

Paulo Queiroz

Giovane Santin

APLICAÇÃO DA PENA

2024

Capítulo 5

SEGUNDA FASE: FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Fixada a pena-base com apoio nas circunstâncias judiciais do art. 59, o juiz passará à segunda fase (fixação da pena provisória), sopesando as circunstâncias legais atenuantes (CP, art. 65) e agravantes (CP, arts. 61 e 62), as quais têm por fim limitar a discricionariedade judicial, de modo a assegurar uma pena proporcional à infração cometida. Tais circunstâncias constituem dados ou fatos acidentais que, embora não modifiquem a tipificação da conduta, devem ser obrigatoriamente considerados na fixação da pena.

Não incidem, porém, sempre que já figurem como causas de diminuição ou de aumento de pena ou qualificadoras (*ne bis in idem*). É que, constituindo circunstâncias genéricas, devem ser desconsideradas quando o tipo penal as especificar. Assim, por exemplo, o motivo de relevante valor social ou moral, em relação ao crime de homicídio, visto que já integra o tipo de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º); o motivo torpe ou fútil, quanto ao homicídio, porque já faz parte do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e II) etc.

Também por essa razão (*ne bis in idem*), uma circunstância atenuante ou agravante não poderá ser valorada mais de uma vez.

5.1. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES EM ESPÉCIE

5.1.1. Introdução: agravantes sem dolo?

As circunstâncias agravantes são dados ou fatos acidentais, objetivos ou subjetivos, que, embora não façam parte da estrutura do crime, são importantes para a verificação da maior culpabilidade do agente; e diferentemente das atenuantes, o rol das agravantes é taxativo, motivo pelo qual o juiz não pode admitir outras que não constem da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade das penas. Além disso, e à exceção da reincidência, que pode incidir também nos crimes culposos, todas são aplicáveis exclusivamente aos crimes dolosos e preterdolosos, pois o que se castiga em última análise é atuação qualificada do agente em virtude das variáveis do caso concreto.

De acordo com o STJ, é possível o reconhecimento de circunstância agravante de pena (CP, art. 61) sem conhecimento do autor, a exemplo da gravidez e da condição de pessoa idosa da vítima, ao argumento de se tratar de circunstância de natureza objetiva que independe de representação do autor.

O equívoco é manifesto.

Com efeito, se dolo é conhecimento e vontade de realização dos elementos do tipo, a representação do autor há de compreender tudo que o tipo contém.

Isso vale também para as qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes, sob pena de se impor ao agente responsabilidade penal objetiva, isto é, sem dolo ou sem culpa (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*).

A exigência de dolo é, pois, aplicável a todos os elementos do tipo, principais e acessórios, aí incluídas as circunstâncias qualificadoras, causas de aumento pena e agravantes.

Se o agente desconhece, por exemplo, que a vítima é seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, está grávida ou é idoso (CP, art. 61, II, *e e h*), não é possível fazer incidir a agravante. Nem cabe presumir esse conhecimento, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. Como se sabe, não se prova a inocência, que se presume constitucionalmente (CF, art. 5º, LVII), mas a culpa, que deve ser demonstrada com base em fatos e provas, não a partir de ilações ou conjecturas.

Salo de Carvalho tem razão, portanto, quando assinala que “embora as causas de aumento não sejam nucleares do tipo, sua condição periférica e acessória não exclui a necessidade de demonstração da consciência e vontade do agente em relação às circunstâncias, sobretudo as objetivas. Assim, como as elementares do tipo, as agravantes devem estar presentes na representação do sujeito no momento do agir delitivo (...). Dessa forma, a demonstração do dolo em relação à agravante é condição necessária à sua aplicabilidade”.¹

5.1.2. Reincidência

Por força do princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, só pode ser declarado reincidente quem cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). A reincidência requer assim o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime.

1. Penas e medidas de segurança. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 388.

Pode ocorrer, portanto, de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados. Exemplificando: se o agente, depois da prisão em flagrante delito, vem a confessar outros delitos cometidos anteriormente, cuja autoria era até então ignorada, será primário nas várias ações penais a que responder, uma vez que nenhum dos crimes foi praticado posteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por isso que, para a configuração da reincidência, não basta o cometimento de novo crime; é necessário que esse novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Também não é suficiente que tenha havido uma sentença condenatória, se esta, ainda pendente de recurso, não tiver transitado em julgado. Ademais, é irrelevante se o agente cumpriu ou não a condenação anterior que gerou a reincidência (reincidência ficta).

Não têm caráter condenatório e, pois, não induzem reincidência: a) a sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120); b) a sentença que aplica medida de segurança (de acordo com a doutrina majoritária); c) a decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 4º); d) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89); e) a decisão que homologa a composição civil (Lei nº 9.099/95, art. 74); f) a decisão que homologa acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A).

E, à exceção da prescrição da pretensão executória, o reconhecimento judicial da prescrição da pretensão punitiva (retroativa ou superveniente) impede a reincidência, uma vez que implica desconstituição da própria sentença condenatória.

Como a lei refere especificamente o cometimento de *crime anterior*, segue-se que *contravenção anterior* não gera reincidência. Entretanto, por força do que dispõe o art. 7º da

Lei das Contravenções Penais (Dec. lei nº 3.688/41), haverá reincidência quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado sentença que o tenha condenado por outra contravenção (no Brasil) ou por qualquer crime (no Brasil ou no estrangeiro). Em conclusão, tem-se a seguinte e inexplicável situação: se o agente comete duas contravenções, há reincidência; se pratica dois crimes, também; *idem* se for crime e contravenção. Todavia, se praticar contravenção e crime, não haverá reincidência (?).

A reincidência produz diversos efeitos penais, de modo a restringir ou inviabilizar o exercício de certos direitos, tais como:

- a) figura como circunstância agravante obrigatória;
- b) constitui circunstância preponderante quando houver concurso de agravantes e atenuantes;
- c) amplia os prazos de livramento condicional e progressão de regime prisional;
- d) impede o livramento condicional quando houver reincidência específica em crime hediondo ou afim;
- e) interrompe e aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória;
- f) impede a substituição da pena de prisão por restritiva de direito quando houver reincidência específica;
- g) permite que o regime inicial de cumprimento de pena seja mais severo que aquele determinado pela quantidade de pena etc.;
- h) impede o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A);
- i) impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2.006);

j) autoriza ou pode autorizar a decretação da prisão preventiva ou de medida cautelar diversa (monitoramento eletrônico etc.).

A prova da reincidência deverá ser feita, a princípio, mediante certidão do cartório competente, não bastando a simples exibição de folha de antecedentes, nem sempre exata, nem sempre atualizada. Tampouco pode ser provada pela simples confissão do réu. No entanto, segundo a Súmula 636 do STJ: A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

A jurisprudência do STJ e do STF admite que, se houver mais de uma condenação (multirreincidência), o juiz poderá considerar uma delas como maus antecedentes para aplicação da pena-base, e a outra como agravante, para fixação da pena provisória. Mas um tal aproveitamento do instituto ofende o princípio da legalidade e implica *bis in idem*, uma vez que, embora com nome diverso, estar-se-á ainda a elevar a pena com base na mesma circunstância: a reincidência. Além disso, não se pode ignorar que a reincidência é espécie do gênero maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência.

De acordo com Lênio Streck, o duplo gravame da reincidência é antiguarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante, que divide os indivíduos em ‘aqueles-que-aprendem-a-viver-em-sociedade’ e ‘aqueles-que-não-aprendem-e-insistem-em-continuar-delinquindo’².

É evidente que o aumento da pena pela reincidência e pelos maus antecedentes, além da expressa violação ao princípio da legalidade e *ne bis in idem*, contribui diretamente para

2. Streck, Lênio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66.

a superlotação carcerária e para as condições degradantes do sistema penal, tornando-o cada vez mais incompatível com a Constituição Federal ante a ofensa de preceitos fundamentais que vedam a tortura e o tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e aos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Reconhecer a legalidade do duplo gravame e os múltiplos efeitos da reincidência e dos maus antecedentes na pena privativa de liberdade é eternizar o tempo de permanência das pessoas em celas superlotadas, insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas e temperaturas extremas, onde falta água potável e produtos higiênicos básicos, submetidos a tortura e violência sexual praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado.

É manter vivas as sanções penais da antiguidade que passa pela Idade Média e avança pela Idade Moderna, onde o rosto do condenado era marcado com ferro em brasa para que ele não esquecesse e a sociedade soubesse que em determinado momento de sua vida cometeu um crime.

a) Crimes que não geram reincidência

Nem todos os crimes geram reincidência. O Código excepciona os crimes militares próprios e os crimes políticos (art. 64, II). Crimes militares próprios são os definidos exclusivamente no Código Penal Militar, e que somente podem ser cometidos por militar (*v. g.*, deserção, abandono de posto, insubordinação etc.), e não o civil. Não se confundem, portanto, com crimes militares impróprios, que podem ser praticados por qualquer pessoa (militar ou civil), a exemplo de furto de armamento militar.

Já os crimes políticos são os praticados contra a segurança interna e externa do Estado, sendo puramente políticos os crimes que atentam exclusivamente contra o Estado e suas

instituições (*v. g.*, atentado à soberania, espionagem, abolição violenta do Estado, golpe de Estado), e relativamente políticos são os crimes que se referem a fatos puníveis segundo a lei penal comum, praticados com finalidade político-subversiva (*v. g.*, roubo ou sequestro com fins políticos).³ Somente os puramente políticos não geram reincidência. Alguns crimes políticos estão previstos atualmente no Código Penal (arts. 359-I a 359-M).

A jurisprudência do STF e do STJ não admite a reincidência com base em condenação pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas (porte de droga para consumo pessoal), por considerá-la desproporcional e ilegal, já que o tipo penal não comina pena privativa da liberdade.

De fato, como o art. 28 da Lei não prevê a aplicação de pena privativa de liberdade, não faria sentido algum que a condenação por este tipo – claramente inconstitucional, inclusive – pudesse gerar reincidência e justificar a aplicação de prisão a título de maus antecedentes.

Admitir que tal delito gerasse reincidência e, com base nela, fosse aplicada pena privativa da liberdade, seria violar os princípios da legalidade e proporcionalidade das penas. O que a lei veda diretamente (pena privativa de liberdade) não pode ser admitido indiretamente.

b) Extinção da reincidência

A reincidência não é perpétua, haja vista que, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena anterior e a prática da infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, extinguir-se-ão todos os seus efeitos, isto é, o sentenciado voltará à condição de primário (CP, art. 64, II). Estando o réu no gozo de livramento condicional, computar-

3. Fragoso. Lições, cit., p. 330.

Capítulo 11

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

11.1. INTRODUÇÃO

Sob a rubrica de penas restritivas de direitos, o Código (art. 43) em verdade trata de penas pecuniárias (multa substitutiva, prestação pecuniária, perda de bens e valores), restritivas da liberdade (recolhimento domiciliar, limitação de final de semana e prestação de serviço à comunidade) e restritivas de direito propriamente (interdição temporária de direitos).¹ O elenco de penas restritivas é taxativo, não podendo o juiz inventá-las arbitrariamente, isto é, sem que a lei as preveja. Todavia, além das penas previstas no Código, há na legislação extravagante diversas outras penas com caráter não privativo da liberdade.

Trata-se de um rol bastante desatualizado de penas, em razão das inúmeras reformas ocorridas na legislação penal e processual penal. Note-se, por exemplo, que o art. 319 do CPP prevê mais de dez medidas cautelares diversas da prisão, perfeitamente transformáveis em penas principais ou alter-

1. Cezar Bitencourt. Código Penal comentado, cit., p. 159.

nativas. E o art. 28-A do CPP dispõe sobre o acordo de não persecução penal, do qual ainda trataremos.

Ao adotá-las, o legislador pretendeu reservar a pena privativa da liberdade para as situações consideradas a seu juízo absolutamente necessárias e, pois, não passíveis de substituição por pena mais adequada. As penas restritivas de direito são, assim, autênticas penas alternativas, porque têm a finalidade de substituir a pena de prisão, espinha dorsal do sistema penal brasileiro. Exatamente por isso, tais penas não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas da liberdade. Apesar disso, há exemplos, na legislação especial, de aplicação cumulativa de pena restritiva de direito e prisão (*v. g.*, art. 292 do Código de Trânsito).

A substituição normalmente ocorrerá no momento da prolação da sentença condenatória, pelo juiz de primeiro grau ou pelo tribunal, em ação penal originária ou em grau de recurso, sendo que a autoridade judiciária competente necessariamente aplicará uma pena privativa da liberdade, substituindo-a a seguir, quando cabível.

Mas a substituição é também possível durante a execução da pena (LEP, art. 180), exigindo-se o concurso dos seguintes requisitos: a) que a pena privativa da liberdade não seja superior a dois anos; b) que o condenado esteja em regime aberto de execução; c) que tenha cumprido pelo menos um quarto da pena; d) que os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem a substituição. No entanto, por ser anterior à Lei nº 9.714/97, que modificou o Código no particular, tal possibilidade há de ser revista para ampliar as hipóteses de substituição no curso da execução penal.

Atendidos os requisitos legais para a aplicação da pena restritiva, o sentenciado fará jus à substituição, devendo o juiz decidir a respeito sempre que o condenar por crime culposo ou impuser pena privativa da liberdade não superior a quatro anos por crime doloso, quer para conceder, quer para negar

a substituição. Para tanto, é irrelevante prévia manifestação de interesse ou consentimento do réu.

Tratando-se de condenação à pena de prisão igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por uma pena de multa ou por uma pena restritiva de direito; se superior a um ano, a pena privativa da liberdade poderá ser substituída por duas penas restritivas de direito ou por uma restritiva e uma de multa, cumulativamente, conforme seja mais adequado.

A pena restritiva de direito deverá ter a mesma duração da pena de prisão substituída, ressalvado o disposto no art. 46, § 4º (CP, art. 55), que prevê a possibilidade de prestação de serviço à comunidade por prazo inferior à pena de prisão imposta. É evidente que o prazo da pena restritiva de direito jamais poderá exceder àquele da pena de prisão substituída.

É importante notar que há exemplos, na legislação especial, de vedação de penas restritivas de direito, como a Lei nº 11.340/2006 (violência doméstica e familiar).

Por fim, as penas restritivas de direito, especialmente as pecuniárias e a perda de bens e valores, não são passíveis de se estenderem aos herdeiros do condenado, sob pena de violação ao princípio da pessoalidade da pena, que não permite que a sanção penal possa atingir pessoa diversa do autor, coautor ou partícipes do crime (CF, art. XLV). Mas o tema é controvertido.

11.2. A PENA DE PRISÃO COMO PENA ALTERNATIVA

O elenco das penas restritivas de direito é bastante pobre e as possibilidades de substituição muito tímidas, especialmente se considerarmos, entre outras, a reforma da Lei nº 12.403/2011, que alterou o CPP e admitiu mais de dez medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), as quais poderiam perfeitamente ser transformadas em penas restritivas de direito: monitoramento eletrônico, suspensão de atividades

etc. O autor de crime de roubo (CP, art. 157), por exemplo, que estivesse sob monitoração eletrônica, poderia ser condenado, não à pena de prisão, mas à pena de monitoramento, desde que preenchidos determinados requisitos, fazendo-se a detração da pena. Assim, se condenado a 6 anos de monitoramento, far-se-ia a detração dos 2 anos já nessa condição, cumprindo o restante da pena fora da prisão (4 anos). No sistema atual, porém, por melhor que seja seu comportamento em liberdade, o condenado teria de ser levado à prisão.

Além disso, a prisão deveria deixar de ser a pena principal e passar a ser uma pena alternativa ou substitutiva, invertendo a lógica atual, razão pela qual a pena privativa da liberdade, tal como a prisão preventiva, deveria ser a *ultima ratio* do sistema penal. A progressiva descarcerização há de levar também em conta o sistema integrado de direito penal, já mencionado na introdução.

É certo, ainda, que a pena de prisão é a mais violenta forma de intervenção sobre a liberdade do indivíduo, razão pela qual a sua imposição somente deveria ocorrer em casos extremos, isto é, quando não fossem suficientes outras medidas menos lesivas e mais adequadas.

Como há muito se reconhece, o problema da prisão (provisória ou definitiva) é a própria prisão, ambiente artificial, hostilíssimo e nocivo sob todos os aspectos, onde se dão violações sistemáticas de direitos humanos básicos, instituição que não é nem sequer capaz de assegurar (no Brasil) o direito à vida e à integridade física, tantos são os motins, as rebeliões e as guerras entre facções rivais, por exemplo. A prisão tampouco reeduca, mas corrompe e embrutece, não ressocializa, mas dessocializa, nem impede o cometimento de novos crimes, mas os potencializa; logo, não é (no mais das vezes) um meio de prevenir delitos, em caráter geral ou especial, mas um estímulo à reincidência.

Em resumo, já é tempo de reconhecer-se que a prisão de fato faliu como instituição, devendo passar a constituir pena

alternativa, perdendo o caráter de pena principal, limitando-a aos casos de crimes hediondos violentos ou envolvendo réus multirreincidentes.

Como escreve Ferrajoli, a prisão é uma contradição institucional, que pode e deve ser radicalmente reduzida:

Com a prisão, o condenado é muito frequentemente jogado num inferno, vale dizer, numa sociedade selvagem, abandonada ao jogo livre das relações de força e de poder entre os presos e ao desenvolvimento de uma criminalidade prisional incontrolada, que é imposta sobre os presos mais fracos e indefesos. Dentro dos muros da prisão, todo arbítrio, toda violência, toda violação de direitos e toda lesão da dignidade humana das pessoas são possíveis. De fato, na maioria das prisões, os presos estão literalmente em condições de sujeição – aos carcereiros e ao grupo de poder que se forma entre os reclusos – e toda a vida é disciplinada por regras e práticas em parte escritas e em grande parte não escritas, que fazem de qualquer prisão uma prisão completamente diversa de outra, de toda pena uma pena diversa de outra, de cada preso um preso diversamente discriminado ou privilegiado relativamente aos demais: pela diferença em matéria de espaços comuns, de habitabilidade das celas, de duchas, de horários e de pátio, de ar, de condições higiênicas e sanitárias. Em suma, a prisão é sob diversos aspectos uma contradição institucional.

É uma instituição criada pela lei, mas na qual se desenvolve o próprio governo das pessoas. É um lugar confiado ao controle do Estado, mas em cujo interior não vigoram controles legais, mas sobretudo a lei do mais forte: a lei da força pública dos agentes penitenciários e a força privada dos presos prepotentes e organizados. É uma instituição pública dirigida à custódia dos cidadãos, mas que não consegue garantir os direitos fundamentais mais elementares, a começar pelo direito à vida. Cria uma vida completamente artificial produzida pelo direito, mas que de fato reproduz no seu interior o estado de natureza, sem regras e sem direito, onde sobrevive o *homo homini lupus* e onde a máxima segurança externa é acompanhada da máxima insegurança interna.²

2. **Jurisdicción y ejecución penal la Cárcel: una contradicción institucional.** in Revista Crítica Penal y Poder 2016, nº 11 Septiembre (pp.1-10) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

Mais: o Brasil ocupa hoje o terceiro lugar entre os países que mais encarceram, tendo atualmente mais de 700 mil presos³ recolhidos, na maior parte das vezes, em estabelecimentos prisionais precários e superlotados, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido, no julgamento da ADPF n° 347, que, dado o quadro de superlotação, condições desumanas de custódia, violação massiva e reiterada de direitos fundamentais e insuficiência das políticas públicas implementadas, o sistema carcerário nacional pode ser caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”, a exigir atuação de todos os poderes conforme se vê da transcrição a seguir:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do

3. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, publicados em 08/12/2017, referentes aos anos de 2015 (dezembro) e 2016 (até junho). Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

11.3. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO

A substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direito requer o concurso dos seguintes requisitos (CP, art. 44):

- 1) que a pena aplicada na sentença – não a pena cominada ao tipo, que é irrelevante – não seja superior a quatro anos;
- 2) que não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;
- 3) que o réu não seja reincidente em crime doloso;
- 4) que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) sejam favoráveis, isto é, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias indiquem a substituição como suficiente.

Em se tratando de concurso formal, material ou continuado de crimes (CP, arts. 69, 70 e 71), a substituição considerará o total das penas aplicadas.

a) *Limite de quatro anos.* Inicialmente o Código exige que a pena aplicada, não a pena cominada ao tipo, que é irrelevante, não exceda a quatro anos. Quando se tratar de crime culposo, caberá a substituição ainda quando a pena ultrapasse esse limite, situação um tanto rara, embora perfeitamente possível – especialmente quando houver concurso material de infrações –, pois em geral tais delitos são punidos com pena inferior a quatro anos. Se houver concurso de crimes (formal, material, crime continuado), considerar-se-á, para tanto, o total das penas aplicadas, não a pena isoladamente cominada ou aplicada a cada crime, como ocorre na verificação da prescrição (CP, art. 119).

No caso de concurso material de crimes, se houver aplicação de mais de uma pena restritiva de direito, o condenado cumprirá simultaneamente as penas que forem compatíveis entre si e, sucessivamente, as demais (CP, art. 69, § 2º).

Quando houver colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013, art. 4º), o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Quando a colaboração ocorrer depois da sentença condenatória, a lei admite a progressão de regime ainda que o colaborador não atenda aos requisitos objetivos, e também a redução de pena até a metade.

Nesse caso específico (colaboração premiada), como não há previsão de limite, é possível, portanto, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito mesmo quando a pena aplicada exceda a 4 anos. Aliás, a exceção prevista na Lei nº 12.850/2013 é aplicável não só ao limite de pena, que não existe, mas a todos os critérios referidos a seguir, já que não há vedação legal relativamente aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, à reincidência etc. Em suma, havendo colaboração premiada na forma da lei, as possibilidades de substituição são consideravelmente ampliadas.

Previsão semelhante há na Lei nº 11.101/2005 (art. 168, § 4º), que dispõe sobre recuperação judicial, falência etc.

b) Crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. A substituição não será admitida quando se tratar de condenação por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, a exemplo do roubo, da extorsão mediante sequestro etc. Quanto à violência ficta ou presumida, temos que ela é também impeditiva da substituição, visto que a lei a equipara à violência real, a exemplo do que ocorre com o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), que, inclusive, não usa mais o termo presunção de violência. O delito já menciona a condição de vulnerabilidade (menor de 14 anos etc.) como elemento do tipo.

Tratando-se de crime praticado com violência contra a coisa apenas (*v. g.*, furto com rompimento de obstáculo), a substituição é perfeitamente possível.⁴ Os crimes culposos, apesar de eventualmente violentos, não estão sujeitos à vedação legal, quer porque a violência não é dolosa (dolo direto o eventual), quer porque a lei admitiu a substituição mesmo quando a pena exceda o limite de quatro anos.

Há quem entenda que todos aqueles crimes praticados por meio *não violento* estariam excluídos da vedação legal, a exemplo do homicídio cometido com emprego de veneno, roubo com uso de narcótico etc., pois não seriam delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.⁵ Mas tal não procede, visto implicar uma simplificação exagerada do conceito de violência contra a pessoa, a qual pode realizar-se das mais variadas formas. Não por acaso, o emprego de veneno, por exemplo, qualifica o homicídio.

Existe também quem considere que a vedação não compreenderia as infrações penais em que a grave ameaça ou a violência não fossem meio para cometimento do ilícito, mas constitutivas do próprio crime (*v. g.*, lesão corporal e ameaça). Não se trataria de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, já que a violência ou a grave ameaça seriam o próprio crime.

Luiz Flávio Gomes observa ainda que a rigidez do critério em questão pode dar margem à injustiça, pois crimes como o constrangimento ilegal e a ameaça, que em virtude da pena cominada permitem as soluções consensuais da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), não admitiriam a substituição. Por isso, propõe interpretar o dispositivo sistematicamente para admitir a substituição em tais casos, apesar

4. De modo diverso, Cezar Bitencourt. Código Penal comentado, cit., p. 168.

5. Nesse sentido, Mirabete, cit.

da violência ou grave ameaça à pessoa,⁶ o mesmo devendo ocorrer quanto à lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*).

Quanto aos crimes hediondos e afins, não há, a princípio, impedimento legal à substituição, desde que se trate de delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, a exemplo do tráfico de drogas e outros delitos.

Se não for assim, violar-se-ia o princípio da legalidade das penas, fazendo-se analogia *in malam partem*.⁷ No particular, é inconsistente, portanto, o argumento de que, segundo a Lei nº 8.072/90, a pena será cumprida em regime integralmente fechado,⁸ mesmo porque na hipótese discute-se questão distinta e prévia à execução da sentença, a saber: a individualização da pena e a possibilidade de substituição por pena restritiva de direito. Mais: atualmente é possível a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados.

Justamente por isso é que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de o réu condenado por tráfico de droga fazer jus à substituição por pena restritiva de direito, por se tratar de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.⁹ Note-se que o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2.006) deixou de figurar no rol dos crimes hediondos e afins (LEP, art. 112, § 5º).

6. Penas e medidas alternativas à prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115. Em sentido contrário, Cezar Bitencourt. Código Penal comentado, cit., p. 169.

7. No sentido do texto, entre outros, Luiz Flávio Gomes. Penas e medidas alternativas, cit.; Damásio de Jesus. Penas alternativas. São Paulo: Saraiva, 1999; Cezar Bitencourt. Código Penal comentado, cit.; Guilherme de Souza Nucci. Código Penal comentado, cit.

8. Nesse sentido, de entender inadmissível a substituição, Mirabete. Manual, cit., 2001, p. 278.

9. HC 84.9288/Minas Gerais, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, v. de 27.9.2005, que tem a seguinte ementa: "SENTENÇA PENAL. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nos 6.368/76; 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa da liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos".

Com efeito, quanto à vedação legal de substituição prevista na Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º, o STF reconheceu-lhe a inconstitucionalidade (HC 97256, relator Ministro Carlos Aires de Brito, em 01/09/2010), razão pela qual a substituição já era perfeitamente possível antes do advento da Lei nº 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 112, § 5º, da LEP, desde que o condenado preenchesse os requisitos legais. Por isso, o Senado editou a Resolução nº 5, de 15/02/2012, suspendendo a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Por fim, a Súmula 588 do STJ prevê a seguinte vedação: “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

c) *Reincidência em crime doloso*. O Código, a princípio, não admite a substituição quando o condenado for reincidente em crime doloso. Referindo-se à reincidência em *crime doloso*, admite-se a aplicação ao reincidente sempre que um dos crimes – objeto da condenação anterior ou posterior ou ambos os crimes – for culposo. Também não obsta a substituição a circunstância de o réu reincidir em contravenção. Portanto, o só fato de ser reincidente não impede a aplicação de pena restritiva, só o impedindo a reincidência em crime doloso.

Mas mesmo essa vedação não tem caráter absoluto, pois o § 3º do art. 44 prevê uma exceção, ao dispor que, “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”. Logo, a reincidência só deverá impedir a substituição quando se tratar de reincidência em crime doloso grave, não a reincidência em crimes de menor potencial ofensivo e outros, como crimes contra a honra (calúnia etc.).

A substituição é, pois, possível mesmo havendo reincidência em crime doloso, desde que socialmente recomendável.

Na verdade, o legislador, atento ao fato de que a reincidência já não é um sintoma seguro de maior perigosidade do sentenciado, achou prudente deixar que o juiz decidisse a respeito no caso concreto e fundamentadamente. Quis, ademais, resguardar o princípio da proporcionalidade, porque não faria sentido que o juiz, diante de uma condenação anterior à pena de multa, por exemplo, negasse ao sentenciado a substituição pelo só fato de ser reincidente em crime doloso.

Apesar disso, o CP pretendeu vedá-la em caráter absoluto quando o sentenciado for reincidente no mesmo crime (reincidência específica), quer dizer, no mesmo tipo penal. Mas também essa vedação não pode ser tomada em termos absolutos, se se quiser interpretá-la conforme os princípios penais, incompatíveis com presunções absolutas de maior perigosidade, próprias de um direito penal do autor.

Como já dissemos, a reincidência específica não implica, por si só, maior culpabilidade do autor do crime, pois o simples fato de se tratar de reincidente específico em furto simples, por exemplo, não torna o agente mais perigoso ou mais culpável. O que importa não é tanto a reincidência específica, mas a reincidência em crimes especialmente graves, sobretudo reincidência em crime hediondo com resultado morte (LEP, art. 112, VIII).

Muito mais grave seria, por exemplo, se, em vez de reincidente em furto, fosse o agente reincidente (específico ou não) em extorsão mediante sequestro, latrocínio ou homicídio qualificado etc. Por que admitir, por exemplo, que o condenado que tenha praticado dois furtos simples e tentados (reincidente específico) seja punido mais duramente do que o sentenciado que haja cometido corrupção passiva e peculato (reincidente genérico)? Em suma, a reincidência específica, própria de um direito penal do autor, não implica necessariamente maior culpabilidade; e constitui, em última análise, um preconceito jurídico.