídia nacional sobre a “criação” de *novas e progressistas penas alternativas*, enfaticamente destacadas como *um rol de quatorze alternativas*, o nosso ordenamento jurídico acaba recebendo, acanhadamente, através da Lei 9.714/98, somente duas “*novas alternativas*” — *prestação pecuniária* e *perda de bens e valores* — falaciosamente denominadas de *penas restritivas de direitos*, além de mais duas “*subespécies*”, quais sejam, a indigitada “prestação de outra natureza”, que é uma espécie de segunda reserva, na medida em que é *substituta de uma pena substitutiva*, e a “proibição de freqüentar determinados lugares”, uma “*nova modalidade*” de, acreditem, “interdição temporária de direitos”!

Na verdade, mais uma vez aqui se faz presente com grande eloquência a *fúria arrecadadora* que visa, em primeiro plano, abastecer as arcas do Tesouro Nacional, locupletando-se com a sua própria torpeza e falta de ética. Essa *ganância* atinge as raias da *imoralidade* quando o legislador tenta garantir o locupletamento do Estado com a própria criminalidade que, antes de tudo, deveria combater eficaz e seriamente, *ao invés de criar “alternativas de arrecadação”*, como fez nesta lei. Pois, sob o pretexto de lançar *novas alternativas à pena privativa de liberdade*, chega ao ridículo de definir, como *penas restritivas de direitos*, sanções que, por sua própria natureza, são historicamente conceituadas como *penas pecuniárias* (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores). Nesse sentido, fazendo eco com nossa crítica, convém recordar o magistério de Basileu Garcia¹ que, inconformado

(1) Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo II, 6.ª ed., 1982, p. 506.

com a destinação do produto das penas pecuniárias, afirmava: “percebe-se, porém, certa nota de imoralidade nesse enriquecimento do Estado às expensas do crime, que lhe compete prevenir, dir-se-ia que se locupleta invocando a sua própria ineficiência, para não mencionar a sua própria torpeza, conforme brocardo proibitivo. Daí – prossegue Basileu Garcia – a impreterível necessidade de se canalizarem os proventos originários dessa fonte impura unicamente para as salvadoras funções de prevenção geral e especial, buscando com eles atenuar a criminalidade e sanar as chagas deixadas por esse flagelo no organismo social”.²

Essa *ganância devastadora* fica ainda mais clara quando, ao *definir a destinação* de uma pena nitidamente de *caráter indenizatório* – prestação pecuniária – prevê *como destinatário* “entidades públicas ou privadas com finalidade social”. À evidência, nesse particular, doutrina e jurisprudência precisam esclarecer que tais entidades serão *destinatárias subsidiárias*, do produto arrecadado com a aplicação dessa sanção, isto é, somente se não houver “vítima ou dependentes” da infração penal ou, então, não houver dano efetivo a reparar.

A *intenção puramente arrecadadora* do legislador fica ainda mais clara, quando se constata que, das *três sanções pecuniárias*, somente aquela que tem *caráter indenizatório* e destina-se à vítima do delito – prestações pecuniárias – recebe *previsão de destinação alternativa* para “entidade pública ou privada com destinação social”. Curiosamente, as outras duas sanções penais – multa e perda de bens e valores – que se destinam, corretamente, é bom que se diga, ao *Fundo Penitenciário Nacional*, não receberam a mesma previsão de *destinação alternativa* da arrecadação, para entidade pública ou privada com destinação social”.

Enfim, nós que somos defensores incansáveis da *pena pecuniária*, por todas

as razões que expusemos ao abordarmos esse tema,³ não podíamos deixar de fazer, em relação as novas sanções pecuniárias, esta análise crítica, para provocar uma boa reflexão sobre o assunto.

A despeito da grande expectativa pelas necessárias e esperadas “penas alternativas”, vemos com grande ceticismo o futuro de tais sanções, pela *falta de vontade política* em dotar de infra-estrutura necessária para permitir a sua adequada *operacionalização*, o que, aliás, não constitui nenhuma novidade no direito brasileiro. Lembremos, com certa tristeza, o exemplo mal sucedido da Reforma Penal de 1984, que dotou o sistema penal brasileiro de alternativas tais que, segundo se acreditava, dificilmente algum apenado com até dois anos de prisão iria para a penitenciária, pois, além do *sursis*, “criou-se as penas restritivas de direitos e revitalizou a pena de multa, com a adoção do sistema dias-multa”.⁴ O resultado final, como era de se prever, deu no que deu: nenhum Estado da Federação se dispôs a construir as denominadas “casas de albergados”, de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária; os convênios com as entidades filantrópicas, assistenciais e congêneres, com raríssimas exceções, não foram celebrados e o sistema penitenciário nacional não recebeu *dotação orçamentária* necessária e adequada para tornar possível a aplicação e execução das então *inovadoras alternativas* à pena privativa de liberdade, consagradas pela Reforma Penal de 1984.

Ante esse quadro desolador, o que se viu foi a falta de coragem, como regra, do Poder Judiciário Brasileiro em aplicar não só a *pena justa e necessária*, mas fundamentalmente a *pena legal* a que milhares de sentenciados tinham direito, violando, indiscriminadamente, os direitos constitu-

(3) Nesse sentido, ver nosso *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

(4) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 603.

(2) Idem, *ibidem*.

cionais do cidadão, sob o falacioso argumento de que não tinha como fiscalizar a sua execução. Acontecia, não raro, das duas uma: ou se ignorava as alternativas e recolhia-se à prisão ou, ao contrário, se concedia "*sursis*" simples, sem qualquer fiscalização, com fundamento legal equivocado, pois se ignorava que a autorização do art. 3.º, parágrafo único, da Lei 7.209 limitava-se a um ano de sua vigência. Em razão dessa *convivência institucional*, as penitenciárias continuaram abarrotadas, contendo, dentre sua população, milhares de indivíduos condenados com penas inferiores a um ano. 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.⁵

Com efeito, corre-se o risco, novamente, de vermos o fracasso e a não aplicação das "novas penas alternativas", nos limites disciplinados pela Lei 9.714/98. Mas, neste caso, a culpa, mais do que do Poder Judiciário, será do próprio Poder Central que insiste em tratar, *simbolicamente*, dos problemas de combate à criminalidade e do caos do *sistema penitenciário*. Em outros termos, se não houver *vontade política* de tornar efetiva a operacionalização das "novas penas e velhas medidas" alternativas à prisão, traduzida na dotação orçamentária necessária, com criação de quadro de técnicos especializados para acompanhamento e fiscalização da execução das novas penas, construção em massa de casas de albergados, adoção de uma política pública de convênios das entidades referidas no art. 46, § 2.º, do CP, com o sistema criminal e apoio a todas as unidades federativas, o insucesso da *nova política criminal* será inevitável por duas ra-

zões: de um lado, pela não aplicação das alternativas, quando cabíveis, violando os direitos do sentenciado; de outro lado, pela aplicação correta da previsão legal da substituição, mas sem nenhuma possibilidade de controle e fiscalização de sua execução.

Na verdade, é fundamental que o Poder Central desperte para a importância de investir na criação de infra-estrutura para tornar possível a aplicação eficaz das penas restritivas de direitos; se não for por inteligência, até pela economia que essas alternativas representarão para cofres públicos, já estará justificado o esforço governamental, na medida em que *é muito mais econômico estruturar o sistema para cumprir penas alternativas* do que criar novas vagas nas penitenciárias.

3. "Gancho" para novas exasperações de penas

A ampliação da possibilidade de substituição de pena de até quatro anos, embora a princípio represente a adoção de uma *política criminal descarcerizadora*, pode trazer embutido em suas entranhas o embrião da *velha política criminal funcional* vigente em nosso país, digamos, como uma bomba armada de efeito retardado. Vejamos o seguinte: ninguém ignora que vivemos, nesta década, uma política de *exacerbação de penas* e endurecimento de regimes, como "meio de combate à violência e criminalidade", independentemente de qualquer resultado prático. Com algum tempo de vigência dos novos limites para aplicação de penas alternativas, mantendo-se as dificuldades atuais, o que é previsível, ante a ausência de vontade política de combate eficaz à criminalidade, estes novos limites para uso da pena substitutiva, certamente, servirão de "desculpa" para que se volte a *exasperar as penas* de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos. Gostaríamos de estar equivocados, mas quem viver verá!

(5) Damásio de Jesus. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 4.

Vivencia-se, atualmente, uma “sede de punir”, constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais são objeto de constante preocupação do Poder Central. Como tivemos oportunidade de afirmar, “as políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não fazem mais parte da ordem do dia. Orquestra-se uma política de reforma legislativa na área de *direito material* que apontam no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, no endurecimento dos regimes penais, e, na *área processual*, que sustentam a redução, simplificação e remoção de “obstáculos formais que possam, eventualmente, dificultar uma *imediata e funcional* resposta penal, com graves violações dos direitos fundamentais do cidadão”.⁶

Enfim, faz-se grande estardalhaço na mídia⁷ e nos meios políticos, como simples *discurso legitimador* do abandono progressivo das garantias fundamentais do *Direito Penal da Culpabilidade*, com a *desproteção* de bens jurídicos individuais e determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros, e a adoção da responsabilidade objetiva, dos crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Ferrajoli,⁸ que “a pena não serve unicamente para prevenir os *injustos crimes*, mas também para prevenir os *injustos castigos*”. Quando da edição da Lei 9.099/95, em meio a tradicional política criminal funcional – representada pela *lei dos crimes hediondos, da criminalidade*

organizada, dos crimes de especial gravidade – chegamos a afirmar que a Lei 9.099/95 só podia ser produto de equívoco do legislador brasileiro (um feliz equívoco) que, provavelmente, não sabia exatamente o que estava aprovando, caso contrário não o teria feito; pois, na verdade, aquele diploma legal foi aprovado através de “voto de liderança”. Voltamos a acreditar que tenha ocorrido algo semelhante com a Lei 9.714/98. Oxalá estejamos errados, e os novos limites autorizadores da aplicação de *penas substitutivas* não venham, em um futuro próximo, servir de “motivo” para novas exasperações penais.

4. Requisitos ou pressupostos necessários à substituição

As penas restritivas de direitos não podem ser *suspensas*, segundo o disposto no texto legal (art. 80 do CP). Como a referida sanção já é uma *medida alternativa* à pena de prisão, não teria sentido *suspender-lá* e, ademais, duas delas – limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade – são *condições obrigatórias* do primeiro ano de prova do *sursis* simples. As penas restritivas, a exemplo de Portugal, tampouco podem ser *substituídas* por multa, ressalvada a hipótese da chamada “pena inominada”, de duvidosa constitucionalidade (art. 45, § 2.º). O *Projeto de Código Penal Espanhol de 1980*, além de permitir o *cumprimento subsidiário em domicílio*, contemplava a possibilidade de *substituir o arresto de fim de semana* por multa. Felizmente, a *Proposta de Anteprojeto de 1983* eliminou essas duas possibilidades que *diminuíam*, para não dizer, *anulavam*, todo o *sentido intimidativo* do instituto.

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*. São os seguintes:

(6) Cezar Roberto Bitencourt. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 44.

(7) Raul Cervini. Incidencia de las “mass media” en la expansión del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5/36, 1994.

(8) Luigi Ferrajoli. El derecho penal mínimo. *Revista poder y control*, n. 0. Barcelona, 1986, p. 37.

1.º Requisitos objetivos:

a) *Quantidade de pena aplicada* — Pena não superior a quatro anos — reclusão ou detenção — independentemente da natureza do crime — *doloso* ou *culposo* — pode ser *substituída* por pena restritiva de direitos. Estas penas — restritivas de direitos — apesar de *autônomas*, não perdem seu caráter de *substitutivas* ou “alternativas”, pois além de não serem contempladas nos tipos penais da parte especial, como as demais, limitam-se àqueles *crimes dolosos* que receberem *in concreto* pena privativa de liberdade não superior a quatro anos ou, aos *crimes culposos*, independentemente da pena aplicada. Para penas *concretizadas* na sentença de até quatro anos, inclusive, não se faz distinção entre crime doloso e crime culposo: a pena privativa de liberdade de qualquer dos dois poderá ser objeto de *substituição*, desde que satisfeitos os demais requisitos.

b) *Natureza do crime cometido* — Em relação à *natureza do crime*, privilegia-se os de *natureza culposa*, pois, para estes, permite-se a *substituição* da pena privativa de liberdade independentemente da *quantidade* de pena aplicada. Por isso, é fundamental a análise da natureza do crime — se *doloso* ou *culposo* — na medida que, para o crime culposos, não há limite da pena aplicada. Ressalva-se, apenas, que pena superior a um ano de prisão, a *substituição* deverá ser por *uma pena restritiva de direitos*, a cabível na espécie, e *multa*, ou então, por *duas penas restritivas de direitos*, desde que possam ser executadas simultaneamente.

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 absolutamen-

te 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. Onde as circunstâncias gerais que cercarem o fato e o agente não recomendarem a substituição, esta não deverá ocorrer.

A possibilidade de se *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, § 2.º). Mas, nesse caso, é indiferente que se trate de crime doloso ou culposos. A verdade é que a *substituição cumulativa* permitida *restringe-se* às condenações de pena privativa de liberdade superiores a um ano.

Enfim, quando a condenação não for superior a um ano de prisão, esta poderá ser substituída por pena de multa. Antes da Lei 9.714/98, a *multa substitutiva* era admitida somente para pena de até seis meses de prisão (art. 60, § 2.º). Na verdade, agora, pena privativa de liberdade, não superior a

um ano, pode ser substituída ou por multa ou por restritiva de direitos, ou uma ou outra, nunca pelas duas cumulativamente. As *circunstâncias gerais* é que determinarão qual das duas *substituições*, no caso concreto, será a mais recomendável. A *conveniência* de uma ou outra *substituição* será indicada pelos elementos do art. 44, III, do CP. Se tais elementos indicarem a *suficiência da substituição* por multa e essa sanção revelar-se *a menos grave para o apenado*, então essa será a *sanção recomendável* ou, na linguagem de Von Litz, será a *pena justa*. Ou então, a *substituição* poderá ser por uma pena restritiva de direitos, se tal *substituição* se mostrar recomendável.

c) *Modalidade de execução: sem violência ou grave ameaça à pessoa* – A ampliação do cabimento das *penas alternativas*, para pena não superior a quatro anos, *recomendou* que também se ampliasse o *elenco de requisitos necessários*, isto é, das restrições. 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*. Por isso, se afasta, prudentemente, a possibilidade de *substituição* de penas para aquelas infrações que forem praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”. Cumpre destacar-se que a *violência contra a coisa*, como ocorre, por exemplo, no *furto qualificado com rompimento de obstáculo* (art. 155, § 4.º, I), não é fator impeditivo, por si só, da concessão da *substituição*.

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 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*.

De certa forma, esta Lei 9.714/98, como tantas outras das chamadas “reformas pontuais”, cria uma certa *desarmonia* no sistema penal brasileiro que, na verdade, nunca foi tão *harmonioso* assim. Mas, enfim, havia uma boa *sistematização político-criminal* em nosso ordenamento jurídico-penal, que começou a desmoronar com a edição das leis dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), do crime organizado (9.034/95), Projeto de Lei dos Crimes de Especial Gravidade, lei que redefiniu as infrações patrimoniais (9.426/96), do meio ambiente (9.605/98), entre outras. Agora, esta Lei 9.714, *assistemática*, acaba destruindo o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, *ignorando o princípio da proporcionalidade* com desrespeito a importância do bem jurídico, *dificultando* a aplicação do *sursis*, do *regime aberto* e da própria *prisão domiciliar*, *equiparando* ou *superpondo* *sanções penais* e *efeitos da condenação* (arts. 45, § 3.º, e 91, II, ambos do CP), *desconhecendo* e *omitindo* as remissões que se faziam indispensáveis a vários dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, *colidindo*, de certa forma, *com a política criminal adotada pela Lei 9.099/95* e sua definição de *infrações de menor potencial ofensivo*, entre tantas outras dificuldades que não podem ser aqui examinadas. Pois todas essas questões exigirão demasiado esforço interpretativo e dogmático para se chegar, pelo menos, a um entendimento razoável do ordenamento jurídico-penal brasileiro,

a partir da edição da Lei 9.714, aparentemente, inofensiva.

2.º Requisitos subjetivos.

a) *Réu não reincidente em crime doloso* — As penas restritivas de direitos são, em tese, inaplicáveis em casos de *reincidência* (art. 44, II, CP). Aqui, na redação determinada pela Lei 7.209/84, diferentemente da *suspensão condicional*, não se fazia qualquer distinção entre *reincidente em crime doloso* e *reincidente em crime culposo*. Agora, com a nova redação, determinada pela Lei 9.714, somente a *reincidência em crime doloso* pode, em princípio, impedir a *substituição* em análise. Dessa forma, aumenta-se a liberalidade: basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual), seja culposo e não haverá *reincidência dolosa*. 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”. Muito se terá que dizer sobre este tópico. Somente a *reincidência específica* (art. 44, § 3.º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada.

Essa nova previsão, admitindo, excepcionalmente, *penas restritivas de direitos*, mesmo a *condenados reincidentes*, assemelha-se ao *Projeto de Código Penal Espanhol de 1980*, que admitia a pena de “arresto de fin de semana” a *réus reincidentes*, desde que se considerasse que a referida sanção seria *suficiente* à prevenção especial.⁹ Embora a previsão espanhola tenha recebido aplausos por essa possibilidade, pareceu-nos contraditória, visto que, para a *suspensão condicional*, exigia que o réu tivesse delinqüido pela primeira vez (art. 94 do mesmo Projeto). Pois essa

contradição que apontamos do Projeto de Código Penal espanhol de 1980, apresenta-se agora no direito brasileiro, na medida em que a *reincidência em crime doloso*, pura e simplesmente, exclui a possibilidade da concessão do *sursis*, sem a ressalva prevista para as penas restritivas de direitos, qual seja, admitindo o *sursis* ao reincidente não específico, se a medida se mostrar “socialmente recomendável”.

Na redação original do art. 44, II, do CP, na versão da Lei 7.209/84, diferentemente do que previa para a *suspensão condicional*, não se fazia qualquer distinção entre *reincidente em crime doloso* e *reincidente em crime culposo* ou ainda ao fato de a condenação anterior ter sido somente em pena de multa. A exigência era de que não se tratasse de *réu reincidente*, simplesmente, sem adjetivação. O maior rigor, nesta modalidade de alternativa, explicava-se pela sua *maior benevolência* e o seu *diminuto grau intimidativo*. Somente hipóteses de réus com *abonados antecedentes*, *culpabilidade mínima*, *personalidade bem formada* e *motivos e circunstâncias favoráveis* satisfariam os pressupostos exigidos para se beneficiarem com essas alternativas ao encarceramento.

b) *Prognose de suficiência da substituição* — Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, todos previstos no art. 44, III, do CP, que, neste particular, permaneceu inalterado.

Considerando a grande elevação das *hipóteses de substituição*, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na *suspensão condicional*, o risco a assumir na *substituição* deve ser, na expressão de Jescheck,¹⁰ *prudencial*, e diante de sé-

⁽⁹⁾ Carlos Mir Puig. *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Barcelona : Bocsh, p. 231.

rias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado *renunciar* ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. Ao referir-se à *suficiência da substituição* o Código Penal Brasileiro, nesta sanção, mostra uma certa despreocupação com a *finalidade retributiva* da pena que, na verdade, está implícita na condenação em si. Sim, porque a simples condenação *é uma retribuição ao mal* cometido e que, de alguma forma, macula o *curriculum vitae* do condenado. Essa *retribuição* é de ordem moral e para determinados condenados—aqueles que não necessitam ser *ressocializados*—é a consequência mais grave, intensa e indesejada, que atinge profundamente sua escala de valores. A *suficiência* da substituição prevista pelo Código Penal está voltada diretamente para a *finalidade preventiva especial*.

Os critérios para a avaliação da *suficiência* da substituição são representados pela *culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato*, todos previstos no art. 44, III, do CP. De todos os elementos relacionados no art. 59 para determinação da pena, somente “as consequências do crime” e o “comportamento da vítima” foram considerados para a formação do *juízo de suficiência*.

4.1 Novos aspectos nos critérios orientadores da substituição

4.1.1 Substituição por duas penas restritivas de direitos: *executoriedade simultânea*

Para *penas superiores a um ano*, o julgador tem um elenco variado de alternativas para *eleger* a que melhor se adapte à

situação e atenda à ordem jurídica bem como as exigências de *prevenção geral e especial*. Pode optar entre uma restritiva de direitos e multa, duas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena especial (sem regime de prova), suspensão condicional simples (com regime de prova), sem a necessidade de utilizar pena privativa de liberdade. Contudo, se esta, a pena privativa de liberdade, for indispensável, ou pelo menos, for *recomendável*, nas circunstâncias, contará ainda com a possibilidade de determinar sua execução em “regime aberto”, que deverá ser cumprido em “casa de albergado” ou em *estabelecimento adequado* (art. 33, c, CP, c 93 da LEP) e, excepcionalmente, em *prisão domiciliar* (art. 117 da LEP).

Convém registrar, no entanto, que a nova legislação apresenta uma *inovação* ou *omissão*, quando a *pena aplicada for superior a um ano* e a *substituição* se proceder por *duas penas restritivas de direitos*, ao invés de uma restritiva de direitos e multa. Nessa hipótese, pela previsão anterior, as duas penas restritivas de direitos deveriam ser “*exequíveis simultaneamente*” (art. 44, parágrafo único). Essa ressalva, no entanto, não foi reproduzida pela nova legislação. Diante dessa “omissão” deve-se questionar: afinal, essa restrição, exigindo a *executoriedade simultânea* das duas penas restritivas de direitos permanece ou, ao contrário, na ausência dessa ressalva expressa, as duas penas restritivas de direitos aplicáveis podem ser *executáveis sucessivamente*?

Acreditamos que, com a supressão da ressalva referida, permite-se a possibilidade, em tese, de as duas penas restritivas de direitos serem executadas sucessivamente. Contudo, a situação não é tão simples assim. Na verdade, para cumpri-las de forma sucessiva o apenado levaria o dobro de tempo. Consequentemente, essa forma de aplicação e execução lhe seria absolutamente desfavorável. Por isso, por coerência, lógica, equidade e operacionali-

(10) Jescheck. *Tratado de derecho penal*, p. 1155.

dade as duas penas restritivas de direitos aplicáveis em substituição à pena de prisão superior a um ano deverão ser exequíveis simultaneamente, a despeito da supressão daquela ressalva que existia no parágrafo único do art. 44.

4.1.2 Substituição nos crimes culposos

A legislação revogada dispensava uma disciplina diferenciada para os crimes culposos, permitindo a substituição, somente para estes, por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, quando a pena aplicada fosse igual ou superior a um ano de prisão. Como agora, a substituição é possível, inclusive nos crimes dolosos, cuja pena aplicada não seja superior a quatro anos, o critério ou parâmetro para efetuar essa substituição é igual tanto para os crimes dolosos quanto para os culposos. Assim, a substituição para pena superior a um ano — independentemente da natureza do crime — será sempre por duas penas alternativas: uma restritiva de direitos e multa ou duas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente (art. 44, § 2.º), dentro do possível.

Deve-se sempre ter presente que existem penas restritivas *genéricas* e *específicas* e, quando for o caso — especialmente quando for necessária a aplicação de duas dessas penas — existem determinadas infrações penais que, na hipótese de *substituição* da pena privativa de liberdade aplicada, necessitam receber pena específica, como determinam os arts. 56 e 57 do CP. A Lei 9.714/98 incluiu no art. 47, a “proibição de frequentar determinados lugares, como a quarta modalidade de “interdição temporária de direitos”. Esqueceu-se, contudo, de definir quais as infrações penais ou em que circunstâncias tal pena será aplicável, como ocorre com as outras três modalidades de “interdições temporárias de direitos”. Sobre a *proibição de frequentar determinados lugares* desenvolvemos

nossos comentários mais adiante, no tópico (6.4.) do capítulo (VI) referente às *espécies de penas restritivas de direitos*.

4.1.3 Substituição nas penas de até um ano de prisão

A *multa substitutiva*, na legislação revogada, era prevista em dois dispositivos legais. Como regra geral, a pena privativa de liberdade, não superior a 6 (seis) meses, podia, em princípio, ser *substituída* pela pena de multa, observados os critérios dos incs. II e III da redação revogada do art. 44 do CP (art. 60, § 2.º). A segunda hipótese de *multa substitutiva* era exclusiva para o caso de *crimes culposos*, cuja pena substituída fosse igual ou superior a um ano de pena privativa de liberdade (art. 44, parágrafo único), neste caso, cumulativamente.

Agora, os parâmetros e os critérios mudaram. A *multa substitutiva*, isoladamente, como regra geral, destina-se a *condenações não superiores a um ano*, ampliando-se consideravelmente a sua abrangência, na medida que o rol de infrações penais cominadas com esse limite de penas é imenso. Embora não esteja elencada no art. 43, juntamente com as demais sanções impropriamente denominadas de penas restritivas, ela assume, definitivamente, a função e natureza de *pena alternativa* à privativa de liberdade, com o caráter de *substitutiva* (art. 44, § 2.º).

A previsão que permite aplicar a *multa substitutiva* para pena não superior a um ano não impede, porém, a possibilidade, abstratamente considerada, de efetuar-se a *substituição* por pena restritiva de direitos, isto é, a *possibilidade de substituir por multa* não exclui *ipso facto* a possibilidade de *substituir-se* por pena restritiva de direitos. Ou uma ou outra dessas duas *alternativas*, para essa quantidade de pena (não superior a um ano), nunca as duas. As circunstâncias gerais é que determinarão

qual das duas *substituições*, no caso concreto, será a mais recomendável ou, para usar a terminologia do art. 59, será a *necessária e suficiente* à prevenção e reprovação do crime.

A segunda hipótese de *multa substitutiva* será somente para condenações superiores a um ano de pena e, nesta hipótese, sempre *cumulada* com uma pena restritiva de direitos e nunca isoladamente. Para esta quantidade de pena há duas *inovações* em relação a legislação revogada e uma “*identidade*”. As duas inovações são: 1.^a – Antes esta *substituição* destinava-se a pena “igual ou superior” a um ano; agora destina-se somente à pena “superior” a um ano; 2.^a – Antes esta *substituição* destinava-se somente aos *crimes culposos*, posto que, para os *crimes dolosos*, a *substituição* só era permitida para condenações inferiores a um ano; agora destina-se, indiferentemente, tanto para os crimes dolosos quanto para os culposos, por que agora para os crimes dolosos a *substituição* é permitida para condenações não superiores a quatro anos. Por isso, essa igualdade de tratamento se justifica.

A *identidade de previsão* mantida, por sua vez, consiste no fato de que – tanto na legislação anterior quanto na atual – a *multa substitutiva*, para esta quantidade de pena (superior a um ano), será sempre *cumulativa*.

4.1.4 Substituição nas penas de até seis meses de prisão

Pelo texto legal revogado, seis meses era o limite máximo permitido para aplicar a *multa substitutiva*, isoladamente, que agora, como acabamos de ver, estendeu-se para pena de até um ano de prisão, inclusive. O limite de seis meses de pena, no entanto, agora tem outra função, no marco da nova legislação: não poderá ser *substituída* por *prestação de serviços à comunidade*. Esta pena restritiva de direitos so-

mente será aplicável a penas superiores a seis meses (art. 46, *caput*). Aliás, a pena de *prestação de serviços à comunidade*, incrivelmente, é a única que não pode substituir pena de prisão de até seis meses.

Esta *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 de 1972.

Por fim, acreditamos que, neste particular não mudou, não se trata de mera *faculdade* do aplicador da lei. Ao contrário, satisfeitos os requisitos legais, a *substituição* é obrigatória, constituindo um *direito público subjetivo* do condenado.

5. Análise político-criminal da reincidência

Os altos índices de reincidência têm sido, historicamente, invocados como um dos fatores principais da comprovação do efetivo fracasso da pena privativa de liberdade, a despeito da *presunção* de que, durante a reclusão, os internos são submetidos a um *tratamento ressocializador*. As estatísticas de diferentes países, dos mais variados parâmetros políticos, econômicos e culturais são pouco animadoras⁽¹⁾ e, embora os países latino-americanos não apresentem índices estatísticos confiáveis (quando não, inexistentes), sendo este um dos fatores que dificultam a realização de

(1) Donald Clemmer. *Imprisonment as a source of criminality*, p. 222 e 510.

uma verdadeira *política criminal*.¹² Apesar da deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina¹³ e que o sistema penitenciário tradicional não consegue *reabilitar ninguém*,¹⁴ ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do *tratamento* do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não-liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem servido-lhe de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos criminógenos* da prisão.¹⁵ Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas, podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, se tem procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a *cul-*

pa pela eventual reincidência, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou.

Na verdade, as *causas* responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorrem exatamente através do estudo criterioso dos fracassos e das suas *causas*, algo que não acontece no campo penitenciário.¹⁶ Não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a *reincidência*, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à libertação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então por não ser aceito pelos demais membros — não delinquentes — da comunidade.¹⁷

Por outro lado, também não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja especialmente ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais.¹⁸ Na verdade, as elevadas taxas de *reincidência* podem não só indicar a influência da prisão, como também podem refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica. Também é necessário pensar que a *deficiência político-criminal* que se observa nas modernas espécies de pena, representada pelas alarmantes taxas de reincidência, não deve ser atribuída somente a uma

(12) Planificação da Política Criminal nos programas de desenvolvimento nacional na América Latina. *Publicação Ilanud*. Costa Rica, 1976, p. 14 e 21.

(13) Primeira reunião de Ministros da Justiça da América Central, Panamá e México. *Publicação Ilanud*. Costa Rica, 1976, p. 13.

(14) Carlos Versele. *Conceptos fundamentales*, p. 17 e 18.

(15) C. Hibbert. *Las raíces del mal; una historia social del crimen y su represión*. España: Luiz de Caralt, 1975, p. 195.

(16) León Radzinowicz. *En busca de la criminología*, p. 141.

(17) Roger Hood y Richard Sparks. *Problemas clave*, p. 232-233.

(18) Idem, *ibidem*, p. 215.

pobreza inventiva, à impaciência e a um método cientificamente defeituoso, mas também é necessário levar em consideração as modificações que ocorrem no material humano sobre o qual a pena opera ou produz sua ameaça. Embora a pena permaneça idêntica, é possível que a sensibilidade a respeito dela possa variar, conduzindo assim a produção de efeitos distintos dos perseguidos. Novos bloqueios cerebrais do indivíduo ou das massas *podem debilitar a efetividade da ameaça penal* e podem, inclusive, fazê-la desaparecer por completo.¹⁹

Para Pinatel é um critério grosseiro a avaliação da eficácia dos métodos penitenciários feita através dos índices de reincidência. O simples percentual de reincidência não leva em consideração a situação dos internos referentemente às condições, população e peculiaridades gerais de cada estabelecimento penal. Pode ocorrer, por exemplo, que em determinado estabelecimento haja superpopulação e que se congreguem reclusos de alta periculosidade. Inegavelmente — superpopulação e periculosidade — constituem dois fatores importantíssimos no aumento da taxa de reincidência. Nesta hipótese, a reincidência não poderia ser atribuída de forma exclusiva ao fracasso dos métodos penitenciários. Finalmente, as reincidências não são todas comparáveis, pois em alguns casos não passam de fracassos aparentes, constituindo, na verdade, êxitos parciais.²⁰

Não se deve ignorar, por fim, que a reincidência se produz nos mais diferentes âmbitos da vida social, como é o caso dos *crimes econômicos*, em que a corrupção e o tráfico de influências são características frequentes e consequem, de regra, elidir a ação do sistema penal. Essa *desigualdade de tratamento* entre os chamados '*crimes do colarinho branco*' e os praticados pe-

las classes inferiores também influem na elevação do percentual de reincidência.²¹

Enfim, de acordo com as observações expostas, é forçoso concluir que as *cifras de reincidência* têm um valor relativo. O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinquente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Na verdade, *o condenado encarcerado é o menos culpado pela recaída na prática criminosa*. Por derradeiro, a despeito de tudo, os altos índices de reincidência também não podem levar à conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão.

A *reincidência*, a despeito dos efeitos criminógenos da prisão, tem servido de fator para agravar a pena, negar benefícios penitenciários, impedir recurso em liberdade, determinar regime mais rigoroso no cumprimento de pena, impedir a *substituição* da pena de prisão por penas alternativas ou impedir a concessão do *sursis*. O CTB (Lei 9.503/97) e a Lei 9.437/97 (arma de fogo) atingem o cúmulo do arbítrio ao cominarem pena, pelo simples fato de ser *reincidente* (art. 296 do CTB) ou haver condenação anterior por outro crime (art. 10, § 4.º, inc. IV, Lei 9.437/97).

5.1 Relatividade dos efeitos da reincidência

A Lei 9.714/98, no entanto, está inaugurando um novo tratamento relativamente aos efeitos da reincidência, assumindo, corajosamente, uma postura político-cri-

(19) Hans Von Hentig. *La pena*, p. 15.

(20) Jean Pinatel. *La sociedad criminógena*, p. 158.

(21) Manuel Lopez-rey y Arrojo. *La justicia pena*, nota 47, p. 34. Santiago Mir Puig. *La reincidencia en el Código Penal*. Para um exame das diversas concepções de reincidência, reiteração, habitualidade e multi-reincidência, veja-se Antonio Martinez De Samora. *La reincidencia*.

minial há muito defendida na doutrina dos mais diferentes campos da ciência criminal. Na verdade, embora não desconheça o instituto da reincidência, procura relativizar os seus efeitos. Assim, a *reincidência dolosa* passa a ter *caráter facultativo* enquanto fator impeditivo da substituição da pena de prisão por penas alternativas.

Como regra, a *reincidência dolosa* continua, na realidade, como fator impeditivo da *substituição*, embora não mais em caráter absoluto. Excepcionalmente, com efeito, a *reincidência dolosa* pode deixar de entrar a *substituição*, isto é, quando esta, como diz a lei, mostrar-se “*socialmente recomendável*”. Inegavelmente a nova lei dá um tratamento mais benéfico ao reincidente, na medida em que, ainda que excepcionalmente, admita a *possibilidade de substituição* de pena para condenado reincidente em crime doloso, algo impensável até o advento desta nova lei. Contudo, convém registrar que, a substituíbilidade, na hipótese de reincidência dolosa, será excepcional.

Enfim, com a relativização dos efeitos da reincidência dolosa e a exclusão da reincidência não dolosa, como fator impeditivo da substituição, aumenta-se, consideravelmente, a liberalidade na aplicação de penas alternativas.

5.1.1 Sentido e alcance da expressão “socialmente recomendável”

A legislação revogada *presumia* que a *substituição* da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito ou pecuniária não era “*socialmente recomendável*”, ou, na terminologia que utilizava, não se configurava como a medida “necessária e suficiente” para a “reprovação e prevenção do crime”, quando (e sempre) se tratasse de reincidente.

Na verdade, o Estado não pode, em nenhuma hipótese, *renunciar* ao seu *dever constitucional* e institucional de *garantir*

a *ordem pública* e a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos. A nosso juízo, a expressão “socialmente recomendável” pode ser interpretada como “*prognose favorável de necessidade e suficiência da substituição*”, expressão que utilizávamos para definir a “necessidade e suficiência da substituição” da pena privativa de liberdade.²² Nesta avaliação, deve-se ter presente a relação *infração-delinquente-sociedade*, especialmente em casos de *reincidência em crimes dolosos* e, nas circunstâncias, “*socialmente recomendável*” poderá ser exatamente a *não substituição* da pena privativa de liberdade aplicada. Sob a ótica da coletividade, no caso de *reincidência dolosa*, “socialmente recomendável” poderá ser exatamente a *não substituição da pena de prisão* aplicável. Esse é o outro lado da moeda, que também precisa ser analisado. Nesse sentido, não se pode esquecer que o Direito Penal não é necessariamente *assistencial* e objetiva, primordialmente, a *Justiça Distributiva*, responsabilizando o infrator pela violação da ordem jurídica. E isso, no magistério de Jescheck,²³ “não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para *premiar*, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio de humanidade”.

5.2 Reincidência específica em crime doloso

Somente a, injustificadamente “ressuscitada”, *reincidência específica* (art. 44,

(22) Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*, p. 480.

(23) Jescheck. *Tratado de derecho penal*, p. 36.

§ 3.º, *in fine*) constitui *impedimento absoluto* para a utilização de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada. No entanto, a *reincidência específica*, propriamente dita, pode apresentar alguma dificuldade. Afinal, qualquer reincidência específica – dolosa e culposa – poderá ser fator impeditivo, como regra, da substituição? Ou somente a reincidência específica em crimes dolosos?

Com efeito, a ressalva da ressalva, isto é, a exceção da exceção, prevista no final do § 3.º do art. 44, qual seja, a “prática do mesmo crime”, não define a natureza dolosa ou culposa desse crime repetido.

Se fizermos uma *interpretação literal*, puramente gramatical, certamente, *qualquer reincidência específica* poderá, em princípio, afastar a substituição, ante o silêncio do dispositivo em exame. Contudo, como sempre recomendam os hermenutas, a melhor e mais segura interpretação será sempre a sistemática, que permite uma avaliação global do interpretado. Pois bem, adotando essa orientação exegética, vamos constatar que, dentre os *requisitos* exigíveis para permitir a substituição, está a necessidade de “o réu não ser reincidente em crime doloso” (art. 44, inc. II, CP). Logo, por este dispositivo, a *reincidência em crime culposos*, ainda que “pela prática do mesmo crime”, é irrelevante para a necessidade de analisar-se o cabimento de substituição por “penas alternativas”.

Por derradeiro, em termos de reincidência, temos que trabalhar com uma regra geral e duas exceções – uma exceção positiva e uma exceção negativa: 1.º – A *regra geral* é de que o condenado *reincidente em crime doloso* não pode ter a pena privativa de liberdade substituída (art. 44, II); 2.º – A *exceção positiva*: salvo se a medida for “socialmente recomendável” (art. 44, § 3.º); 3.º – A *exceção negativa*: desde que a reincidência não decorra “da prática do mesmo crime” (art. 44, § 3.º).

Enfim, pode-se concluir, o *reincidente em crime doloso* não pode, em princípio, ter a pena privativa de liberdade substituída, ressalvada a hipótese de a medida ser “socialmente recomendável”, desde que a reincidência não decorra “da prática do mesmo crime” (logicamente, dolosa).

6. Retroatividade e irretroatividade da lei penal

Como corolário dos princípios da *legalidade* e da *anterioridade da lei* (CF, art. 5.º, XXXIX) vige o princípio da *irretroatividade da lei penal*, como fundamento político-democrático da segurança e da liberdade do cidadão. Nesse sentido, afirma Jescheck²⁴ que, o *fundamento dessa proibição*, é a idéia de *segurança jurídica*, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não podem modificar-se após as suas execuções, em prejuízo do cidadão. No entanto, mais importante do que esse fundamento geral é a *razão estritamente penal*, qual seja, a de que a promulgação de leis *ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela *comoção* que a prática de um delito produz e que, muitas vezes, analisadas posteriormente se mostram excessivamente graves. A tudo isso, acrescenta Jescheck,²⁵ que se deve considerar, ademais, “a idéia de que o delinquente somente pode *motivar-se* pelo comando normativo quando este existir no momento da prática delitiva”.

Essa orientação, hoje, mais do que nunca, assume importância extraordinária, ante a fatídica *política de exacerbação punitiva*, através de “leis *ad hocs*”, cognominada de “reformas pontuais”, adotada pelo governo brasileiro, responsável pelo completo “desarranjo” do sistema jurídico-penal

(24) Jescheck, op. cit., p. 184.

(25) Jescheck, *ibidem*.

brasileiro, na atualidade, que, há muito, está a merecer uma nova “Consolidação Piragibe”. Os próprios especialistas, por vezes, enfrentam dificuldades para definir qual o diploma legal que está em vigor, se tem efeito retroativo, ultra-ativo etc., chegando-se ao cúmulo de termos *Medidas Provisórias* disciplinando *matéria penal* (v.g., MP 1.713/98, que alterou o disposto no art. 34 da Lei 6.368/76), com o beneplácito dos órgãos guardiões da Constituição Brasileira que, sintomaticamente, se omitem, silenciam ou, o que é pior, validam tais inconstitucionalidades.²⁶ Essa parafernália de leis, mereceu, no mesmo sentido, o seguinte comentário de Walter Ceneviva: “A maior frustração jurídica de 98 foi a persistência das dezenas, centenas, milhares de medidas provisórias, tornando incerto o direito a que se referem, tantas suas repetições, muitas das quais com pequenas mudanças. Tornam impossível, ou quase, o controle da lei em vigor. Tomo o exemplo da lei que dispôs sobre a remoção de órgãos. Uma medida provisória a mudou, para impor a prévia autorização da família. Vale? Não vale? Até quando valerá?”²⁷

E, curiosa e inexplicavelmente, os *Tri-bunais Superiores* continuam resistindo em reconhecer a configuração, que é uma constância, do *erro de proibição*!

6.1 Retroatividade das novas penas restritivas de direitos

A nova legislação elevou a possibilidade de *substituição de penas inferiores de um ano para até quatro anos*, inclusive. Logo, é *mais benéfica* do que a previsão anterior, *retroagindo*, portanto, em todas

as hipóteses anteriores à Lei 9.714/98, nas quais não se concedeu a *substituição* em razão da *quantidade* da pena privativa e liberdade aplicada. Como se trata de *lei penal material mais benéfica*, atinge a própria *coisa julgada*. O *Juiz das Execuções Criminais* será o competente para rever as condenações que já estiverem sendo cumpridas e inclusive aquelas que, por alguma razão, a *execução não se tenha iniciado*, mas que a decisão condenatória já tenha transitado em julgado.

No entanto, não se pode ignorar que o *novo limite de quatro anos* é somente um dos requisitos para a *substituição* — o *requisito temporal* — exigindo-se outros, como: *modalidade de execução* (sem violência à pessoa ou grave ameaça), *não reincidência em crime doloso* (em tese) e *prognose da suficiência da substituição*. Dessa forma, digamos que o *requisito temporal* — pena não superior a quatro anos — será um *pressuposto* que — se existir — determinará a necessidade de o magistrado analisar a existência ou não dos demais requisitos. Assim, nas *condenações não superiores a quatro anos*, a análise sobre a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito é imperativa e, qualquer que seja a decisão — admitindo-a ou não — deverá ser sempre fundamentada.

6.2 Retroatividade e competência funcional

A *aplicação retroativa* da lei mais benigna pode apresentar alguma dificuldade, especialmente quanto a *competência* para aplicá-la. De quem será a *competência* para examinar a aplicabilidade *retroativa* da nova lei, naquelas condenações, com *pena não superior a quatro anos*, que se encontram em grau de recurso? Poderão próprio Tribunal examiná-la ou deverá baixar à origem, para não suprimir um grau de jurisdição?

(26) Damásio de Jesus. *Lei dos Juizados Especiais Criminais* Anotada p. 5.

(27) Walter Ceneviva. 98 Tumultuado, *Folha de S. Paulo, Letras Jurídicas*, de 26.12.1998.

Quanto aos *limites dessa retroatividade* de não pode haver qualquer dúvida: *atinge a própria coisa julgada*. Poder-se-á, quem sabe, discutir matéria relativamente à *competência* para examinar e decidir sobre a incidência ou não da norma mais benéfica. E, nesse particular, poderemos imaginar as seguintes hipóteses: a) *decisão condenatória recorrida, cujo procedimento recursal ainda se encontra na primeira instância*; b) *decisão condenatória recorrida que já se encontra nos tribunais*; c) *decisão condenatória irrecorrível, já em fase de execução*; d) *decisão condenatória irrecorrível, cuja execução ainda não se tenha iniciado*.

São quatro hipóteses diferentes com reflexos distintos na competência. No caso da *primeira hipótese* (a), *decisão condenatória recorrida, cujo procedimento recursal ainda se encontra na primeira instância, a competência, necessariamente, será do primeiro do grau*, isto é, da primeira instância. Mas será do *juiz da condenação* ou do *juiz da execução*? Do Juiz de Execução não pode ser por que o procedimento ainda não se esgotou e a decisão até poderá ser reformada e, enquanto não transitar em julgado, não se poderá falar em *Juiz de Execução*. Não será competência da *segunda instância* por que se estaria suprimindo um *grau de jurisdição* e não teria sentido fazer subir o recurso, para aguardar o tribunal determinar seu retorno à origem para a primeira instância se pronunciar sobre a *possibilidade de substituição* da pena aplicada. Logo, ainda que já tenha sido prolatada a sentença e, em tese, esgotado sua jurisdição, a *competência* deverá ser do *juiz da condenação*. Enfim, é um *conflito intertemporal* de leis que tem disciplina própria e precisa ser bem equacionada e, por exclusão, não sobra outra alternativa que o próprio *juiz do processo de conhecimento*.

No caso da *segunda hipótese* (b), *quando o recurso já se encontrar no Tribunal*, ainda assim, a decisão não poderá ser di-

ferente: *a competência será da primeira instância*, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, para evitar a supressão de um grau de jurisdição, logicamente; em segundo lugar, por que se a competência fosse do órgão recursal, em caso de negação da substituição, o apenado não teria a amplitude recursal que a primeira instância oferece, *limitando-se aos recursos excepcionais*, que não admitem discussão de matéria de fato e, por vezes, são, *injuridicamente*, inadmitidos, por razões puramente de “*política funcional*” dos tribunais, *com graves infringências constitucionais e violações de direitos fundamentais do cidadão*; e, finalmente, em terceiro lugar, até como conseqüência do fundamento anterior, haveria *violação* do princípio constitucional da ampla defesa.

No caso das *terceira e quarta hipóteses* (c e d), *decisão condenatória irrecorrível já em fase de execução e decisão condenatória irrecorrível, cuja execução ainda não se iniciou, finalmente, a competência não será nem da segunda instância nem do juiz da condenação*. À evidência, a competência, neste caso, será do *Juiz das Execuções Criminais*, e o *recurso* cabível será, somente e sempre, o *Agravo* (art. 197 da LEP).

No entanto, independentemente da *quantidade de pena* – inferior a um ano ou não superior a quatro – ou da *natureza do crime* – se doloso ou culposos – se o *primeiro grau* já se manifestou a respeito da *ausência* dos requisitos *autorizadores da substituição* não há que se falar em supressão de grau de jurisdição, a menos que tais requisitos ausentes sejam exatamente a *quantidade de pena*, agora presente, ou a *reincidência*, hoje impedimento relativo.

6.3 Reincidência dolosa e processo em grau recursal

Pelo novo texto legal, a *própria reincidência em crime doloso*, agora, não é fa-

tor de impedimento absoluto, pois, “em face de condenação anterior”, a medida (substituição) poderá ser “socialmente recomendável”. Como regra, a *reincidência dolosa* continua, na realidade, como fator impeditivo da *substituição*. Só excepcionalmente a *reincidência dolosa* pode deixar de entrar a *substituição*, isto é, quando se mostrar “socialmente recomendável”. Logo, haverá muitos processos nos tribunais, nos quais, se deixou de conceder a *substituição da pena* pelo simples fato de se tratar de *reincidentes* (com penas inferiores a um ano ou crimes culposos); ou ainda, com condenações recorridas, com penas a partir de um ano, mas não superior a quatro, portanto, dentro do *novo limite* de pena substituível. Com efeito, a simples *reincidência* já era motivo definitivo para inviabilizar a substituição por pena restritiva de direitos.

Enfim, tratando-se de *reincidência dolosa*, como único fator impeditivo, em tese, da concessão da *substituição* da pena, poderá o *órgão recursal* examiná-la ou deverá, ainda assim, determinar o retorno à origem para ser examinada, por que a “medida” poderá ser “socialmente recomendável”?

Este é um problema de difícil solução. Inegavelmente a nova lei dá um tratamento mais benéfico ao reincidente, na medida em que, ainda que excepcionalmente, admite a *possibilidade de substituição* de pena para condenado reincidente em crime doloso, desde que a *substituição* seja “socialmente recomendável”.

A grande questão fundamental será definir, afinal, qual será o sentido da locução “socialmente recomendável”, nas circunstâncias. Simplificadamente, precisa-se ter presente que referida expressão tem duplo sentido, isto é, exige que se considere de um lado, a *individualidade* do infrator, de outro lado, a pluridimensionalidade dos interesses da coletividade, atendendo o *sentido preventivo* da sanção criminal, para, somente então, poder *prognosticar*

sobre a “necessidade e suficiência da substituição”. Sobre a elementar “socialmente recomendável” nos ocupamos no item 5.1.1, deste capítulo, para onde remetemos o leitor.

Por *economia processual*, isto é, por *política puramente funcional-institucional*, nesta hipótese, inclinamo-nos a admitir que o próprio *órgão recursal* possa avaliar a *substituibilidade* ou não da condenação. Entender diferente poderá criar dificuldades praticamente insuperáveis na agilização dos processos em grau recursal. Ademais, não se pode perder de vista que o Direito Penal não é um *direito premial* e visa, acima de tudo, tornar possível a convivência em sociedade, respeitados, evidentemente, os direitos individuais e coletivos. E a *reincidência dolosa*, como regra, continua sendo fator impeditivo da substituição, e, a substituibilidade, nesses casos, será excepcional. Essa excepcionalidade não justificaria o retorno dos autos para reexame dessa eventualidade. Por isso, a princípio, admitimos que o *órgão recursal* possa examinar se a *substituição*, para o reincidente em crime doloso, é “socialmente recomendável”. Contudo, por ora, não fechamos questão sobre o assunto.

7. Outras questões apresentadas pela Lei 9.714/98

7.1 Crimes hediondos e a Lei 9.714/98

O propósito do legislador de agravar significativamente as sanções correspondentes àquelas infrações definidas como crimes hediondos e afins (Lei 8.072/90), elevando consideravelmente os limites das penas respectivas, é inegável. Na verdade, houve uma *obsessiva vontade* de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade. A violência dessa política criminal funcional ganhou, de certa forma,

um certo tempero com o advento da Lei 9.455/97, admitindo a progressão nos crimes de tortura, que recebeu da Constituição Brasileira tratamento assemelhado aos crimes hediondos. Há uma certa unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constituição fixou um *regime comum* para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5.º, XLIII, CF), equiparando-os quanto a sua *danosidade social*.

Enfim, para esses crimes a *política criminal* é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do sistema progressivo. Em pólo oposto está a *política criminal das penas alternativas* (Lei 9.714/98) que, satisfeitos determinados requisitos, procura *evitar o encarceramento*, prevendo alternativas que se constatastanciam nas penas “restritivas de direitos” e na *pena de multa*. Não se pode negar, à evidência, que a disciplina de *aplicação e execução de penas*, constante dos dois diplomas legais (Leis 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, *desuniforme*: um enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro, prioriza *alternativas* à pena privativa de liberdade. Logo, são *políticas criminais incompatíveis*, sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade de pena não seja superior a quatro anos.

A *política criminal descarcerizadora* adotada pela Lei 9.714/98 é incompatível com a *política de exasperação de pena* adotada pela lei dos *crimes hediondos* (8.072/90). A exigência do cumprimento da pena em *regime fechado*, nesses crimes, impede que se aplique penas alternativas. A inadmissibilidade dos regimes semi-aberto e aberto, por coerência, afastam eventual possibilidade de aplicar penas alternativas. A maior lesividade ou danosidade social dessas infrações tornam-

nas incompatíveis com a *política descarcerizadora das penas alternativas*, que pressupõe também a *menor danosidade* das infrações que pretende abranger.

Acreditamos, por fim, que a *violência ficta*, por sua vez, nos crimes hediondos, não autoriza tratamento diverso. O *desvalor da ação*, nestes casos, é “juridicamente” superior, tanto que a *violência* é presumida. Na verdade, nesses crimes, o *fato impeditivo da substituição não é a natureza da violência* – real ou ficta – mas a natureza da própria infração penal. Ademais, o desvalor do resultado é o mesmo do crime praticado com violência real.

7.2 “Conflito” político-criminal entre as Leis 9.714/98 e 9.099/95

Os dois diplomas legais – Lei 9.099/95 e Lei 9.714/98 – adotam, em princípio, a mesma *política criminal descarcerizadora e despenalizadora*, na medida em que ambas buscam, sempre que possível, evitar o encarceramento do sentenciado, substituindo a pena privativa de liberdade por outras alternativas sancionatórias.

Contudo, não atuam apenas na mesma faixa, quer de infrações quer de sanções penais. A primeira limita-se às *infrações de menor potencial ofensivo* (ressalvada a hipótese de seu art. 89), cuja sanção não ultrapasse a um ano de privação; a segunda, muito mais abrangente, destina-se à criminalidade média e até grave, na medida em que o limite de quatro anos não se refere à pena cominada, *in abstracto*, mas, ao contrário, contempla o limite máximo de pena concretizada na decisão final condenatória. Implica afirmar-se que sanções *abstratamente* puníveis com sanções de até oito ou dez anos podem, eventualmente, beneficiar-se com *penas alternativas*, v.g., os crimes de *furto qualificado* (art. 155, § 4.º) ou *furto de veículo* (155, § 5.º), *receptação qualificada* (art. 180, § 1.º), *favorecimento da prostituição* (art.

228), *tráfico de mulheres* (art. 231), *bigamia* (art. 235), *registro de nascimento inexistente* (art. 241), *parto suposto* (art. 242), *sonegação do estado de filiação* (243), *incêndio* (art. 250), *explosão* (art. 251), *inundação* (art. 254), *corrupção ativa e passiva* (arts. 317 e 333). Com efeito, a nova previsão de penas “restritivas de direitos” abrange mais de noventa por cento (90%) das infrações tipificadas no Código Penal Brasileiro, estando excluídas dessa política, basicamente, somente os crimes contra a vida, os crimes contra o patrimônio praticados com violência (como roubo e extorsão), o estupro e o atentado violento ao pudor, em razão da quantidade da pena. Afora estas infrações, somente algumas outras, que forem praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa estarão excluídas.

Exatamente essa diversidade de abrangência acaba apresentando também uma certa diversidade de requisitos para a admissão de uma ou outra orientação político-criminal. Assim, qualquer *infração penal de menor potencial ofensivo*, independentemente de sua *forma de execução*, em princípio, será abrangida pela política criminal consensual da Lei 9.099/95. No entanto, a aplicação da *política criminal descarcerizadora* da Lei 9.714/98, para penas não superiores a quatro anos, exige que a infração penal não tenha sido praticada “com violência ou grave ameaça à pessoa” (art. 44, I, CP). É prudente e racional que esta nova política, mais abrangente e mais audaciosa, venha mais enriquecida de requisitos necessários para autorizar a sua aplicação, pois de alguma forma e através de algum meio, precisa-se filtrar os inconvenientes naturais de uma política extremamente abrangente, sob pena de se oficializar a impunidade e tornar impossível a convivência social.

Essas diversidades, naturalmente, deverão apresentar alguma dificuldade, algum conflito em algum ponto de estrangulamento das duas orientações liberais, que

atuam, como já dissemos, em faixa própria. Nada impede, por exemplo, que no rol das infrações definidas como de menor potencial ofensivo, existam algumas que possam ser praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa” e, a despeito dessa circunstância, continuem sendo definidas como infrações de menor potencial ofensivo. E aí, nesses casos, aplicar-se-á a Lei 9.099/95 ou a Lei 9.714/98, que é posterior? Deixar-se-á de aplicar alternativas à pena privativa de liberdade, independentemente de a pena não ser superior a um ano ou não?

7.2.1 *Lesão corporal leve dolosa, ameaça e constrangimento ilegal*

Pela nova lei, não será admitida a *substituição* por pena restritiva de direitos, para a infração penal de *lesão corporal leve dolosa* (art. 129, *caput*), posto que se trata de *crime cometido com violência à pessoa* (art. 44, I). No entanto, este crime não está afeto à parte geral do Código Penal e, particularmente, à nova disciplina trazida pela Lei 9.714, pois se trata de *infração penal de menor potencial ofensivo* (art. 61 da Lei 9.099/95), aplicando-se-lhe a *política criminal consensual* da referida lei. Enfim, permanece inalterado seu tratamento político-criminal.

Nos crimes de *ameaça* (art. 147) e de *constrangimento ilegal* (art. 146), as circunstâncias são semelhantes, pois são praticados com *grave ameaça à pessoa*. Não se lhes aplicaria as novas “penas alternativas”, pois o novo texto legal exclui da *substituição* os crimes praticados com *violência moral* (grave ameaça). No entanto, a exemplo da *lesão corporal leve*, ambos, como *infrações de menor potencial ofensivo*, são da competência dos *Juizados Especiais Criminais* (art. 61 da Lei 9.099/95), cuja orientação *político-criminal* permanece inalterada. Na realidade, nos Juizados Especiais Criminais as “penas restritivas de direitos” têm *natureza alternati-*

va, enquanto que no Código Penal (mesmo com a nova redação) elas são de *natureza substitutiva*. Em outros termos, nos Juizados Especiais Criminais não há aplicação de pena privativa de liberdade a ser substituída, partindo-se diretamente da cominação abstrata, enquanto no sistema do Código Penal concretiza-se a pena de prisão que, a seguir, deve ser substituída.

Essa é, a nosso juízo, a interpretação mais razoável que se pode dar às hipóteses de *infrações de menor potencial ofensivo* que, eventualmente, sejam praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”. Seria um contra-senso, uma lei nova com objetivo nitidamente *descarcerizador*, que amplia a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade, e, por equívoco interpretativo, obrigar a aplicação de pena privativa de liberdade às *infrações de menor potencial ofensivo*. Por isso, a nova disciplina das penas “restritivas de direitos” não incidirá nestas infrações, para limitar-lhes a exclusão da pena de prisão.

7.3 Limites das novas penas alternativas e a suspensão condicional do processo

Final, qual é o instituto mais benéfico, a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95) ou a *substituição da pena privativa de liberdade* aplicada? Sem sombra de dúvidas, a *suspensão do processo* é instituto consideravelmente mais liberal do que a *substituição* das penas prisionais por restritivas de direitos. Ao contrário da *substituição*, onde haverá condenação, com todos os seus consectários, na *suspensão do processo*, além da inexistência de decisão condenatória, não há processo, antecedentes criminais, pressuposto de reincidência etc. Logo, como a *suspensão condicional do processo* é um instituto mais liberal, deve, em princípio, a sua concessão ser mais enriquecida de exigências, para justificar o seu mereci-

mento. Mas será que a regulamentação das duas hipóteses – *suspensão condicional do processo e aplicação das “penas alternativas”* – permite a adoção desse entendimento? Façamos um exame comparativo.

Os argumentos utilizados para justificar a exclusão dos crimes de *lesão corporal leve* (art. 129, *caput*, CP), *constrangimento ilegal* (art. 146) e *ameaça* (art. 147) do âmbito de aplicação da Lei 9.714/98, e submetê-los à disciplina da Lei 9.099/95, não servem em relação ao instituto da *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95). Na verdade, embora os dois diplomas legais adotem a mesma orientação político-criminal, que pretende *despenalizar e descarcerizar*, sem *descriminalizar*, além de adotarem, indiscutivelmente, critérios e parâmetros díspares, destinam-se a faixas de criminalidades distintas: aquela destina-se à criminalidade média e esta objetiva a micro e pequena criminalidade.

O argumento decisivo para se sustentar a impossibilidade de se admitir que a disciplina da Lei 9.714/98 (que exclui as penas alternativas das infrações cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa – art. 44, I, CP) incida sobre crimes, como, *lesão corporal leve dolosa*, *constrangimento ilegal* e *ameaça*, entre outros, é exatamente o fato de tratar-se de *infrações de menor potencial ofensivo*, cuja política criminal é disciplinada diretamente pela Constituição Federal (art. 98, I). No entanto, referido argumento não serve, basicamente, porque a aplicação do instituto da suspensão do processo não é um instituto genuíno dos Juizados Especiais Criminais, isto é, não se limita às *infrações de menor potencial ofensivo*. Na verdade, a *suspensão condicional do processo* – juntamente com a natureza da ação penal do crime de lesões leves ou culposas – são dois institutos absolutamente independentes e autônomos, aplicáveis tanto nos Juizados Especiais Criminais como no juízo

comum. Enfim, a previsão da *admissibilidade* da suspensão do processo está na Lei 9.099/95 como poderia estar em qualquer outro diploma legal; aproveitou-se, simplesmente, dessa lei, para incluir no ordenamento jurídico brasileiro esse novo e elogiável instituto, a despeito de seus excessos liberalizantes.

Assim, pode-se concluir que, como a *suspensão condicional do processo* e a disciplina das “*novas*” *penas alternativas* são institutos que têm o mesmo propósito político-criminal descarcerizador, devem *harmonizar-se* e encontrarem seu denominador comum dentro do próprio sistema jurídico-penal brasileiro. Contudo, ambos — suspensão condicional do processo e a disciplina das novas penas alternativas — apresentam algumas dificuldades “operacionais”, decorrentes da diversidade de *parâmetros adotados* (limites de pena aplicada e de pena cominada) e dos *requisitos de admissibilidade* de cada um, que precisam ser analisados.

7.3.1 *Divergência quanto aos requisitos de admissibilidade*

A nova disciplina das “penas alternativas” leva em consideração a *quantidade de pena aplicada* — não superior a quatro anos — independentemente da natureza do crime (doloso ou culposos), enquanto que a *suspensão condicional do processo* considera a *pena cominada* (nem poderia ser diferente, pois não haverá pena aplicada), cujo *limite mínimo cominado* não seja superior a um ano. Assim, todas as infrações penais que, pela quantidade de pena cominada, admitem, em tese, a *suspensão condicional do processo*, também estariam, em regra, dentro dos limites previstos para a eventual *substituição* (pena aplicada não superior a quatro anos). Por outro lado, uma infinidade de infrações penais que, pela quantidade de pena cominada — limite mínimo superior a um ano — não admitem a suspensão condicional do pro-

cesso, mas poderão ter, naturalmente, a pena aplicada *substituída* por pena restritiva de direitos, pois, a pena concretizada poderá ser “não superior a quatro anos”. Não podem ter o processo suspenso — em razão da quantidade da pena — porém, sobrevindo condenação, poderão beneficiar-se com a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, se o infrator satisfizer, logicamente, os demais requisitos. É mais uma das tantas antinomias denunciadas, conseqüente das ditas “reformas pontuais”.

A grande divergência, porém, refere-se ao *modus operandi*, pois, se a *infração penal* for cometida com *violência ou grave ameaça à pessoa*, ficará inviabilizada a aplicação das ditas “*penas alternativas*”, independentemente de a condenação situar-se dentro do limite de até quatro anos de prisão. O instituto da *suspensão condicional do processo* não tem essa limitação impeditiva, relativamente a *forma de execução* do crime. A conseqüência dessa divergência na previsão dos requisitos de uma e outra hipóteses, pode levar à seguinte situação: *infrações penais*, cujo limite mínimo inferior não seja superior a um ano, praticadas “com violência ou grave ameaça à pessoa”, se houvesse *condenação* não poderiam ser substituídas, em razão da “violência” à pessoa. Contudo, em razão da ausência dessa previsão, *infrações penais*, cujo limite mínimo inferior não seja superior a um ano, mesmo praticadas com “*violência à pessoa*”, poderão, em princípio, beneficiar-se com a *suspensão do processo*, desde que, é lógico, estejam presentes os demais requisitos.

Trata-se, convenhamos, de um verdadeiro paradoxo: crimes que não admitem, em tese, a aplicação de pena substitutiva, em razão da sua gravidade — praticados com violência ou grave ameaça à pessoa — podem beneficiar-se com a suspensão do processo! Exemplificativamente, pode-se destacar, dentre outros, as seguintes infrações: *perigo de contágio venéreo inten-*

cional (art. 130, § 1.º), *perigo de contágio de moléstia grave* (art. 131), *abandono de incapaz com lesão grave* (133, § 1.º), *exposição ou abandono de recém-nascido (com lesão corporal grave)* (art. 134, § 1.º), *omissão de socorro* (art. 135, parágrafo único), *injúria real e "racial"* (art. 140, §§ 2.º e 3.º), *violação de domicílio* (art. 150, § 1.º), para referir somente algumas. Estas infrações, entre outras, não admitem a pena substitutiva, mas podem beneficiar-se com a *suspensão condicional do processo*.

Como se vê, coerência, harmonia e sistematização são conceitos completamente

desconhecidos do legislador brasileiro contemporâneo que, ao que parece, pretendendo *justificar-se*, diariamente aprova uma lei criminal, destruindo, paulatinamente, o que resta de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro. Essa contradição – concessão de benefícios maiores (suspensão do processo) para infrações mais graves (cometidas com violência), que não admitem benefícios menores (substituição da pena) – configura a mais flagrante violação do *princípio da proporcionalidade*, desrespeitando a importância do *bem jurídico*, atingindo as raízes da inconstitucionalidade.