

PROVISÓRIO

Eugênio Pacelli

André Callegari

Curso de
**DIREITO
PENAL**

Parte Geral

8^a
Edição

—
revista
ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

9.3.2 Demais hipóteses do art. 92, II e III, CP

A perda do poder familiar, para a curatela ou para a tutela de incapazes, não será decorrência de qualquer crime. Para que tal ocorra, deve-se tratar de crime doloso, punido com reclusão, praticado contra estes últimos (filhos, filha ou outro descendente ou contra tutelado e curatelado).

Nada mais é preciso dizer sobre isso.

Quanto à inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado para a prática de crime doloso, pensamos ser absolutamente desproporcional a medida. Uma coisa pode não ter rigorosamente nada a ver com a outra. Vários delitos podem ser praticados mediante a utilização de veículo, sem que essa utilização seja indispensável. É dizer, quando o crime poderia ser viabilizado por outro meio, que não o veículo, não se entende por que deveria haver a sanção de inabilitação.

A utilização de veículos, embarcações ou aeronaves, bem como de quaisquer outros meios de transporte, além do maquinário e todos os instrumentos apreendidos na prática dos crimes de tráfico de drogas poderá ser feita pelos órgãos da polícia (judiciária, militar ou rodoviária), devendo ser ouvido o Ministério Público sobre a efetivo interesse público então declarado. (art. 62, Lei 11.343/2006).

Nos crimes culposos praticados no trânsito, a Lei 9.503/97 prevê a inabilitação como pena e não como efeito secundário específico da condenação criminal (arts. 292, e 293).

9.4 A necessidade de decisão expressa

Ao contrário do que ocorre em relação aos efeitos *não penais genéricos* do art. 91, do CP, os efeitos específicos do art. 92 exigem o reconhecimento expresso de tais circunstâncias, sob pena de não poderem ser aplicados. Semelhante regra de tratamento é relevantíssima, na medida em que exige que sobre a matéria já se instaure o contraditório.

VII DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (*SURSIS*)

1 A suspensão (*sursis*) e a substituição da pena privativa da liberdade

As misérias do cárcere, para lembrarmos-nos do grande jurista Francesco CARNELUTTI (*A miséria do processo penal*, em tradução nacional), atravessam a história desde o nascimento da pena privativa da liberdade. A ideia de alternativas a ela, porém, não é tão velha, mas podemos nos situar no século passado e no espaço da

nossa legislação. Na reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, trazida pela Lei 7.209/84, a antiga redação do art. 44, CP, previa a possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade quando,

- a) a pena aplicada fosse *inferior a um ano* ou se o crime fosse culposos;
- b) o réu não fosse reincidente;
- c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicassem ser suficiente a substituição.

Nesse quadro, o *sursis*, ou a suspensão da pena concretizada na condenação, fazia muito mais sentido do que atualmente, na medida em que ali se ampliava o rol de possibilidades de substituição da pena privativa da liberdade, para atingir condenações até *dois anos* (art. 77, Código Penal). Ou seja, ainda quando não cabível a substituição do art. 44, CP, cujo limite objetivo da condenação era de até *um ano* ou para os crimes culposos, seria possível a aplicação do *sursis*, desde que respeitados os requisitos objetivos (e os subjetivos, como sempre foi) de condenação até *dois anos*. Assim, evita-se mais amplamente a imposição de prisão.

Com a chegada da Lei 9.714/98, porém, as coisas sofreram relevantes alterações, já que o limite objetivo da condenação para a possibilidade de substituição da pena passou de *um* para *quatro anos*, mantendo-se a regra, sem limite de pena cominada, para os crimes culposos. É essa a atual redação do art. 44, I, do Código Penal.

Nota-se, então, que o espaço de aplicação do *sursis* terminou por ser reduzido, dando-se preferência à substituição de pena prevista no citado dispositivo (art. 44). Vejamos a razão disso.

O *sursis* somente é cabível para condenações à pena privativa de *até dois anos* (art. 77, *caput*, CP). E, além dos requisitos *subjetivos* que devem estar presentes (art. 77, II, CP), exige-se ainda para a sua aplicação:

- a) no primeiro ano do prazo, deverá o condenado *prestar serviços à comunidade* (art. 46) ou *submeter-se à limitação de fim de semana* (art. 48);
- b) se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá *substituir a exigência do parágrafo anterior* pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:
- c) proibição de frequentar determinados lugares;
- d) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- e) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

E o mais importante: a suspensão da pena será *de dois a quatro anos*, tempo em que o condenado será submetido a um *período de prova*, obrigando-se a cumprir, além das condições *legais* (fixadas no próprio CP), outras a serem fixadas pelo juiz (art. 77 e art. 78, CP). É dizer, além de ficar o condenado obrigado ao atendimento das citadas condições *judiciais*, deverá ele, como regra, cumprir também *um ano de*

pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana), nos termos do art. 78, § 1º, CP, salvo quando cabível a substituição de tal exigência pelo atendimento das condições enumeradas no art. 78, § 2º, CP (reparação dos danos e condições específicas).

Ou seja, atualmente:

1. Para condenações até um ano, já há previsão da substituição no art. 44, CP, § 2º, CP, “*por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos*”. Vale dizer: não teria aplicação o *sursis* (art. 77, III, CP).
2. Para condenações entre um ano e dois anos –, quando ainda cabível o *sursis* – não se pode afirmar ser mais favorável a suspensão da pena do que a substituição prevista no art. 44, I, CP. É que a pena *substituída* poderá ser cumprida em tempo muito inferior ao período de prova do *sursis*.

São essas as ponderações que talvez possam explicar a redução na aplicação do *sursis*.

Nada obstante, pensamos que, a depender, sobretudo, das condições judiciais a serem impostas, pode até ser mais favorável ao condenado valer-se da suspensão da pena do que de sua substituição, desde que seja afastado o cumprimento das restrições de direito no primeiro ano (prestação de serviços ou limitação de fim de semana), que traduzem verdadeira pena. É verdade que as condições do *sursis* devem vir dispostas na sentença condenatória. No entanto, nada impede que tais condições sejam modificadas na audiência admonitória, afim de bem promover-se a execução da pena. Ademais, nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grande ameaça a pessoa não cabe substituição da pena (art. 44, I, CP) – mas cabe o *sursis*.

2 Natureza jurídica?

Ainda chegará o tempo em que a dogmática jurídica abandonará de vez essa história de *natureza jurídica* de suas diversas categorias e institutos. E nem é pelo fato das dificuldades filosóficas quanto à definição das *coisas* e das respectivas *essências*. Já KANT, em sua filosofia da consciência, pontuava que o que pode ser acessível ao conhecimento é apenas aquilo que *representamos* da coisa e não *ela, em si*. Pode-se conhecer o *fenômeno*, e não o *noumeno*.

O maior problema, contudo, e que está ainda por ser resolvido, é a dificuldade da própria dogmática em convergir quanto ao que realmente significaria *natureza jurídica*.

O *sursis* é pena? É benefício concedido *na execução da pena*? É *direito subjetivo* do condenado? Ou seria apenas uma outra forma de restrição de direitos?

Não bastasse a complexidade inerente à precisão conceitual, é de se notar que a própria Lei comete inúmeros deslizes nas definições jurídicas que faz.

Que o *sursis*, efetivamente, *é pena*, não resta a mínima dúvida. Fica ressalvada, é claro, a hipótese do art. 78, § 2º, CP, em que a exigência de prestação de serviços ou de limitação de fim de semana, pelo prazo de um ano, poderá ser substituída por condições de comportamento pessoal, não qualificadas como sanção penal. Nesse caso, não se poderá falar em pena, rigorosamente.

Ora, mas fora dessa hipótese – de *sursis especial* – como justificar o cumprimento de *prestação de serviços à comunidade* ou de *limitação de fim de semana*, exigidos no primeiro ano do período de prova do *sursis*, se não for como *pena*? Não é o Código Penal que define tais exigências como penas *restritivas de direito*?

No entanto, a própria definição do *sursis* parece indicar o contrário: afirma-se que a execução da pena *será suspensa!* Então não se executa nada? A restritiva de direitos pelo prazo de um ano (prestação de serviços ou limitação de fim de semana), quando imposta, não deve, então, ser considerada pena no *sursis*?

Durma-se com um barulho desses...

Bem, mas se é pena não pode ser considerada como benefício, dirão alguns e outros. Sem razão, contudo. A diminuição de qualquer medida de coercibilidade estatal caracterizará *benefício*, se considerada em relação àquela que *seria imposta*. É nessa relação, do mais para menos, que se pode encontrar a qualificação da medida como benefício. A aplicação de uma pena mais leve *é benéfica* para o condenado em relação à outra, mais pesada.

Portanto, a expressão *benefício*, presente em diversos dispositivos atinentes à suspensão da pena, não pode ser classificada como *natureza jurídica*. Ela nada tem de essência. A essência da coisa, aqui, se existe, é a pena e a respectiva suspensão, como exigência de cumprimento de deveres impostos pelo Estado.

Nos casos, então, em que não for exigido o cumprimento de pena no primeiro ano (*sursis especial*), a suspensão da pena se qualifica como *restrição de direitos*, diversa da prisão e das demais penas criminais.

Por fim, diante da complexidade de se afirmar ser ou não mais vantajoso o regime de *sursis* que aquele da substituição da pena (art. 44, I, CP), nos casos de condenação entre um a dois anos, não se pode dizer também que o acusado teria *direito subjetivo a ele*, dado que dependerá do juiz a escolha das condições a serem impostas, além do exame dos elementos *subjetivos* do *sursis* e da *substituição*. É dizer: cabe a ele o juízo sobre a adequação da medida a ser imposta nesses restritos casos.

3 Pluralidade de classificações do *sursis*

Pensamos discutíveis, no mínimo, diversas das classificações que são feitas em relação à suspensão da pena. E não culpamos ninguém pela existência delas. Trata-se de tentativa de *simplificação* para o processo de apreensão do instituto, em suas variadas dimensões.

Fala-se, então, em:

- a) *sursis* simples ou comum, para diferenciá-lo do denominado *especial*. A distinção residiria no fato de que, neste último – *sursis especial* –, poderia haver a substituição da exigência do cumprimento de um ano de restritiva de direitos (prestação de serviços ou limitação de fim de semana), pelo atendimento às condições e restrições de comportamento determinadas pelo juiz (art. 78, § 2º, CP);
- b) *sursis* etário, cabível e com requisitos específicos para os casos estipulados no art. 77, § 2º, CP, para pessoas maiores de 70 (setenta) anos na data da sentença, cabível para condenações até 4 anos, e com período de prova ampliado (de 4 a 6 anos);
- c) *sursis* humanitário, associado à concessão fundada em razões de saúde (art. 77, § 2º, CP).

A nosso juízo, todavia, nada disso tem importância, em perspectiva de maior comprometimento com a ciência penal. Todas são hipóteses de suspensão da pena, ora com diferentes requisitos, ora em atenção às condições pessoais do condenado. Nada que justifique as classificações que acabamos de ver.

4 Revogação do *sursis*

O chamado período de prova é o tempo em que o condenado permanecerá em observação, para fins de avaliação do cumprimento das condições e restrições impostas na suspensão da pena. Há duas situações distintas em que se procederá à *revogação* do *sursis*: (a) a primeira, por superveniência de fato não relacionado à observância das condições do *sursis*, e (b) a segunda, por violação de tais deveres.

Na primeira hipótese, a revogação se dará por condenação por crime doloso, por sentença já passada em julgado. Na segunda, pelo desatendimento a determinadas restrições legais ou judiciais, tudo conforme o disposto no art. 81, II e III, CP.

Referidas hipóteses de revogação do *sursis* são designadas pela Lei como *obrigatórias*, isto é, a salvo do juízo de discricionariedade do magistrado da execução.

E há também a revogação *facultativa* do *sursis*, quando o condenado (a) descumpre qualquer outra condição a ele imposta (que não aquelas mencionadas no art. 81, II e III, CP) e (b) é condenado irrecoravelmente por crimes culposos ou por contravenção, desde que a pena imposta seja privativa da liberdade ou restritiva de direitos. A pena de multa, portanto, não autoriza a revogação facultativa da suspensão.

Nada mais precisa ser dito, segundo nos parece. As expressões *obrigatória* e *facultativa* falam por si. Na primeira, a revogação *deve* ocorrer; na segunda, *pode*, segundo prudente avaliação do magistrado, que deve sempre zelar pela correta aplicação da Lei, mas sempre atento também às finalidades da pena pública. Evitar a imposição do cárcere deve ser a meta do juiz criminal, diante dos comprovados malefícios por ela causados.

De modo que o descumprimento de condições ou mesmo a frustração do pagamento de multa devem ser sempre avaliados com critérios e com permanente ponderação. Há aqui o risco de desequilíbrio na concretização dos direitos fundamentais, se presente a violação ao postulado da proibição do excesso.

5 Prorrogação

Finalmente, nos casos de pendência de processos criminais (por crime ou por contravenção) contra o condenado, considera-se prorrogado o prazo de suspensão da pena até o julgamento definitivo da aludida ação penal (art. 81, § 2º, CP). -

Reputamos absurdo e absolutamente desbordante de qualquer política criminal razoável a previsão do referido dispositivo legal. Ora, a duração de ações penais, infelizmente, pode ultrapassar, e muito, o prazo do período de prova, submetendo o condenado a verdadeiro calvário no cumprimento das condições a ele impostas.

Atualmente, então, em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sequer admite a valoração negativa – como maus antecedentes – da existência de in-quéritos e ações penais contra o sentenciado (fase do art. 59, CP), menos ainda se poderá reputar válida a norma em comento.

Assim, o que poderá influenciar na suspensão da pena, determinando a sua revogação e o conseqüente cumprimento dela, é a condenação criminal passada em julgado, e para crimes dolosos (*obrigatória*). A existência de processos não poderá onerar a esse nível (prorrogação por tempo indefinido) o condenado. E talvez se tenha aqui mais uma razão que explica a perda de aplicabilidade do *sursis*.

Por fim, e nos termos do art. 82, CP, expirado o prazo sem revogação da suspensão, estará extinta a pena privativa da liberdade. A nosso aviso, qualquer que seja o motivo da ausência de revogação, a pena deverá restar extinta ao final do período de prova. E mesmo quando a própria suspensão da pena tenha resultado de incorreta avaliação judicial. Cabe ao Estado zelar pela *correta* aplicação de suas leis, quando válidas e exigíveis. Para lembrarmos agora de conhecido autor lusitano, não tendo havido a revogação do *sursis*, durante e ao final do período de prova, *Inês é morta. Causa finita*.

VIII DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

1 Livramento e execução da pena: cabimento

Se o *sursis* também deve ser entendido como etapa de execução da pena, embora nem sempre se possa falar nesta última (pena), o *livramento condicional* constitui claramente fase de execução penal.

Vimos que a suspensão da pena é para condenações até dois anos. Já o livramento é previsto para condenações acima desse *piso*, ou seja, a partir de dois anos, exigindo, porém:

- a) o cumprimento de mais de um terço da pena, salvo quando o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I, CP);
- b) o cumprimento de mais da metade da pena, quando reincidente nessa espécie de crime (doloso), conforme art. 83, II, CP;
- c) cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (art. 83, V, CP).

Mas não só.

Além dos chamados requisitos *objetivos*, há também aqueles, diretamente vinculados ao comportamento do condenado (requisitos *subjetivos*), seja no curso da execução de parte de sua pena (art. 83, III, CP), seja antes (art. 83, IV, CP).

Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, conforme dispõe o art. 83, parágrafo único, CP.

Como se trata de medida somente cabível após o cumprimento de frações da pena, isto é, associada ao tempo máximo de pena de prisão imposta, não haverá de surpreender a previsão de somatório de sanções, quando aplicadas em relação a infrações diversas (em execução de pena, obviamente), para a obtenção do benefício (art. 84, CP). Mas, note-se, estamos falando em condenações à pena *privativa da liberdade*, e apenas nelas. Restritivas de direitos ou multa não serão somadas.

Nesse caso (de soma), se forem diferentes as modalidades de crimes, isto é, se houver tratamento legislativo diverso para cada um deles, o livramento obedecerá a tais particularidades, pela aplicação *parcial* de cada regime. Assim, se a soma se der entre crimes para os quais seja suficiente o cumprimento de mais de um terço, e outros a exigirem o cumprimento de mais de metade ou de mais de dois terços, a operação de soma deverá atender a cada uma das exigências. Exemplo: soma entre crime A, pena de 6 anos, exigido o cumprimento de 1/3, o crime B, pena de 6 anos, exigido o cumprimento de mais de metade, e o crime C, pena de 6 anos, exigido o cumprimento de mais de 2/3. Resultado: $2 (A) + 3 (B) + 4 (C) = 9$ anos, a serem exigidos para o livramento condicional.

Por fim, anota-se que a reincidência *específica*, ou seja, no *mesmo* crime, pode ter efeitos distintos. Em princípio, ela não impede o benefício, exigindo, porém, o cumprimento de mais de metade da pena (art. 83, II). Em se tratando, porém, de crimes hediondos, de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do tráfico de pessoas e do terrorismo, a reincidência específica impede a concessão do livramento condicional (art. 83, V, CP).

Quando culposo o delito anterior, não haverá proibição do livramento.

Quanto ao livramento condicional, a Lei 13.964/19 trouxe duas alterações. A primeira, a vedar sua concessão nas hipóteses em que o reeducando tenha cometido falta grave nos 12 (doze) meses antecedentes; a segunda, inviabiliza a concessão do livramento para os condenados por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte⁵⁸, que também terão vedadas as saídas temporárias, nos termos da nova redação do artigo 122, § 2º de Lei de Execuções Penais.

Pois bem. No que se refere a ambas as vedações dirigidas aos condenados por crime hediondo ou equiparado, não temos dúvida em afirmar a inconstitucionalidade das alterações, diante da violação ao princípio da individualização da pena. Trata-se, aliás, do mesmo raciocínio já consolidado no Supremo Tribunal Federal⁵⁹, no que se refere, por exemplo, à vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em casos de condenação por tráfico de drogas.

2 Natureza jurídica do livramento condicional?

Se em relação ao *sursis* a própria legislação oferece dificuldades para o esclarecimento da principal (ou principais) característica(s) intrínseca(s) do instituto, já o livramento condicional não se abre a divergências quanto a esta questão.

Trata-se evidentemente de suspensão *da execução da pena* – e não de suspensão *da pena*, como ocorre no *sursis* –, dado que o condenado é posto em liberdade condicionada, deixando, portanto, de seguir no cumprimento da pena.

Por óbvio, as exigências do livramento condicional são menos onerosas que a pena privativa da liberdade, daí por que inegável o seu caráter benéfico. A ideia, bem se vê e não se deve duvidar, é de *mediação* na integração (ou reintegração) do condenado ao ambiente de seu convívio. Em outras palavras, o Estado reconhece a satisfação de determinados requisitos (aqueles, objetivos, e os outros, subjetivos) pelo condenado, e, por isso mesmo, dá preferência ao tratamento menos oneroso (a todos) do livramento condicional, evitando-se, assim, a permanência no regime carcerário.

3 Revogação

E como nem tudo são flores, e menos ainda na execução penal, há previsão legal de revogação do livramento, como não poderia deixar de ser, já que ele é *condicional*. Uma delas é *obrigatória*, a salvo de qualquer ponderação judiciária, e a outra é *facultativa*.

A primeira ocorrerá quando o liberado vier a ser condenado irrecorrivelmente à pena privativa da liberdade: (a) por crime cometido durante a vigência do benefício; e (b) por crime anterior a ele (benefício), observado, nesta última hipótese, o somatório de penas prevista no art. 84, CP.

⁵⁸ Nova redação trazida ao artigo 112, inciso VI, alínea a, e inciso VIII, da Lei de Execução Penal.

⁵⁹ É ver o HC 97.256/RS, relator o Min. Ayres Britto, julgado em 16.12.2010, Plenário, STF.

Como se percebe, há mais rigor em relação à prática do crime praticado *durante* a vigência do benefício. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de ser o livramento condicional uma verdadeira *suspensão da execução da pena*, acompanhada de monitoramento velado do condenado. E como dele se exige o cumprimento de determinadas condições, a prática de ilícito penal, à evidência, constitui motivo relevante para a revogação do livramento.

Já em relação ao crime praticado anteriormente ao benefício, o que deverá ser observado é a somatória de penas do art. 84, CP. Assim, a depender do tempo de pena da nova condenação, a proporcionalidade entre o resultado da soma e o tempo de pena *cumprido* é que justificará, ou não, a revogação.

De outro lado, a revogação será *facultativa*, quando o liberado (beneficiário do livramento): (a) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença; ou (b) for condenado irrecorivelmente por crime ou por contravenção, a pena que *não seja* privativa da liberdade. Se for privativa da liberdade a condenação, seria aplicado o art. 86, CP, excluídas, porém, as hipóteses de contravenção, na medida em que o referido dispositivo delas não cuida. Em síntese, no ponto: se a condenação superveniente for por contravenção, pouco importa a pena aplicada, se privativa de liberdade (ou de prisão simples) ou se restritiva de direitos: a revogação será sempre *facultativa*.

Pensamos que eventual e superveniente condenação à pena de multa não deve interferir no livramento condicional.

Por fim, tem-se que, uma vez revogado o livramento, por qualquer motivo, não poderá ele ser novamente concedido.

Nesse caso, não será descontado da pena o tempo em que o liberado esteve solto. A única ressalva nesse caso diz respeito à hipótese de revogação por condenação por crime anterior ao benefício, quando então se computará o referido tempo.

Não há como não deixar de criticar a distinção, explicada obviamente pelo maior rigor dado ao fato praticado na vigência do benefício. É que a solução legislativa ignora olímpicamente o fato de que o liberado estaria *cumprindo medidas restritivas de direito* impostas pelo Estado (as condições do livramento) no tempo anterior à prática do novo delito (na vigência do benefício).

Ou seja, o impedimento do desconto do tempo de livramento na pena aparece então como mera e exclusiva *retribuição*, impondo verdadeiro acréscimo de punição, por desconsiderar os encargos assumidos e cumpridos pelo condenado durante o prazo do livramento. A vedação do desconto será unicamente um *outro e novo* castigo pelo crime praticado posteriormente, que, a seu turno, já imporá a respectiva pena cominada. Violação manifesta à proibição do excesso, segundo nos parece, além do descompasso em relação a uma política criminal mais atualizada, redutora da imposição do cárcere.

Também não faz sentido a proibição de reconhecimento da extinção da pena efetivamente cumprida, baseada unicamente na pendência de processo penal instaurado contra o condenado por fato praticado na vigência do livramento condicional

(art. 89, CP). Verifica-se aqui inaceitável *transcendência da pena*, projetada para fato posterior. Medida excessiva e por isso mesmo inválida, segundo nos parece.

Finalmente, se até o término do prazo do livramento não for ele revogado, qualquer que seja o fundamento, haverá que ser considerada extinta a pena (art. 90, CP).

IX DA REABILITAÇÃO

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

Leitura mais que suficiente para a compreensão da matéria.

X ALTERAÇÕES DA LEI 13.964/2019 NA EXECUÇÃO PENAL

A Lei 13.964/2019 promoveu também mudanças na Execução Penal. A despeito de não cuidarmos da matéria nessa obra, não custa registrar as mudanças.

No que se refere ao *regime disciplinar diferenciado*, sua duração máxima passa a ser de até 2 (dois) anos – dobrou-se, enfim, o limite anterior –, sem prejuízo de renovação da sanção por nova falta grave de mesma espécie (art. 52, I). De outro lado, as visitas passam a ser quinzenais, e não mais semanais, e terão a duração de 2 (duas)

horas, além de serem gravadas “em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário”.

Quanto ao banho de sol, estipulou-se que o direito do condenado à saída da cela, para este fim, será limitado a 2 (duas) horas diárias, em grupos de até 4 (quatro) presos, *desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso*. Ainda a se destacar a obrigatoriedade do cumprimento do regime disciplinar diferenciado em estabelecimento prisional federal, se tiver “indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação”.

Por fim, o regime diferenciado poderá ser prorrogado, sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, sempre que houver indícios de que o preso “continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade”, ou de que mantenha os vínculos com a organização criminosa ou milícia privada, “considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário”.

Quanto às regras para a progressão de regime, outras e substanciais alterações. Na redação anterior, exigia-se, como regra, e além do bom comportamento carcerário, o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, ou, em se tratando de condenado por crime hediondo ou equiparado, dois quintos da pena, se primário o réu, e três quintos, sendo ele reincidente. Agora, mantido o requisito subjetivo (bom comportamento no cárcere), subdividiu-se a exigência de tempo de pena cumprido segundo certos e determinados critérios, a dizer, pelo menos em tese, com a gravidade do delito, o que, em princípio, nos parece atender melhor à necessidade de individualização da pena:

I – 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Tais medidas, certas ou erradas, podem ser assim qualificadas somente segundo o entendimento pessoal do cidadão e do intérprete, pois se cuida de alteração de política criminal à disposição do legislador. Assim, são válidas, segundo o Direito.

Por fim, consolidou-se em lei o entendimento já vigente na jurisprudência nacional, no sentido de que não se considera hediondo ou equiparado, para os fins de cálculo da progressão de regime, o crime de tráfico de drogas, quando incidente a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343 – o que se convencionou denominar *tráfico privilegiado*.

TÍTULO V

DA PERSECUÇÃO PENAL: A PUNIBILIDADE E SUA EXTINÇÃO

I AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA

À primeira vista, pode causar alguma perplexidade ao iniciante nos estudos do Direito Penal o tratamento da ação penal no corpo do Código Penal. Não estaria o tema melhor acomodado no Processo Penal?

Sim e não!

Em primeiro lugar – e seriam estes os motivos de ser *negativa a resposta* –, é de se observar que a escolha do modelo de persecução penal – se de ação pública, condicionada ou incondicionada, ou se de ação privada – tem várias consequências no que toca à punibilidade do fato.

Afinal, em geral, e no Brasil é assim, a ação penal de natureza privada tem como característica principal a *disponibilidade* de seu conteúdo. É dizer: cabe ao ofendido (ou representantes, quando for o caso) *decidir* pela persecução penal, o que tem graves consequências na punibilidade do crime.

Daí a importância de a própria legislação penal já definir, em linhas gerais, quais são os delitos cuja punibilidade está *à disposição* do ofendido, o que, nos moldes de nosso Código Penal, constará de sua Parte Especial, espaço em que se definem os crimes e respectivas sanções, segundo as regras gerais do art. 100, CP.

Não bastasse, e como a realçar a estreita relação entre o Direito Penal e o Processo Penal, a legislação penal, ao cuidar das hipóteses de extinção da punibilidade, tema de evidente natureza material, tem que levar em consideração alguns conceitos que, embora de aplicação específica no processo penal, dizem respeito à questão da própria punibilidade do crime, na medida em que afastam, por razões de política criminal, a punição do fato, diante de determinadas condições verificáveis no âmbito da persecução penal. É o caso, por exemplo, da renúncia, da decadência ou do perdão na ação penal privada.

Por outro lado – e já agora esclarecendo por que a resposta à indagação feita é também *positiva*, não vemos a menor necessidade ou mesmo pertinência de se tratar, neste âmbito (do Código Penal), da renúncia (art. 104, CP), e, ainda, das diversas modalidades do perdão (art. 106, CP). Tais *atos*, ainda que tenham por consequência a extinção da punibilidade, caso específico da renúncia ao direito de queixa e do perdão aceito, ambos na ação privada, recebem também minucioso tratamento na legislação processual penal. Veja-se que a *perempção*, que diz respeito à perda do direito de se *prosseguir* na ação já instaurada, é também causa de extinção da punibilidade do crime (art. 107, IV, CP), todavia, e corretamente, não foi objeto de maiores considerações no CP.

Talvez, porém, a crítica que ora se faz sequer deveria ter por alvo a legislação. Possivelmente, o erro maior está na doutrina penal, que parece se ver na obrigação de descer a detalhes na abordagem da ação penal (legitimidade ativa e demais condições da ação, pressupostos processuais etc.).

De nossa parte, nos limitaremos a apontar as diversas modalidades de intervenção penal de nosso direito sem investigar em minúcias as características das respectivas modalidades de persecução, deixando-as para o nosso *Curso de Processo Penal*.¹

Mas, ainda que breves, algumas considerações hão de ser feitas sobre os referidos temas. Assim, se a ação penal diz respeito ao processo de natureza *condenatória*, isto é, dirigido, como regra, à imposição das sanções penais cominadas no tipo penal imputado ao acusado, a transação penal, por sua vez, cabível para as infrações denominadas de *menor potencial ofensivo*, nos termos da Constituição Federal (art. 98, I) e Lei 9.099/95 (art. 61), tem lugar no que se pode designar por *processo conciliatório*, orientado, “sempre que possível, para a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa da liberdade” (art. 62, Lei 9.099/95 – grifamos).

Nos termos do art. 76 da citada legislação (Lei 9.099/95), em se tratando de ação penal pública incondicionada ou condicionada, desde que já apresentada a representação, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser(em) especificada(s) na proposta. A *transação penal*, portanto, seria um *acordo* firmado entre a acusação e a defesa, com a concordância do imputado e devidamente supervisionado pelo juiz.

Importante assinalar que toda forma de justiça *negociada* é sempre problemática no que concerne à execução do modelo. Não serão poucas as vezes em que o acusado, por variadas razões (má orientação, má informação etc.), se verá compelido ou *constrangido* a aceitar a proposta de transação, pelo receio de sofrer consequências piores. Eis uma constatação irrespondível.

Note-se que a proposta de transação somente poderá ser feita *se – e somente se – não for o caso de arquivamento* (art. 76, Lei 9.099/95), ou seja, apenas quando o

¹ Ver, também, nossos *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência* 6. ed. em parceria com Douglas FISCHER. São Paulo: Atlas, 2014.