

SALO DE CARVALHO

Professor Colaborador da Faculdade de Direito da UFSM.

Professor Adjunto do Departamento de Ciências Penais da UFRGS (2010-2011).

Professor Titular do Departamento de Ciências Criminais da PUCRS (1996-2009).

Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona, ES).

Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.

PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

(FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO JUDICIAL)

2013

sível verificar um reforço na ideia de as circunstâncias de análise da pena-base constituírem um índice geral de *culpabilidade* que orienta todas as fases de aplicação da pena.

Importante perceber, contudo, que esta análise da culpabilidade que se estabelece no art. 44, III, do Código Penal, como uma forma de “*prognose de suficiência da substituição*”²⁵⁰, não pode justificar a violação do princípio *ne bis in idem*. Assim, parece correto afirmar que a valoração negativa do conjunto das circunstâncias judiciais deve operar como causa de aumento da pena-base ou impeditivo da conversão da pena de prisão em restritiva. Do contrário, em decorrência da proliferação de efeitos negativos, a decisão incorreria em dupla valoração, procedimento vedado pela Constituição.

Além disso, fundamental que, em caso de negativa da conversão, o julgador exponha de forma clara e convincente as razões de sua opção pelo encarceramento (situação jurídica menos favorável), notadamente em decorrência de orientação no § 3º do art. 44, no sentido de a medida restritiva de direitos ser socialmente recomendável.

12.15.4. Conforme exposto, a Lei n. 9.714/98 reconfigurou o sistema de penas brasileiro, ampliando as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade, sobretudo em razão do alargamento do critério objetivo do tempo de pena fixado judicialmente.

Importante registrar, contudo, que, mesmo nos limites fixados (penas aplicadas até 4 anos), a Lei n. 9.714/98 estabeleceu distintas formas de graduação da responsabilidade penal. Significa dizer que foram mantidos certos níveis de responsabilização conforme a quantidade de pena determinada, apesar da fixação do limite máximo de substituição.

Em síntese, é possível dizer que dentro da margem dos 4 (quatro) anos existem três distintos níveis de conversão da pena privativa de liberdade, destacados em forma gráfica na Figura 2.

O art. 60, § 2º, do Código Penal, estabelece o primeiro marco, ao criar a figura da **multa substitutiva**. Segundo o dispositivo legal, “*a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código*”. O segundo e o terceiro marcos de substituição referem especificamente as **penas restritivas**. Neste sentido, o art. 44, § 2º, do Código, estabelece

que “*na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos*”.

Logicamente que, em razão de as penas substitutivas configurarem uma situação jurídica mais favorável ao condenado, cabe ao juiz, notadamente em caso de negar a conversão, justificar os motivos da aplicação da prisão. A decisão que mantém a privação de liberdade deve expor, necessariamente, as razões de sua adequação em detrimento das demais (multa ou restrição de direitos).

12.16. Pena de Multa

12.16.1. Existem três **possibilidades de aplicação da pena de multa** no direito penal brasileiro: (a) *multa autônoma*; (b) *multa cumulada* com pena privativa de liberdade ou restritiva de direito; (c) *multa substitutiva* da pena de prisão.

A primeira possibilidade de determinação da multa, exposta na análise do art. 59, I, do Código Penal, é a decorrente da cominação legal em abstrato desta espécie de sanção autônoma ao delito, ou seja, em que determinados tipos de penas indicam, no preceito secundário, exclusivamente a pena de multa. Em outros casos, a lei penal prevê alternância entre a pena de multa e alguma outra espécie de sanção – nas hipóteses mais comuns, pena privativa de liberdade ou multa. Cabe ao julgador, nestas situações, eleger a pena, justificar sua opção e, posteriormente, proceder ao seu cálculo (dosimetria da pena de prisão ou da pena de multa).

A segunda hipótese diz respeito à cominação concorrente da pena de prisão com a pena de multa. Lembre-se de que são inúmeros os tipos penais que prescrevem sanções em concurso – pena privativa de liberdade e multa. No momento da sentença penal, o magistrado deve, portanto, proceder à dosimetria de ambas as penas, na especificidade de cada forma de sanção.

A terceira possibilidade é a da multa substitutiva, situação na qual a pena de prisão é convertida em multa, em multa alternada com restrição de direitos ou em multa em concurso com uma pena restritiva. Nas sentenças penais condenatórias, após o juiz fixar a quantidade de privação de liberdade dentro dos marcos legais admitidos para conversão das penas, a multa opera como substitutivo sancionatório – sanção aplicada até seis

²⁵⁰ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 561.

meses (multa), 1 (um) ano (multa ou restrição de direito) ou 4 (quatro) anos (multa e restrição de direitos).

A conversão ou aplicação autônoma da pena de multa difere, porém, da substituição da pena de prisão pela pena de restrição de direitos. Nestes casos, o juiz apenas transforma o tempo de prisão em horas de trabalho – p. ex., na substituição por prestação de serviço à comunidade (art. 46, § 3º, do Código Penal) – ou em período de proibição de exercício de determinadas funções – p. ex., na interdição temporária de direitos.

Para determinar a quantidade de pena de multa, o julgador deve observar critérios próprios estabelecidos pelo Código Penal – critérios que igualmente deverão orientar a fixação da pena de prestação pecuniária.

12.16.2. A pena de multa, segundo anteriormente destacado, tem como destinatário o Fundo Penitenciário Nacional e é calculada a partir do **sistema de dias-multa**, reintroduzido pela Reforma de 1984 na legislação penal brasileira.

A doutrina nacional costuma lembrar que o sistema dias-multa – “o mais completo de todos os que até agora foram utilizados”²⁵¹ – é uma criação genuinamente brasileira, prevista de forma inovadora no art. 55 do Código Penal de 1830 – “a pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados podem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo (sic)”²⁵².

O sistema dias-multa possibilita a atualização monetária dos valores da sanção. Antes da Reforma de 1984, era comum o legislador expor, no preceito secundário do tipo penal incriminador, os limites pecuniários mínimos e máximos em moeda. No entanto, sobretudo em razão do processo inflacionário que corroeu a economia nacional – crise ocasionada pelos sérios equívocos da política econômica dos Governos autoritários, que acederam ao poder com a Ditadura Militar na década de 1960 –, o modelo de dias-multa foi recapitado como forma de permitir uma estabilidade mínima em termos de valorização da pena pecuniária. A propósito, a desvalorização acabou gerando o descrédito da pena de multa e, em consequência, a habilitação da pena de prisão.

²⁵¹ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 648.

²⁵² Sobre os antecedentes da pena de multa, conferir BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, pp. 646-647; REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 73.

O sistema dias-multa estabelece que a **definição do valor da sanção** será realizada a partir de duas operações. No primeiro momento, o julgador fixa a quantidade, nos termos do art. 49, *caput*, 2ª parte, do Código Penal, dispositivo que estabelece o número mínimo e máximo de dias-multa entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta). Para a determinação da **quantidade de dias-multa**, o critério de referência é o da *culpabilidade* em sentido amplo, isto é, o da análise do conjunto das circunstâncias judiciais que definiu a pena-base. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Schecaira entendem ser correto ampliar esta análise, englobando as demais circunstâncias que operaram para definir a quantidade final de pena (agravantes e atenuantes; majorantes e minorantes)²⁵³.

O segundo momento é o da definição do **valor do dia-multa**. O § 1º do art. 49 estabelece que o valor unitário do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente na data do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse referencial. O critério que orienta a definição do valor é fundamentalmente a *situação econômica do réu* (art. 60, *caput*, do Código). A propósito, Reale Jr. e Schecaira entendem que este é o parâmetro central que deve conduzir o julgador na aplicação da pena de multa²⁵⁴. Note-se, ainda, que a definição do valor é retrospectiva, isto é, é estabelecida retroagindo ao momento do delito (art. 4º do Código Penal). Por esta razão, o valor será posteriormente atualizado pelos índices de correção monetária em sede de execução penal (art. 49, § 2º, do Código Penal).

Além disso, a favorável situação econômica do réu autoriza a incidência de uma causa de aumento. Segundo o art. 60, § 1º, do Código, mesmo se a multa for fixada em seu máximo, se o magistrado entender que em virtude da alta capacidade financeira do condenado a pena tornar-se-á ineficaz, poderá aumentá-la em até o triplo. Trata-se, em realidade, de uma causa especial de aumento da pena de multa (majorante), similar àquela prevista no art. 33 da Lei n. 7.492/86 – “na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta Lei, o limite a que se refere o § 1º do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada”.

Importante lembrar que estes diferentes critérios de aumento em razão da situação econômica do réu procuram estabelecer parâmetros de

²⁵³ SANTOS, *Direito Penal*, p. 543; SCHECAIRA, *Teoria da Pena*, 286.

²⁵⁴ REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 74; SCHECAIRA, *Teoria da Pena*, 286.

isonomia na individualização da pena de multa. Todavia, conforme leciona Juarez Cirino dos Santos, “na prática, a seletividade do processo de criminalização, concentrada na população pobre e excluída do mercado de trabalho e do sistema de consumo, frustra a aplicação igualitária da pena de multa”²⁵⁵.

12.16.3. Embora seja matéria específica da execução da pena, importante referir que a Lei n. 9.268/96 alterou a **natureza jurídica da pena de multa**, transformando-a em dívida de valor e determinando a aplicação das regras relativas à dívida ativa da Fazenda Pública para fins de cobrança (art. 51 do Código Penal).

Significa dizer que inexistente a possibilidade de **converter a pena de multa em prisão** em caso de inadimplência, como ocorria no regime das sanções pecuniárias estabelecido na Reforma de 1984.

Embora não seja explícito, a alteração legislativa acaba por adequar as regras do Código Penal aos princípios do Decreto n. 678/92 (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica), que, em seu art. 7º, 7, determina que ninguém deve ser detido por dívida, dispositivo reproduzido no art. 5º, LXVII, da Constituição.

12.17. Suspensão Condicional da Execução da Pena (*Sursis*)

12.17.1. A suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) é uma **medida substitutiva da pena privativa de liberdade**, incorporada nas legislações ocidentais ao longo do século passado, como forma de diminuir o impacto da segregação carcerária. Embora as pesquisas criminológicas tenham demonstrado que os substitutivos penais atuam, diferentemente do discurso oficial, como aditivos ao cárcere, ampliando a rede de controle social punitivo e revigorando a legitimidade da prisão²⁵⁶, a suspensão condicional da (execução) da pena integra a série de alternativas sancionatórias apresentada em decorrência da evidente crise da pena privativa de liberdade.

Segundo Reale Jr., o instituto desenvolveu-se em duas linhas principais: o sistema anglo-americano do *probation*; e o franco-belga do *sursis*²⁵⁷.

²⁵⁵ SANTOS, *Direito Penal*, p. 544.

²⁵⁶ Neste sentido, CARVALHO, *Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento*, pp. 146-171; SANTOS, *Direito Penal*, pp. 603-605.

²⁵⁷ REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 125.

Na legislação penal brasileira, o último modelo foi incorporado no início da década de 20 do século passado (Decreto n. 16.588/24), sendo posteriormente inserido no Código Penal de 1940 (arts. 57 e 58) e mantido na Reforma de 1984²⁵⁸.

No direito penal brasileiro, a suspensão condicional da pena é um substitutivo à pena privativa de liberdade, aplicado pelo juiz no momento da sentença condenatória, que submete o condenado que cumpre determinados requisitos a um regime de prova (condições) por determinado período de tempo. Trata-se, fundamentalmente, de um substituto da prisão, nos termos do art. 80 do Código, pois sua extensão à pena restritiva de direitos e à pena de multa é expressamente vedada. Assim, o *sursis* só é cabível nas hipóteses em que não forem indicadas as substituições previstas no art. 44 (pena restritiva de direito) e art. 60, § 2º (multa), do Código Penal.

Exatamente em decorrência de ser um substitutivo penal pensado como uma espécie de instituto transitório entre a pena de prisão e a pena restritiva de direito, a partir da publicação da Lei n. 9.714/98 tornou-se praticamente inaplicável.

12.17.2. Todavia, antes de ingressar na análise de sua eficácia, importante destacar os **requisitos legais do *sursis***. Segundo o art. 77 do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos poderá ser suspensa por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, se (a) o condenado não for reincidente em crime doloso; (b) a culpabilidade, em sentido amplo, indicar sua concessão; e (c) não for cabível a substituição por pena restritiva de direito.

Os requisitos, portanto, são de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro dos **requisitos objetivos** é o tempo de pena aplicada: pena não superior a 2 (dois) anos. O segundo, não ter sido a pena de prisão substituída por restrição de direitos.

Os dois requisitos objetivos atestam a ideia exposta no sentido de o *sursis* ter sido pensado como um instituto intermediário entre a pena privativa de liberdade e a restritiva de direito. Não por outra razão, o art. 78, § 1º, do Código, estabelece, como condição da suspensão, que o condenado, no primeiro ano do prazo, preste serviços em benefício da comunidade ou

²⁵⁸ FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, p. 438.

submeta-se à limitação de final de semana. Em caso de reparação do dano (ou na impossibilidade de cumprimento da obrigação civil decorrente da sentença condenatória), sendo favorável a culpabilidade, o juiz poderia substituir as restrições de direito por (a) proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside sem prévia autorização; e (b) comparecimento pessoal e obrigatório em juízo para informar suas atividades (art. 78, § 2º, do Código Penal). Segundo a Exposição de Motivos da Parte Geral, esta desobrigação do cumprimento da pena restritiva de direitos constitui forma distinta de *sursis*: **sursis especial**²⁵⁹.

Assim, condenado o réu à pena de prisão fixada entre 1 (um) e 2 (dois) anos, o juiz determinaria o cumprimento de pena restritiva no primeiro período, estabelecendo, no segundo, um regime de vigilância. Nota-se, pois, que a pena restritiva é incorporada como condição do *sursis*, inclusive porque o instituto previsto no art. 77 do Código Penal, na concepção original da Reforma de 1984, é mais rígido que a simples substituição de pena.

Lembre-se, ainda, de que o sistema dos substitutivos penais e dos regimes carcerários, conforme anteriormente exposto, foi concebido na Reforma de 1984 de forma gradual e escalonada (Figura 1): (a) multa (pena aplicada até seis meses); (b) pena restritiva de direito (pena aplicada até um ano); (c) suspensão condicional da pena (pena aplicada até dois anos); (d) regime aberto (pena aplicada até quatro anos); (e) regime semiaberto (pena aplicada entre quatro e oito anos); (f) regime fechado (pena aplicada acima de oito anos) – considerando-se, logicamente, apenas o critério objetivo temporal.

Ocorre que a delimitação conceitual e normativa do instituto e a estrutura gradual do sistema de substitutivos inviabilizaram, a partir da Lei n. 9.714/98, a aplicação da suspensão condicional da pena. Se a pena restritiva integra a estrutura sancionatória do *sursis*, sendo, em sua aplicação

²⁵⁹ “Orientado no sentido de assegurar a individualização da pena, o Projeto prevê a modalidade de suspensão especial, na qual o condenado não fica sujeito à prestação de serviço à comunidade ou à limitação de fim de semana. Neste caso o condenado, além de não reincidente em crime doloso, há de ter reparado o dano, se podia fazê-lo; ainda assim, o benefício somente será concedido se as circunstâncias do art. 59 lhe forem inteiramente favoráveis, isto é, se mínima a culpabilidade, irretocáveis os antecedentes e de boa índole a personalidade, bem como relevantes os motivos e favoráveis as circunstâncias” (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, item 66).

isolada, menos afluente²⁶⁰, com a ampliação dos requisitos operada pela Lei das Penas Alternativas – notadamente com a possibilidade de conversão da restrição de direitos às penas aplicadas até 4 (quatro) anos – a suspensão restou inoperante. Se a suspensão somente é possível quando incabível a pena restritiva de direitos e se os critérios para aplicação da restrição são mais flexíveis, o *sursis* restou operacionalmente obstruído. Nas palavras de Reale Jr., “com as alterações de 1998 tornou-se a suspensão sem sentido, pois a substituição das penas até quatro anos por restritiva de direitos é permitida na sistemática adotada pela Lei 9.714/98”²⁶¹.

Em relação aos **requisitos subjetivos**, o art. 77, II, do Código, remete a valoração judicial do cabimento do *sursis* à análise das circunstâncias judiciais valoradas na pena-base (culpabilidade em sentido amplo). Sobre o tema não há o que acrescentar além do que foi afirmado anteriormente quando da apreciação de idêntico requisito para fins de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Registre-se, ainda, que foi a reconfiguração do *sursis* na Reforma de 1984 que possibilitou, de forma inovadora, a primeira ideia de **relativização da reincidência**, ao determinar que “a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício” (art. 77, § 2º, do Código Penal). A partir deste dispositivo legal foi consolidado o entendimento de que a condenação à pena de multa não gera reincidência.

12.17.3. Apesar da limitação das hipóteses de cabimento, duas espécies de suspensão condicional da pena ainda permanecem com possibilidade de aplicação no direito penal brasileiro: o **sursis etário** e o **sursis humanitário**. Embora o *sursis* etário (aplicado ao condenado maior de 70 anos) tenha sido previsto na Reforma de 1984 como caso excepcional, a Lei n. 9.714/98, ao alterar a estrutura dos substitutivos penais, manteve expressamente sua previsão, agregando a modalidade humanitária (decorrência de saúde).

Segundo o art. 77, § 2º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei das Penas Alternativas, “a execução da pena privativa de liberdade, não su-

²⁶⁰ Lembra Reale Jr. que “pensara-se a suspensão como mais severa do que as próprias restritivas (art. 43 do CP). Tanto isso é verdade que ela contém, no primeiro ano de prazo, a pena de prestação de serviço à comunidade, ou a de limitação de fim de semana” (REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 126).

²⁶¹ REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 126.

perior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade [sursis etário], ou razões de saúde [sursis humanitário] justifiquem a suspensão”.

Como é possível perceber, a Lei n. 9.714/98 igualiza o prazo de concessão das modalidades excepcionais de *sursis* com o de conversão à pena restritiva. No entanto, seria possível argumentar que, mesmo compatibilizando os prazos, o instituto seria inaplicável ao maior de setenta anos e ao gravemente enfermo em decorrência da restrição imposta pelo art. 77, III, do Código (concessão apenas quando incabível a substituição). A interpretação, porém, não parece correta. Inegavelmente a ampliação do prazo para conversão da prisão em medida restritiva obstaculiza o *sursis* comum, sobretudo porque se trata de lei posterior mais benéfica, que amplia os horizontes de liberdade – lembre-se de que na configuração originária o *sursis* impõe maiores restrições, não apenas porque o condenado cumpre a pena de restrição de direitos ao longo de todo o período que a lei prevê como possível para conversão (1 ano), mas também porque se submete a um regime de prova na segunda etapa da suspensão (2 a 4 anos).

Ocorre que a própria Lei n. 9.714/98 manteve a modalidade etária e acrescentou a espécie humanitária de *sursis*. Significa dizer que a nova lei reconheceu a validade do instituto, o que não pode simplesmente ser desconsiderado. O impeditivo do art. 77, III, do Código, à suspensão da pena em decorrência da idade e de enfermidade aparece, portanto, como uma contradição no sistema, não resolvida pela Lei n. 9.714/98. Neste caso, portanto, parece ser correto afastar o óbice do referido dispositivo (art. 77, III, do Código) às modalidades excepcionais de suspensão condicional da pena.

Tais efeitos não atingem, porém, casos específicos regrados na lei penal extravagante, como, p. ex., o art. 16 da Lei n. 9.605/98, que permite a aplicação do *sursis* às penas privativas de liberdade aplicadas até 3 (três) anos. Por ser lei anterior à Lei n. 9.714/98, a momentânea ampliação dos critérios da suspensão das penas para as condenações por crimes ambientais tornou-se sem efeito.

12.18. Efeitos da Condenação

12.18.1. A sentença criminal condenatória gera consequências que extrapolam as sanções penais propriamente ditas, pois o reconhecimento

do ilícito penal irradia efeitos para todas as esferas jurídicas. Afirma-se que a ilicitude é um corpo unitário implica reconhecer que um mesmo fato não pode ser considerado ao mesmo tempo lícito e ilícito por distintas áreas do direito. No entanto, o fato de a ilicitude ser unitária não significa que os efeitos do seu reconhecimento sejam equânimes em distintas esferas. Neste sentido, a representação das esferas de ilicitude (penal e extrapenal) como círculos concêntricos com distintas extensões, sendo a ilicitude penal mais concentrada (menor raio) em relação à extrapenal (mais abrangente), permite uma clara compreensão das consequências produzidas pelas sentenças condenatórias nos juízos criminal e cível.

Cláudio Brandão sintetiza, com precisão, o problema, demonstrando que a “antijuridicidade contém gradações e a forma mais grave de sua apresentação se dá na esfera penal, que tem seu objeto substancialmente vinculado ao ilícito. Isso significa que se for considerado como ilícito no Direito Penal também o será nos demais ramos do Direito. O contrário, entretanto, não é verdadeiro: uma ação pode ser ilícita no campo cível e, ao mesmo tempo, ser indiferente no campo da antijuridicidade penal”²⁶².

O Código Penal prevê dois **efeitos da condenação criminal** que se irradiam para o âmbito extrapenal: (a) efeitos genéricos e (b) efeitos específicos. A diferença central entre ambos é o fato de que os *efeitos genéricos são automáticos*, diferentemente dos específicos, que necessitam ser declarados motivadamente na sentença, nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal.

Segundo o art. 91 do Código, são **efeitos genéricos** da condenação: (a) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; e (b) a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos *instrumentos do crime* e do *produto do crime* ou de qualquer bem ou valor que se constitua em proveito pela prática do fato criminoso. Os **efeitos específicos**, previstos no art. 92 do estatuto penal, são (a) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; (b) a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; e (c) a inabilitação para dirigir veículo automotor.

12.18.2. A obrigação de **reparação do dano** decorre do fato de a sentença penal condenatória reconhecer a existência de um ilícito. Em

²⁶² BRANDÃO, *Curso de Direito Penal*, p. 372.