

LUIZ REGIS PRADO

TRATADO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO

VOLUME 3 • Parte Geral

Consequências Jurídicas do Delito

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

IV. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

- BIALLOCKAIA, AMARAL, Beatriz Helena Ramos. Penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade. Destinação social e aspectos constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 686, 1992. BIRENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999. Idem, Limitação de fim de semana: uma alternativa inviável no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 693, 1993. Idem. *Novas penas alternativas: uma análise pragmática*. RBCC. São Paulo: RT, v. 28, 1999. CATTANEO, Mario. *Penas, Direito e dignità umana*. Torino: Giappichelli, 1990. CEREZO MIR, José. Considerações político-criminais sobre o novo Código Penal de 1995. Trad. Luiz Regis Prado. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá: Imprensa Universitária, n. 1, 1997. CHOUK, Fauzi Hassan. Penas alternativas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 777, 2000. DOTI, René Ariel. O novo sistema de penas. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. Idem. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: RT, 1999. FEIJERO, Rogério. Prestação de serviços à comunidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 7, 1994. FERREIRA, Gilberto. A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 647, 1989. FRACOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da pena privativa da liberdade. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 29, 1980. FRANCOLINO NETO. *Penas restritivas de direitos na Reforma Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 1999. GARCIA MARTÍN, Luis et alii. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. JESUS, Damasio E. de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999. LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. RBCC. São Paulo: v. 53, 2005. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. RBCC. São Paulo: RT, v. 29, 2000. MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. PEREZ, Augusto Martinez. Individualização executiva da pena e o confinamento de fim de semana. *Revista Justiça*. São Paulo: Procuradoria Geral da Justiça/Associação Paulista do Ministério Público n. 118, 1982. PÉRES, Artosvaldo de Campos; SALLES, Sheila Jorge Seim. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. POZUELO PEREZ, Laura. *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*. Madrid: Colex, 1998. RAVAL JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2002. RAVAL JR., Miguel et alii. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. SAINZ CANTERO, José. La sustitución de la privación de libertad. *Estudios penales II, reforma penitenciaria*. Santiago de Compostela: Universidad de

Santiago de Compostela, 1978. SANTOS, Juares Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: Juruá, 2005. SERRANO BURRACUENO, Ignacio, Las Penas en el nuevo Código Penal. Granada: Colmares, 1996. SHEKARA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1999. SILVA, Carlos Alberto Fanchioni. O futuro da pena de prestação de serviços à comunidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 738, 1997. SOUZA, Moacyr Benedito de. A participação da comunidade no tratamento do delinqüente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 583, 1994. TOLEDO, Francisco de Assis. Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva. In: DOTTI, René Ariel et alii. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas* – Lei 9.714, de 25.11.1988. São Paulo: RT, 1999.

Considerações gerais

As penas restritivas aparecem como sanções com aptidão para reduzir a utilidade da pena privativa de liberdade, em razão de seus deletérios efeitos.

Em relação às penas restritivas, há preferência, em geral, é pelo critério proporcionalista, ainda que a ideia de auxílio do critério individualizado deve ser também considerado. O primeiro critério prevê sanções diferentes da prisão, aplicadas de modo proporcional para as infrações de gravidade intermediária ou baixa.

O gasalho de uma postura que visa a afastar sempre que possível – sem comprometer a real proteção de bens jurídicos – a pena privativa de liberdade está em sintonia com o texto constitucional, que privilegia a liberdade e os direitos fundamentais.

De plano, cabe assinalar que as penas restritivas de direitos insculpidas no Título V, Capítulo I, Seção II, da Parte Geral do Código Penal não se confundem com as antigas penas acessórias, consagradas na legislação anterior.

O Código Penal de 1940 estabelecia como penas acessórias a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação da sentença (art. 67), admitindo a aplicação cumulativa com a pena restritiva de liberdade – principal – imposta (art. 70).¹

Assim, as penas restritivas de direitos previstas no estatuto atual são autônomas – e não acessórias –, sendo, de consequente, inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade. São, de fato, substitutivas destas últimas, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do *quantum* correspondente à privação da liberdade, para ao depois proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos, quando isso for possível.²

1. O Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, por sua vez, elencava como penas acessórias a perda de função pública ainda que eletiva; a inabilitação para o exercício de função pública; a inabilitação para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; a suspensão dos direitos políticos e a publicação da sentença (art. 83).

2. Não obstante, o artigo 78 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que, “além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos artigos 44 a 47, do Código Penal: I – a interdição temporária de direitos; II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III – a prestação de serviços à comunidade”. Ironicamente, o legislador, embora faça menção ao previsto no

O atual direito positivo, ao contrário do precedente, não consigna como penas restritivas de direitos a publicação da sentença ou a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, sendo esta última efeito da condenação (art. 92, I, CP).

Atualmente, guindou a interdição temporária de direitos à categoria de pena principal. Com efeito, essa modalidade de pena restritiva de direitos era, na vigência do Código Penal de 1940 – redação original –, arrolada como pena acessória³ (art. 67, II), compreendendo a incapacidade temporária para investidura em função pública; a incapacidade, permanentemente ou temporária, para o exercício da autoridade marítima ou do pátrio poder; a incapacidade, permanentemente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela; a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; além da suspensão dos direitos políticos (art. 69).

Sustenta parte da doutrina que “só a pena de interdição temporária de direitos tem, na realidade, o caráter de restringir direitos, posto que não atinge direta e imediatamente o direito de liberdade, mas, sim, a ‘posição’ que o agente desfruta na comunidade”, enquanto as demais – em particular a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a limitação de fim de semana – “não passam de substitutivos penais que visam a obstar os efeitos deletérios das penas privativas de liberdade, de curta duração”, não obstante possuírem idêntica natureza jurídica. Em sentido contrário, argumenta-se que “o dever de trabalhar para o Estado, ou em entidades por ele credenciadas, é obviamente uma diminuição, um encurtamento no direito do condenado e, portanto, uma restrição de direitos em sentido estrito”⁴.

De acordo com o item 29 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, objetivou-se, com a previsão das penas restritivas de direitos, o alcance de um duplice propósito, consistente em “aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo”.

A adoção das penas restritivas, a princípio, foi feita de modo cauteloso, abrangendo tão somente as penas privativas de liberdade inferiores a um ano e os delitos

culpados. Com o advento da Lei 9.714/1998, que conferiu nova redação aos artigos 43 a 47 e 55 do Código Penal, houve a criação de novas modalidades de penas restritivas de direitos – prestação pecuniária e perda de bens e valores (art. 43, I e II) – assim como o aumento significativo do seu campo de atuação, estendendo-se agora não só aos delitos culpados, qualquer que seja a pena aplicada, mas também às penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I, CP).

Houve manifesto exagero do legislador ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sobretudo por fazer referência à pena aplicada – e, portanto, à pena concreta –, e não à pena cominada, em excessivo realce das exigências de prevenção especial.⁵

Recentemente, em mais uma atuação oportunista, o legislador brasileiro, em lei não penal (criadora da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares), estabeleceu outra modalidade de interdição temporária de direitos com adição do inciso V ao catálogo legal do artigo 47 do Código Penal – “proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos” (art. 18 da Lei 12.550/2011).

A denominação “*penas restritivas de direito*”, a rigor, acambara tão somente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP), e as interdições temporárias de direitos (art. 47, I, II e III, CP). As demais sanções arroladas nos artigos 43 e 47 constituem, em realidade, penas restritivas de liberdade – limitação de fim de semana (art. 43, VI, CP) e proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, CP) –, e penas patrimoniais – prestação pecuniária e perda de bens e valores (art. 43, I e II, CP).

Observe-se que a pena substitutiva não se confunde com a pena alternativa. Esta última, na realidade, é espécie de pena originária que pode ser aplicada desde o início e de forma direta. Na pena substitutiva, deve o julgador aplicar necessariamente a pena originária correspondente, no caso, a privativa de liberdade, para, em seguida, substituí-la.

As penas restritivas de direitos dividem-se em:

1. Código Penal, deixa de observá-lo no tocante à vedação de cumulação entre a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos (art. 44). Vide, a respeito, a crítica feita por SHECARRA, S. S. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*, p. 64-65.
2. Entendendo erroneamente que a interdição temporária de direitos ainda pode funcionar como pena acessória, SANTOS, J. C. dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*, p. 98.
3. FRANCO, A. S. et alii. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, I, 1, p. 794-795. Nesse sentido, também, COSTA JR., P. J. da. *Comentários ao Código Penal*, p. 177; BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal*, p. 468; FERREIRA, G. A. *Prestação de serviços à comunidade como pena alternativa*, RT, p. 257.
4. SHECARRA, S. S., op. cit., p. 46.

5. A propósito, ao comentar o artigo 88, I, parágrafo segundo, do Código Penal espanhol de 1995 que prevê a possibilidade de substituição das penas de prisão de até dois anos de duração pelas de detenção de fim de semana ou multa, para delinquentes não habituais, quando das circunstâncias do fato e do agente se inferir que o cumprimento daquelas frustraria os fins de prevenção e reinserção social – adverte Cerezo Mir que “a pena de prisão de seis meses a dois anos é uma pena leve, com a qual são sancionados delitos (menos graves), e não contravenções; e que o artigo 88 não faz referência às penas de prisão abstratas, cominadas na lei para as diversas figuras delitivas, mas às penas aplicadas, portanto, às penas concretas abrangendo o mencionado preceito os delitos graves” (Considerações político-criminais sobre o novo Código Penal de 1995, RCI, p. 7).

a) *genéricas*: admitem a aplicação substitutiva em qualquer infração Penal, sem exigência específica.

Exemplos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana.

b) *específicas*: sua aplicação está limitada a determinados delitos perpetrados no exercício de certas atividades, mediante violação do dever a elas inerentes, ou a delitos culposos.⁷

Exemplo: interdição temporária de direitos.

No contexto das penas substitutivas ou alternativas, convém, antes de tudo, precisar o conceito de pena e sua distinção da responsabilidade civil (reparação ou indenização).

A pena, principal consequência jurídica do delito, tem por fundamento a culpabilidade do agente e se dirige a fins preventivos gerais e especiais, e à reafirmação do ordenamento jurídico. Assim, em sede material, a elevação pelo legislador de uma consequência jurídica adstrita ao delito à categoria de pena deve observar necessariamente determinadas condicionantes. Para tanto, é imprescindível que tal consequência esteja apta a cumprir o desiderato da pena e seja considerada legítima à luz dos princípios penais de garantia e da própria noção de Estado democrático de Direito.⁸

Nessa linha de pensar, não é o bastante gravar formalmente como pena qualquer consequência jurídica do delito, faz-se mister que seja uma consequência especificamente penal.

A responsabilidade civil derivada do delito, que tem por fundamento o dano causado à vítima e não o delito em si, não é uma consequência jurídico-penal. O montante da reparação deve ser determinado pela magnitude do prejuízo, assim como a gravidade da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Enquanto aquela se orienta à proteção de interesses privados, essa busca tutelar interesse público. A pena não se presta ao ressarcimento do dano, para isso há a responsabilidade civil, por meio da qual o autor do delito deverá reparar o dano econômico provocado ou indenizar os prejuízos mediante o pagamento de certa quantidade.⁹

Na atualidade, é crescente a utilização da reparação civil com fins penais, que aparece sobretudo ligada à ideia de substitutivo.

7. DELMANTO, C. *Código Penal comentado*, p. 70.

8. Bem por isso que Maurach, ao conceitar Direito Penal, assinalou estar ele formado "pelo conjunto de normas jurídicas que associam os efeitos exclusivos de Direito Penal a um determinado comportamento humano" (*Tratado de Derecho Penal*, a um determinado

9. Cf. MIR PUIG, S. *Derecho Penal*, p. 12.

A respeito do tema, propõe-se, em primeiro lugar, que seja ela uma *pena*; em segundo lugar, que tenha uma nova finalidade independente da pena e, finalmente, seu uso como consequência jurídica do delito, na modalidade de substitutivo da pena (terceira via).¹⁰

Todavia, em nenhuma dessas hipóteses pode ser a reparação civil – mecanismo compensatório autor/vítima – absorvida pelo sistema penal enquanto *pena*. Isso porque, além de ter fundamento diverso, não satisfaz plenamente as suas finalidades. Assim, por exemplo, do ponto de vista da reafirmação do ordenamento jurídico e da prevenção geral, a pena se revelaria inapropriada quando a gravidade do injusto/culpabilidade fosse superior às necessidades de reparação. Esta última também seria inadequada no caso de aumento do *quantum* da reparação, com o intuito de adequá-la à medida do injusto/culpabilidade do agente, visto que se estaria utilizando injustificadamente a lei penal como instrumento em favor da vítima.¹¹

Ademais, convém lembrar que o agente, de todo modo, já é obrigado a reparar o dano em sede civil (arts. 186 c/c 927, CC).

A pena-reparatória, por assim dizer, carece de todo efeito punitivo no sentido da prevenção geral intimidatória, contribuindo para uma distinção axiológica entre o penal e o civil.

Na verdade, o que se pretende com essa orientação é despenalizar.

Conforme o expendido, o substitutivo penal deve ter a natureza jurídica de autêntica *pena*. Ora, a reparação civil não aparece como instrumento hábil ao cumprimento das finalidades inerentes àquela e, portanto, não deve ser erigida à categoria de pena substitutiva ou alternativa.

Por outro lado, isso não quer dizer que não se deva permitir a substituição de penas pela reparação civil, no bojo do processo penal. Todavia, como bem se advertete,¹² a utilização político-criminal da responsabilidade civil, que resulta conveniente, não deve obscurecer a *natureza conceitual* dessa espécie de responsabilidade.¹³ Nada mais é que responsabilidade de cunho civil.

Em suma, fica, portanto, assente que "as prescrições reguladoras da responsabilidade civil não poderão ser consideradas parte do Direito Penal", o que não

10. Cf. GRACIA MARTÍN, L. *et alii*. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, p. 41.

11. Cf. GRACIA MARTÍN, L. *et alii*, op. cit., p. 43-44. Nesse sentido, calha dizer que a exigência de substituição da reação emotiva dos particulares, bem como a necessidade de evitar a vingança privada, impedindo a espiral ofensa-vingança, sem limite e sem fim, pelo poder público racional e imparcial, vem a ser um princípio de civilidade e de garantia dos direitos individuais (CARTANEO, M. *Pena, Diritto e dignità umana*, p. 26).

12. MIR PUIG, S., op. cit., p. 13.

obsta o agasalho da responsabilidade civil como "uma arma civil a ser utilizada no tratamento do delito".¹³

De consequência, a prestação pecuniária (art. 43, I, CP), a multa reparatória¹⁴ (art. 297, CTB) e a perda de bens e valores (art. 43, II, CP) não têm natureza jurídica de pena. Trata-se de meras hipóteses de reparação/indenização civil, impropriamente previstas como pena.

A Lei 9.714/1998, mais benéfica, retroage alcançando as hipóteses em que não houve a concessão da substituição em virtude do *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada ou da reincidência em crime doloso.

As penas alternativas no Direito comparado estão presentes, por exemplo, no Código Penal alemão, que estabelece, como pena acessória (art. 44, 3, CP alemão), a proibição de conduzir veículo, e como consequências acessórias (art. 45, CP alemão), a perda da condição de funcionário e a perda dos direitos políticos.

Também, o Código Penal italiano prevê como penas acessórias (art. 19, CP) a proibição do exercício de cargos públicos (perpétua ou temporária); a proibição do exercício de uma profissão ou arte; a proibição legal, que afeta o exercício do pátrio poder ou mesmo a disponibilidade para administrar os próprios bens; a interdição temporária do exercício de cargos de direção de pessoas jurídicas e de empresas; a incapacidade de contratar com a Administração Pública; a privação do pátrio poder e a suspensão de seu exercício; a suspensão do exercício de uma profissão ou arte e a suspensão do exercício de cargos de direção de pessoas jurídicas ou de empresas.

Encontram-se insculpidas no Código Penal português (arts. 66 a 69) como penas acessórias a proibição do exercício de função, a suspensão do exercício de função e a proibição de conduzir veículos motorizados.

De seu turno, o Código Penal francês prevê *penas alternativas e penas complementares*. As primeiras, constantes da Parte Geral do Código Penal, podem ser impostas no lugar de outra pena (como principais, e não como substitutivas). Em matéria correccional existem duas espécies de penas alternativas: aquelas que po-

dem ser aplicadas quando o preceito prevê a prisão e/ou a multa (arts. 131-6 e 7, CP francês) como a suspensão da habilitação para dirigir veículo durante cinco anos ou o confisco) e o trabalho de interesse geral, que pode ser aplicado quando cominada pena de prisão (art. 131-8). As penas denominadas complementares, previstas para algumas infrações penais, estão elencadas nos artigos 131-10, 16 e 17 (pessoas físicas) e compreendem entre outras, interdição, perda, incapacidade ou restrição de um direito, imobilização ou confisco de objeto, fechamento de estabelecimento, fixação ou difusão de decisão judicial, seja pela imprensa escrita, seja por outros meios de comunicação audiovisual.

No Código Penal espanhol constam como *penas privativas de direitos* (art. 39), a interdição absoluta (arts. 40 e 41, CP); a interdição especial para exercício de emprego ou cargo público (art. 42), profissão, ofício, indústria ou comércio (art. 45), ou dos direitos de pátrio poder, tutela, guarda ou curatela (art. 46), do direito de sufrágio passivo (art. 44), ou de qualquer outro direito; a suspensão do exercício de emprego ou cargo público (art. 43); a privação do direito de conduzir veículo automotor ou ciclomotor (art. 47); a privação do direito de possuir e portar armas (art. 47, 2.ª parte); a privação do direito de residir em determinados lugares ou a eles se dirigir (art. 48) e os trabalhos em benefício da comunidade (art. 49). As penas privativas de direitos podem ser principais ou acessórias (arts. 54-57), conforme cominadas na Parte Especial ou aplicadas de modo cumulativo com outra pena (principal), que condiciona sua duração.

1. Espécies de penas restritivas de direitos

Em nosso país, após o advento da Lei 7.209/1984, responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, acolheu-se o sistema de penas alternativas ou substitutivas. Tais penas têm caráter geral, posto que podem substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada na parte especial, independentemente do título em que esteja inserido o delito em questão, desde que presentes os requisitos autorizantes.

A imposição dessas penas tem por escopo contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinquentes ocasionais.

Desse modo, as penas restritivas de direitos – *substitutivas por excelência* – encontram-se expressamente previstas no artigo 43 do Código Penal¹⁵ e abrangem as seguintes espécies:

15. A Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) prevê em seu artigo 8.º as seguintes penas restritivas de direito para a pessoa física: prestação de serviços à comunidade (inc. I), interdição

13. Idem, p. 14.

14. A multa reparatória, prevista no artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), consiste no "pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.º do artigo 49 do Código Penal sempre que houver prejuízo material resultante do crime". Acresce o § 3.º do citado dispositivo que "na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado". A respeito para apurar que "como estruturado o nosso sistema, o processo penal não é a sede adequada para apurar a reparação do dano, e o Código de Trânsito Brasileiro não se preocupou em estabelecer critérios para a quantificação da multa reparatória, o que pode trazer sérias consequências para as garantias do acusado, tendo em vista os princípios constitucionais que informam o processo penal" (Pires, A. C. de; Salles, S. J. S. de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*, p. 113).

1.1. Prestação pecuniária

A prestação pecuniária, insculpida no artigo 43, I, do Código Penal, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. A prestação pecuniária, a bem da verdade, não passa de uma forma de reparação civil travestida de sanção criminal, a fim de facilitar seu cumprimento, visto que o próprio legislador acrescenta que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários” (art. 45, § 1.º). Ressalva o parágrafo 2.º do citado dispositivo que se houver aceitação do beneficiário a prestação pecuniária pode consistir em *prestação de outra natureza* (v.g. entrega de gêneros alimentícios, de peças de vestuário etc.).

A denominada prestação pecuniária *inominada* é exemplo de inconteste violação ao princípio da legalidade dos delitos e das penas. A indeterminação dessa pena contrasta com as exigências mais elementares de certeza e segurança jurídica, sendo sua constitucionalidade, no mínimo, questionável.

Em princípio, tendo em vista o estabelecido no Código Penal, que considera a prestação pecuniária como espécie de pena restritiva de direitos (art. 43, I, CP), nada impede sua substituição (conversão) por pena privativa de liberdade (art. 44 e 45, CP).

1.2. Perda de bens e valores

Prevista no artigo 43, II, do Código Penal, a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime (art. 45, § 3.º).

Caso seja interpretado o dispositivo *supra* em sentido extensivo, isto é, como abrangendo também os bens licitamente obtidos pelo agente, não passará de pena de confisco geral e, portanto, eivada de inconstitucionalidade,¹⁶ visto que transgredir o princípio da personalidade e da individualização da pena.

A própria Constituição Federal estabelece que a decretação do perdimento de bens pode ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5.º, XIV, CF).

Essa excepcional e absurda possibilidade de transmissão da perda de bens e valores aos sucessores do condenado colide frontalmente com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, visto que passaria da pessoa do condenado, e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além disso, a morte do agente é causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP).

De outro lado, se entendido de forma restritiva, vale dizer, como atingindo tão somente os bens e valores ilícitamente auferidos pelo agente, poderá ter consequência jurídica, guardadas as devidas distinções, assemelhada à pena de confisco especial ou individual,¹⁷ consistente na perda legal da propriedade pelo condenado em favor do Estado. Contudo, nessa hipótese, haveria concurso de leis com o artigo 91, II, do CP, que prevê, acertadamente, como efeito genérico, de natureza civil, a perda, em favor da União, dos instrumentos e do produto do crime, ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Isso em razão de ter sido a perda de bens e valores – simples indenização – incorretamente formulada como pena, que, aliás, já se encontra prevista como efeito da condenação, conforme a melhor técnica jurídica.

Circunscreve-se aos *producta sceleris* (bens ou valores adquiridos com a prática do crime) e, em princípio, opera, após o trânsito em julgado da sentença, *ipso iure*, isto é, sem necessidade de processo executório. Tem como escopo impedir que o réu obtenha benefícios da prática da infração penal. Assim, “a pena de perda de bens e valores é aplicável exclusivamente nas hipóteses em que o crime produza um prejuízo economicamente demonstrável ou quando o agente ou terceiro tenham auferido um proveito de igual natureza com a prática da infração.”¹⁸

1.3. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

Nos termos do artigo 46, parágrafos 1.º e 2.º, do Código Penal, “a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado”, devendo ser cumprida “em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”.

temporária de direitos (inc. II), suspensão parcial ou total de atividades (inc. III), prestação pecuniária (inc. IV) e recolhimento domiciliar (inc. V). De outro lado, o artigo 22 consigna as penas

restritivas de direito da pessoa jurídica, a saber: a suspensão parcial ou total de atividades (inc. I), a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (inc. II) e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (inc. III).

16. Nesse sentido, BRENCCOURT, C. R. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*, p. 119; REALE JR., M. *Instituições de Direito Penal*, 2.ª p. 60.

17. Essa espécie de pena vem prevista no novo Código Penal francês, ordinariamente, como pena complementar (art. 131-21), e, eventualmente, como pena principal (art. 131-6).

18. DORTI, R. A. *Curso de Direito Penal*, P.G., p. 461-462.

O trabalho desenvolvido pelo réu – ou melhor, as tarefas que lhe são atribuídas –, não é remunerado (art. 30, LEP), posto que inexistiria qualquer vínculo empregatício entre aquele e o Estado. A prestação de serviços à comunidade não implica, porém, em trabalho forçado, dado que a gratuidade, *in casu*, “constitui ônus para o condenado, assumindo aí o seu caráter retributivo ou expiatório, sem o qual a prestação de serviços à comunidade não seria uma pena propriamente dita”. Demais disso, enquanto a pena de prestação de serviços “é aplicada por tempo limitado, considerando a proporcionalidade entre a pena e o delito, bem como a aptidão do condenado, de sorte que o serviço a ser prestado como pena não se afasta da atividade exercida habitualmente, e também não prejudica seu exercício”, as penas de trabalhos forçados “caracterizam-se, em geral, por serem perpétuas, submetendo os condenados a atividades penosas”.¹⁹

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, de forma que, imposta pena igual ou inferior àquela limite, a substituição é admitida, em tese, somente pelas demais espécies (art. 43, I, II, V e VI, CP).

O escopo primeiro de tal pena é a reinserção social do condenado, sem que este sofra os dissabores que o cumprimento de eventual pena privativa de liberdade poderia lhe trazer.²⁰

Challa salientar, por oportuno, que as tarefas serão atribuídas ao condenado conforme suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (arts. 46, § 3.º, CP, 149, I, LEP).

A aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas não está condicionada à aceitação do condenado. No Código Penal português, a seu turno, a anuência expressa do réu é requisito à imposição da sanção em tela (art. 60, n. 4). De semelhante, o Código Penal espanhol determina como condição à imposição da pena de trabalho em benefício da comunidade o consentimento do condenado (art. 49).

19. FERRERO, R. Prestação de serviços à comunidade. *RBCrim*, p. 145, 150.

20. Cf. POZUELO PÉREZ, L. *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, p. 80-81. Apesar da pena de prestação de serviços à comunidade busca-se “estabelecer uma verdadeira reciprocidade entre as atividades do condenado e a ação da comunidade, porquanto, sem esta, sem a sua colaboração, não é possível entender-se aquela modalidade de pena” (SOUZA, M. B. de A. PARTICIPACÃO NETO, *Penas restritivas de direitos na Reforma Penal*, p. 9 e ss.; FERREIRA, G. op. cit., p. 258-259; SILVA, C. A. F. O futuro da pena de prestação de serviços à comunidade. *RT*, 738, 1997, p. 496 e ss.; AMARAL, B. H. R. Penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade. Destinação social e aspectos constitucionais. *RT*, p. 281 e ss.

Na Espanha, a doutrina assinala que os trabalhos em benefício da comunidade não configuram pena, e tampouco implicam em privação de direitos, mas representam um substitutivo penal em relação à pena de arresto de fim de semana (art. 88.2) ou uma forma de extinção da responsabilidade pessoal subsidiária pelo não pagamento da pena de multa (art. 53.1, § 2.º).²¹

A redação anterior do parágrafo único do artigo 46 do Código Penal admitia o cumprimento semanal parcelado, estipulando o juiz os horários e dias em que seria efetuada a prestação de serviços, sem prejuízo ao normal desenvolvimento das atividades laborais rotineiras do condenado. Isso significa que não se exigia o cumprimento integral do número de horas em um único dia, nem tampouco que a referida prestação de serviços fosse feita todos os dias da semana, mas apenas que fosse rigorosamente observado o tempo total exigido por semana (oitó horas).

Todavia, diante da nova redação dada ao dispositivo, infere-se que a prestação deverá ser efetuada diariamente, por uma hora, durante todo o período de duração da pena substituída – se superior a seis meses e igual ou inferior a um ano – ou em menor tempo – se superior a um ano –, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, § 4.º).²²

De conseguinte, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, quando superior a um ano, poderá ser cumprida em menor tempo, desde que não inferior à metade da pena privativa de liberdade aplicada. A pena superior a seis meses e não superior a um ano, porém, deverá ser integralmente cumprida. A vedação do cumprimento antecipado às penas iguais ou inferiores a um ano é insustentável. Assim, se dois indivíduos, coautores de determinado delito, são condenados um a pena de prisão de um ano e o outro, a uma pena privativa de um ano e um dia substituída por prestação de serviços à comunidade, segundo o disposto no artigo 46, § 4.º, apenas este último poderia cumprir-a em menor tempo. Não obstante, é de todo conveniente estender essa possibilidade também ao primeiro, posto que nada justifica sua exclusão.²³

A aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é incumbência do juiz do processo, cabendo, porém, ao juiz da execução (art. 149, LEP):

21. Vide SERRANO BURRAGUENO, I. *Las penas en el nuevo Código Penal*, p. 51; POZUELO PÉREZ, L., op. cit., p. 82.

22. A respeito, cabe questionar: resulta o disposto no artigo 46, §§ 3.º e 4.º, do CP compatível com a exigência constante no artigo 149, § 1.º, da LEP?

23. Cf. BIRENCOURN, C. R., op. cit., p. 141; JESUS, D. E. de. *Penas alternativas*, p. 158; GOMES, L. F. *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 144; 152-153, entre outros.

a) designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convenionado, onde o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;

b) determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

c) alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

O início da execução ocorrerá a partir da data do primeiro comparecimento (art. 149, § 2.º, LEP).

O patronato público ou particular – órgão da execução penal (art. 61, VI, LEP) – deverá, nos termos no artigo 79, I e II, da LEP, orientar os condenados a pena restritiva de direitos, bem como fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP) e de limitação de fim de semana.

Por fim, cabe destacar ainda que a entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar (art. 150, LEP).

1.4. *Interdição temporária de direitos*

As penas de interdição temporária de direitos abrangem (art. 47, CP):

a) a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

b) a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

c) a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

d) proibição de frequentar determinados lugares;

e) proibição de inscrever-se em concurso público, avaliação ou exame públicos.

Verifica-se que o legislador conferiu autonomia às antigas penas acessórias de interdições de direitos, anteriormente consignadas no Código Penal de 1940. Tais interdições, além de apresentarem um caráter evidentemente preventivo, afetam sobremaneira os interesses econômico-sociais do réu, sem, contudo, dar causa aos inconvenientes que acompanham uma pena privativa de liberdade de curta duração.

Tem-se que a primeira interdição consiste na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. Por *cargo público* entende-se o lugar instituído na organização do serviço público, com denomina-

ção própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente; *função pública*, a seu turno, “é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.²⁴ Outro dizer: “*Cargos* são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas”.²⁵

O cargo público não se confunde com emprego público: “empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”.²⁶ De seu turno, a *atividade pública* é toda aquela, remunerada ou não, desenvolvida em benefício do Estado e sujeita a nomeação, escolha ou designação pelo Poder Público (ex. emprego público); o mandato eletivo, por fim, é aquele exercido pelos membros do Poder Legislativo (senadores, deputados, vereadores) e Executivo (presidente da República, governadores, prefeitos), durante determinado lapso temporal previamente fixado.

A interdição em tela engloba somente aqueles que exercem cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo em dessintonia com os deveres que lhes são inerentes, não podendo ser aplicada aos que não o fazem, de maneira a obstar, por tanto, eventual ingresso no quadro de servidores públicos ou candidatura a mandato eletivo federal, estadual ou municipal (art. 56, CP).

Essa pena restritiva de direitos tem sua aplicação particularmente indicada nas hipóteses de violação de dever funcional relativo ao regular desempenho de cargo, função ou atividade pública (dever de lealdade, obediência, conduta ética etc.) ou mandato eletivo. Assim, os condenados por crimes contra a administração pública (Parte Especial – Título XI – peculato culposo (art. 312, § 2.º), emprego público (Parte Especial – Título XI) – prevaricação (art. 319), abandono de condenação criminalosa (art. 320), advocacia administrativa (art. 321), abandono de função (art. 323), exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324), por exemplo – poderão ter a pena privativa de liberdade imposta, desde que não superior a quatro anos, substituída pela interdição temporária de direitos.

24. MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 348. Cargo público “é a incumbência que o Estado atribui a uma pessoa física, que é o agente público” (CERRELLA JUNIOR, J. *Dicionário de Direito Administrativo*, p. 97).

25. BANDAIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, p. 259.

26. Idem, p. 260.

Faz-se mister não confundir a interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo, com sua perda. Esta é efeito da condenação (art. 92, I, CP), que advém quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

Cabe ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena de interdição temporária de direitos aplicada, determinada a intimação do condenado (art. 154, *caput*, LEP). Quando da interdição prevista no artigo 47, I, do CP, a autoridade deverá, em vinte e quatro horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato a partir do qual a execução terá seu início (art. 154, § 1.º, LEP).

O inciso II do artigo 47 do Código Penal trata da proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. Tal ocorre quando a profissão (trabalho especializado e remunerado de natureza intelectual), atividade (ocupação remunerada ou não) ou ofício (trabalho não especializado e remunerado, geralmente remunerado ou não) para o seu regular exercício o preenchimento de certos requisitos inafastáveis (ex. curso superior ou técnico, licença, registro etc.), dado que devem ser rigorosamente fiscalizados e controlados pelo poder público (ex. exercício da advocacia, medicina, odontologia, engenharia, venda de imóveis etc.).

Observa-se que a pena de interdição temporária de direitos na modalidade consignada no artigo 47, II, do Código Penal, aplica-se não só àqueles que infringirem deveres próprios de profissão, atividade ou ofício sujeito a habilitação, licença ou autorização do poder público, mas predominantemente aos autores de delitos próprios, tais como o de maus-tratos (art. 136, *caput*, CP), violação de segredo profissional (art. 154, CP), omissão de notificação de doença (art. 269, CP), falsidade de atestado médico (art. 302, CP), patrocínio infiel (art. 355, CP), dentre outros.

Cumprido o prazo, ainda, que não afasta a aplicação da medida em exame a aplicação de sanções de natureza extrapenal, tais como a suspensão de exercício profissional infligida por Conselho Regional de Medicina ou pela Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo.

A terceira interdição prevista no artigo 47 do Código Penal consiste na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (inc. III), em se tratando de crime culposo de trânsito (art. 57, CP).²⁷ Essa pena restritiva de direito

27. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997) dispõe que “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades” (art. 292). A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo auto-

distingue-se da inabilitação para dirigir veículo, quando utilizada como meio para a prática de crime doloso, que é efeito da condenação (art. 92, II, CP).

Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da pena restritiva de direitos em questão quando aplicada a motorista profissional, que faz da direção de veículo automotor meio de auferir recursos básicos de sobrevivência própria ou de seus familiares. Não convencem os argumentos expendidos na defesa de semelhante tese, posto que também a pena privativa de liberdade obsta o normal desenvolvimento das atividades laborais do condenado.

Por óbvio, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo não poderá substituir a pena privativa de liberdade no caso de o agente não possuir autorização ou habilitação quando da prática delituosa, ou mesmo na hipótese de a obtenção ocorrer até a prolação da sentença.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), ao cominar a pena de suspensão da habilitação cumulativamente à pena de prisão, exclui a possibilidade de substituição desta última pela sanção restritiva de direitos prevista no artigo 47, III, do CP. Ou seja, este último dispositivo foi tacitamente derogado pela Lei 9.503/1997, que nos dois delitos culposos de trânsito – homicídio (art. 302) e lesão corporal (art. 303) – consagram a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor como pena principal. Todavia, no que concerne à perda da “autorização” para dirigir veículo, permanece em vigor a sanção substitutiva constante do artigo 47, III, do Código Penal.

Tanto na hipótese de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, CP), como na de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III, CP), o juiz da execução determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito interdito (art. 154, § 2.º, LEP).

A autoridade administrativa competente, ou qualquer prejudicado, deverá comunicar imediatamente ao juiz da execução o descumprimento da pena imposta, nos precisos termos do artigo 155 da LEP.

O inciso IV do artigo 47 do Código Penal, acrescido pela Lei 9.714/1998, erige à categoria de pena restritiva a proibição de frequentar determinados lugares.

motor, tem duração de dois meses a cinco anos (art. 293, *caput*) e, sendo o réu reincidente na prática de crime previsto no citado diploma, poderá o juiz aplicar a referida sanção sem a prática de crime previsto no art. 296). Preceitos do artigo 294 que “em qualquer fase da juízo das demais que forem cabíveis (art. 296). Preceitos do artigo 294 que “em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção”.

Diante da imprecisão do dispositivo, cabe indagar: seria tecnicamente correto fixar como condição do período de provas da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1.º, II, Lei 9.099/1995) a pena restritiva supramencionada? Subsiste a exigência insita no artigo 78, § 2.º, a, do Código Penal, como condição do *sumi* especial? Configura ofensa ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5.º, XXXIX, CF; art. 1.º, CP) e aos mais elementares direitos e garantias constitucionais (art. 5.º, II, XV, CF) a referência genérica a “determinados lugares”, a serem estipulados ao talante do juiz?

A bem da clareza e determinação que devem necessariamente nortear o estabelecimento da sanção penal (*nulla poena sine lege scripta et stricta*), senão de todo aconselhável a delimitação do conteúdo da pena restritiva de “proibição de frequentar determinados lugares”.

O legislador espanhol, por exemplo, circunscreve o âmbito de aplicação da pena acessória prevista no artigo 57 nos seguintes termos: “Os juizes ou tribunais, nos delitos de homicídio, lesões, aborto, contra a liberdade, torturas e contra a integridade moral, a liberdade sexual, a intimidade, a honra, o patrimônio e a ordem socioeconômica, atendendo à gravidade dos fatos e ao perigo representado pelo delinqüente, poderão determinar em suas sentenças a proibição de que o réu volte ao lugar em que tenha praticado o delito, ou retorne àquele em que resida a vítima ou sua família, se forem distintos, dentro do período de tempo que o juiz ou tribunal assinalarem, segundo as circunstâncias do caso, sem que possa exceder a cinco anos”.

Por fim, o inciso V do artigo 47 do Código Penal cria espécie nova de interdição temporária de direitos, introduzida pela Lei 12.550/2011, art. 18, nos seguintes termos: “proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos”. Por essa interdição busca-se privar temporariamente o cidadão do direito (civil/profissional) de concorrer ou participar em concursos públicos ou assimilados (avaliação ou exame).

Afeta, portanto, o direito do réu de poder inscrever-se em concursos públicos de qualquer espécie ou natureza. Institui-se uma espécie de inabilitação especial temporária. Por concurso, entende-se “o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”²⁸.

28. MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 439. Constituição Federal. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

O legislador agasalha ao lado do termo concurso, os similares avaliação ou exame (= análise, verificação, seleção, certame, prova oral ou escrita – teórica ou prática –, para pessoas que preenchem certos requisitos (habilitadas); processo de seleção ou de escolha para candidatos).

1.5. Limitação de fim de semana

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, período durante o qual poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (arts. 48, *caput* e parágrafo único, CP; 152, LEP).²⁹ Nos casos de violência contra a mulher, o juiz poderá, ainda, determinar o comparecimento obrigatório do preso (agressor) a programas de recuperação e reeducação (art. 152, parágrafo único, LEP).

A pena será, pois, cumprida em casa de albergado ou local congêneres (art. 93, LEP). A casa de albergado consiste em prédio situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, caracterizado precipuamente pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, além de possuir aposentos para a acomodação dos presos, local adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (cf. arts. 94 e 95, LEP).

A presença do condenado pelo total de dez horas, durante dois dias da semana, em casa de albergado ou estabelecimento similar, é apontada como vantajosa principalmente por possibilitar a permanência daquele junto aos familiares, por impedir o afastamento prolongado de sua jornada de trabalho e também por evitar o contato do condenado com as condições pouco sadias oferecidas pelo ambiente carcerário.³⁰

Ademais, a limitação de fim de semana, ao segundem: II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

29. A pena de limitação de fim de semana não se confunde, porém, com a denominada detenção de fim de semana, adotada pelo Código Penal espanhol. Esta constitui modalidade de legislação privativa de liberdade, de acordo com o artigo 35 do mencionado estatuto, enquanto a legislação pátria estabelece a limitação de fim de semana como espécie de pena restritiva de direitos (art. 43, VI, CP). A detenção de fim de semana, portanto, diversamente da limitação de fim de semana, não passa de uma pena privativa de liberdade de curta duração e de cumprimento descontínuo, em que o condenado, durante trinta e seis horas semanais (não necessariamente durante o fim de semana – cf. art. 37), é recolhido a centros de inserção social, sendo aplicável não apenas às contravenções, mas também aos delitos de menor gravidade.

30. A respeito das vantagens da pena de limitação de fim de semana, PEREZ, A. M. Individualização executiva da pena e o confinamento de fim de semana, *RJ*, p. 166.

Todavia, a inexistência de condições adequadas ao regular cumprimento da limitação de fim de semana – casa de albergado ou estabelecimentos congêneres, profissionais para ministrar cursos ou palestras, ou para coordenar atividades educativas etc. – compromete seriamente sua viabilidade prática, posto que são tantos locais destinados à execução da restrição descontinua ou parcelada da liberdade.

O juiz da execução deverá determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena imposta, iniciando-se a execução na data do primeiro comparecimento (art. 151, *caput* e parágrafo único, LEP).

Mensalmente, o estabelecimento designado para o cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana tem a incumbência de encaminhar relatório, além de comunicar, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado (art. 153, LEP).

2. Substituição

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos encontra-se condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 44 do Código Penal.

Assim, exige-se como condições objetivas à referida substituição:

- a) que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; ou
- b) que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena aplicada.

De acordo com a Lei 9.714/1998, seria inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade imposta pelo delito previsto no artigo 129, *caput*, do CP por pena restritiva de direitos, já que se trata de crime cometido com violência à pessoa (art. 44, I, CP). Não obstante, como a lesão corporal leve dolosa é infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/1995), está submetida às medidas consensuais mais favoráveis previstas na citada lei.

De semelhante, aos crimes de ameaça (art. 147, CP) e constrangimento ilegal (art. 146) não são aplicáveis as penas restritivas de direitos, visto que são ambos praticados mediante grave ameaça à pessoa (art. 44, I, CP). Entretanto, são infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais e, a exemplo da lesão corporal leve, estão sujeitos à transação e à suspensão condicional do processo (arts. 61, 76 e 89, Lei 9.099/1995).³¹ A propósito, calha salientar que nos Juizados Especiais Criminais as penas restritivas de direitos têm

natureza alternativa – e não substitutiva – o que significa que são aplicadas independentemente da fixação da pena de prisão.

De início, é oportuno notar que o legislador, desatento, não observou a incongruência do disposto no artigo 44, I – redação dada pela Lei 9.714/1998 – com o artigo 54 do Código Penal, que prevê a aplicação das penas restritivas de direitos “em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano”.

Na hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, admite-se a substituição por uma pena restritiva de direitos ou multa;³² se superior a um ano, a pena privativa pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2.º), quando suscetíveis de execução simultânea.

Exemplos: limitação de fim de semana e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e prestação de serviço à comunidade.

Convém advertir, contudo, que, em se tratando de concurso de crimes, a substituição será possível se o total das penas impostas por delitos dolosos obedecer ao limite traçado pela norma. Na hipótese de concurso material de delitos, a substituição será possível se o total das penas impostas for igual ou inferior a quatro anos. Em caso de concurso formal ou de crime continuado, porém, a substituição deverá ser efetuada com base na pena final, sem o acréscimo.

Em caso de concurso formal ou de crime continuado, a substituição será feita por uma pena restritiva de direitos; na hipótese de concurso material, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível eventual substituição por pena restritiva de direitos (art. 69, § 1.º, CP). Todavia, se forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (art. 69, § 2.º, CP).

Demais desses requisitos de natureza objetiva, impõe-se a presença simultânea de requisitos subjetivos, arrolados nos incisos II e III do artigo 44 do Código Penal:

- a) que o réu não seja reincidente em crime doloso;
- b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição seja suficiente.

31. Cf. BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 84; 105 e ss.; Jesus, D. E. de, op. cit., p. 94.

32. O disposto no artigo 44, § 2.º, do CP com redação dada pela Lei 9.714/1998, revogou tacitamente o artigo 60, § 2.º, do Código Penal, que previa como limite máximo para a multa substituída a aplicação de pena privativa de liberdade igual ou inferior a seis meses.

Assim, dentre as circunstâncias pessoais a serem avaliadas está o fato de não ser o réu reincidente, ou seja, não ter ele cometido novo crime – de natureza dolosa – no período igual ou inferior a cinco anos, após o trânsito em julgado de sentença condenatória, contado da data do cumprimento ou extinção da pena (cf. arts. 63 e 64, I, CP).

A disciplina anterior (Lei 7.209/1984) não fazia qualquer distinção entre reincidência em delito doloso e reincidência em delito culposo. Ambas obtinham a substituição. A nova redação dada pela Lei 9.714/1998 circunscreve a reincidência impenitente da substituição ao âmbito dos delitos dolosos. É suficiente, portanto, que o réu não seja reincidente em crime doloso para que atenda ao requisito subjetivo em tela. A própria reincidência em delito doloso não veda de modo absoluto a substituição se, em face da condenação anterior, a medida for “socialmente recomendável” e não se tiver operado em razão da prática do mesmo crime (art. 44, § 3.º, CP).

Demais, é de todo necessário que o condenado possua condições pessoais indicativas da conveniência da substituição em tela, isto é, que seus antecedentes sejam abonadores, que demonstre compatibilidade com o convívio em sociedade, que tenha emprego fixo e residência certa, dentre outras condições.

A prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, salvo o disposto no artigo 46, § 4.º (art. 55, CP).

Em se tratando de delito previsto na Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), cabe dizer que a antiga exigência constante nesse diploma – a saber, cumprimento integral da pena privativa aplicada em regime fechado³³ (art. 2.º, § 1.º) – já não constituiria óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade imposta por penas restritivas de direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença.

Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena de prisão imposta por pena restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no artigo 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como “hediondo” não pode figurar como empecilho à substituição, desde que atível. Em tese, admitiriam a referida substituição alguns dos delitos previstos na

33. A Lei dos Crimes Hediondos foi alterada pela Lei 11.464/2007 e passou a admitir a progressão de regime, determinando apenas como fechado o regime inicial de cumprimento de pena, bem como definindo os critérios para concessão daquela (dois quintos do cumprimento da pena para réu primário e três quintos para o reincidente).

Lei 8.072/1990, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial – e tampouco do Código Penal – qualquer dispositivo em sentido contrário.³⁴

Exemplos: falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (arts. 1.º, VII-B, e 2.º, caput, da Lei 8.072/1990).

É preciso esclarecer, por fim, que, embora não seja direito subjetivo do réu a substituição da pena privativa de liberdade imposta por pena restritiva de direito, isso não afasta a necessidade de o magistrado, quando da fixação da pena, enunciar as razões da não concessão.

3. Conversão

O instituto da conversão, consignado como incidente de execução, apresenta caráter *liberativo* ou *detentivo*.³⁵ Na primeira hipótese, ainda que o condenado não seja inicialmente beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, é possível que ocorra isso durante o cumprimento da pena imposta, mediante conversão (substituição efetuada na fase executória). Para tanto, porém, faz-se preciso que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a dois anos (art. 180, LEP).³⁶

Além da exigência primeira de que a pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a dois anos, o citado dispositivo prevê três outros pressupostos inafastáveis para que se opere a conversão:

- a) que o condenado esteja cumprindo a pena em regime aberto;
- b) que tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena;
- c) que os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

A propósito, é mister assinalar que não poderá o juiz da execução negar a conversão pleiteada com lastro nos requisitos específicos da substituição (ex. reincidência).

34. Nesse sentido, entre outros, GOMES, L. F., op. cit., p. 111-113; JASSUS, D. E. de, op. cit., p. 95-96; TORLDO, F. de A. Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva. In: DORTI, René Arriel *et alii*. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas* Lei 9.174, de 25.11.1998, p. 147-148.

35. Cf. DORTI, R. A. O novo sistema de penas. *Reforma penal*, p. 108.

36. Com a extensão da possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos às penas privativas não superiores a quatro anos, cumpre indagar: qual o atual âmbito de aplicação do instituto da conversão?

cidência, culpabilidade, conduta social, motivos e circunstâncias do delito etc.), já que estes devem ser aferidos apenas quando da prolação da sentença.

O instituto da conversão visa a dinamizar o quadro da execução de tal maneira que a pena finalmente cumprida não seja, necessariamente, a pena da sentença. Essa possibilidade permanentemente aberta busca dignificar o procedimento executivo das medidas de reação ao delito, em atenção ao interesse público e na dependência exclusiva da conduta e das condições pessoais do condenado (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, item 164).

Posto isso, a conversão nem sempre será efetuada com vistas a beneficiar o réu, mas também se afigurará possível para atender ao interesse público. De fato, a pena restritiva de direitos será obrigatoriamente convertida em pena privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Desse modo, se o condenado transgredir injustificadamente qualquer das restrições exigidas para a espécie de pena restritiva de direitos aplicada, esta será necessariamente convertida em pena privativa de liberdade (art. 44, § 4.º). De outro lado, se sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, § 5.º).³⁷

Exemplo: se aquele que estiver cumprindo pena restritiva de direitos for condenado, por outro delito, a pena privativa de liberdade sem beneficiar-se com a suspensão condicional da mesma (*sursis*), cabível será a conversão, posto que inviável a execução simultânea de ambas as sanções penais, além de demonstrada *in casu*, a insuficiência da pena de restritiva de direitos. Suspensa ou substituída a pena privativa de liberdade ou possível o cumprimento simultâneo das duas condenações, porém, não será necessária a conversão.

A esse respeito, é importante destacar que a Lei de Execuções Penais reúne as causas de conversão obrigatória segundo a modalidade de pena restritiva de direitos imposta. Dessa maneira, a pena de *prestação de serviços à comunidade* será convertida quando o condenado (art. 181, § 1.º, LEP):

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;

37. Equivocada a rubrica conferida ao artigo 45 (Conversão das penas restritivas de direitos), já que esse dispositivo não disciplina a conversão – o que é feito pelos §§ 3.º, 4.º e 5.º do artigo 44 – e sim define as penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores.

- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;³⁸
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa.

A pena de *limitação de fim de semana*, a seu turno, será convertida quando o condenado (art. 181, § 2.º, LEP):

- a) não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena;
- b) recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz;
- c) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa.

Finalmente, a pena de *interdição temporária de direitos* será convertida quando o condenado (art. 181, § 3.º, LEP):

- a) exercer, injustificadamente, o direito interditado;
- b) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital;
- c) sofrer condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa.

Com lastro na anterior redação do artigo 45 do Código Penal, defendia-se que, em havendo a conversão da pena restritiva de direitos, o condenado teria de cumprir a totalidade da pena privativa de liberdade substituída.³⁹ No entanto, essa interpretação literal do texto da lei conduzia a um tratamento desigual dos condenados à pena de restritiva de direitos de execução contínua (v.g. interdição tem-

38. Na hipótese de descumprimento justificado da pena, porém, sustenta-se que “não há que se cogitar, nessa situação, de conversão em privativa de liberdade, pois a razão impeditiva da prestação de trabalho transcende à vontade do condenado (uma doença grave, por exemplo). A solução mais consentânea com a situação é a aplicação de uma pena pecuniária em substituição à restritiva, já que aquela é menos grave do que esta, ou mesmo a extinção da pena imposta, caso o condenado não tenha a possibilidade de solver a multa” (SNECALRA, S. S., op. cit., p. 57). Nesse sentido, entre outros, REALE JR., M. et alii. *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 146; FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, P.G., p. 307-308; JESUS, D. E. de. *Direito Penal*, I, p. 466; BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 496.

porária de direitos) em relação àqueles a que foram impostas penas de execução intermitente (v.g. limitação de fim de semana). Assim, sustentava-se como Prefe-rirel o entendimento de que a conversão seria feita "pelo tempo *restante* da pena aplicada", admitindo-se, de consequência, o desconto do tempo de pena restritiva de direitos já cumprido na pena privativa de liberdade convertida.⁴⁰

O § 4.º, acrescido ao artigo 44 pela Lei 9.714/1998, porém, pôs termo à con-trovérsia, determinando que, quando da conversão, "no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de di-reitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão". Logo, ocorrendo a conversão, computa-se na duração total da pena privativa a ser execu-tada o *quantum* de cumprimento efetivo da pena restritiva inicialmente aplicada.

O saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão exigido pelo citado dispositivo revela-se injusto.⁴¹

Exemplo: se A é condenado a dois meses de interdição temporária de direitos, cumprindo apenas um mês e quinze dias de interdição, a conversão deveria ser efetuada respeitando o limite mínimo imposto pelo Código Penal (a saber, trinta dias de detenção ou reclusão) e não o débito de quinze dias – o que é insustentável.

Demais disso, cumpre destacar que, diante da expressa referência à modali-dade da pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão), afastada está a pos-sibilidade de conversão da pena de prisão simples substituída por pena restritiva de direitos. A interpretação extensiva, *in casu*, é inadmissível. Assim, substituída a pena de prisão simples – sanção privativa de liberdade cominada às contravenções penais – por pena restritiva de direitos, incabível a conversão em pena de prisão, nas modalidades de reclusão ou detenção, por serem estas mais gravosas ao con-denado.⁴²

Por derradeiro, convém observar que a suspensão condicional do processo é instituto mais benévolo que a substituição da pena privativa de liberdade imposta por pena restritiva de direitos. Naquela não haverá sentença condenatória – se-quer haverá processo –, antecedentes criminais ou pressuposto de reincidência. A concessão da suspensão condicional do processo está submetida ao atendimento de certos requisitos, a saber: o limite mínimo da pena cominada não pode ser su-perior a um ano; o acusado não pode estar sendo processado ou já condenado por outro crime; e atendimento dos requisitos elencados para a concessão do *status*

(art. 77, CP) – art. 89 da Lei 9.099/1995. Isso significa que um delito cuja pena mínima cominada for superior a um ano não admitirá a suspensão condicional do processo, mas, presentes os demais pressupostos autorizantes, poderá o condenado beneficiar-se com a substituição da pena privativa por pena restritiva de direitos. E se a infração for praticada com o emprego de violência ou grave ameaça à pes-soa? Será possível a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo? A resposta é afirmativa, ou seja, embora vedada a substituição por pena restritiva de direitos (art. 44, I, CP), é perfeitamente cabível a suspensão condicional do pro-cesso, cuja concessão não está limitada por aquele *modus operandi*. Trata-se de in-aceitável contradição: uma mesma infração penal cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano, quando cometida com violência ou grave ameaça à pessoa, não admitirá a aplicação de pena substitutiva – em razão de sua gravidade – mas poderá ter condicionalmente suspenso o processo, presentes os demais requisitos.

40. É o que postulavam, por exemplo, ZAFFARONI, E. R.; PIRANGELLI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*, p. 813; FRANCO, A. S. *et alii*, op. cit., p. 806; COSTA JR., P. J. da, op. cit., p. 174; MIRABETE, J. F., op. cit., p. 280; FERREIRA, G., op. cit., p. 263-264.

41. No sentido do texto, JESUS, D. E. de, op. cit., p. 108; GOMES, L. F., op. cit., p. 129.
42. Cf. BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 171-172.