

...tica deve ser aplicada, p. ex., no caso de ausência de instituição penitenciária feminina.

Neste sentido, Amilton Bueno de Carvalho: “há flagrante constrangimento ilegal na medida em que o condenado é submetido a estabelecimento penal incompatível com o regime em que se encontra – estabelecimento destinado a apenados em regime mais gravoso”²⁷³.

O entendimento exposto se adéqua plenamente aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição) e do respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, da Constituição e art. 38 do Código Penal), motivo pelo qual se torna injustificável a recente consolidação jurisprudencial realizada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de progressão de regime *per saltum* – “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional” (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 491). A inadequação decorre do fato de que a própria legislação admite esta hipótese de transferência (*per saltum*), sem necessidade de permanência no regime intermediário, nos casos de regressão (art. 36, § 2º, do Código Penal), conforme será trabalhado no momento da execução penal.

12.15. Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos

12.15.1. Definidas a quantidade (tempo) e a qualidade (regime) da privação da liberdade, o art. 59, IV, do Código Penal, determina que o julgador analise a possibilidade de **substituição da pena de prisão** por outra espécie prevista no ordenamento jurídico, no caso, pena restritiva de direitos ou multa.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que há uma diferença significativa entre as possibilidades de aplicação de pena não carcerária disciplinadas nos incisos I e IV do art. 59 do Código. Conforme visto anteriormente, pode o juiz, na primeira etapa do procedimento de aplicação da pena, eleger como sanção a multa ou a restrição de direitos. No entanto, esta hipótese é possível apenas nos casos em que há pena não privativa de liberdade prevista de forma *alternada* à prisão – p. ex., nos casos mais comuns, de alternância entre a pena privativa de liberdade e a

²⁷³ CARVALHO, *Garantismo Aplicado à Execução Penal*, p. 247.

multa, indicada pela conjunção alternativa 'ou'. O caso do inciso IV, porém, é distinto, pois a pena principal estabelecida na condenação é a prisão. Todavia, em decorrência de uma série de circunstâncias, esta sanção carcerária pode ser substituída por pena restritiva de direito ou multa²⁷⁴.

A Constituição, em seu art. 5º, XLVI, enumerou distintas penas no ordenamento jurídico nacional: (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; e (e) a suspensão ou interdição de direitos. Em razão de o elenco constitucional ser apenas exemplificativo – excetuando as vedações previstas no art. 5º, XLV –, a Lei n. 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas) incluiu no rol das penas restritivas de direito previsto no Código Penal a prestação pecuniária.

Neste quadro, o Código Penal, a partir das diretrizes constitucionais, admite as seguintes **espécies de penas restritivas de direito**: (a) prestação pecuniária (art. 43, I); (b) perda de bens e valores (art. 43, II); (c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV); (d) interdição temporária de direitos (art. 43, V); e (e) limitação de final de semana (art. 43, VI). O inciso III do art. 43, que previa como pena o **recolhimento domiciliar**²⁷⁵, foi vetado.

A **prestação pecuniária**, conforme o art. 45, § 1º, do Código, possui um caráter indenizatório, consistindo no pagamento à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de valor fixado pelo juiz, estabelecido entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos – o cálculo específico do valor pecuniário seguirá os critérios de determinação da pena de multa, segundo as diretrizes posteriormente expostas. A natureza indenizatória é perceptível pelo fato de a segunda parte do dispositivo legal prever que o valor pago será dedu-

²⁷⁴ Em razão das especificidades, a possibilidade de substituição da pena de prisão pela de multa será realizada posteriormente.

²⁷⁵ O texto vetado previa que “o recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença”.

Na mensagem de veto (Mensagem 1.447/98), a Casa Civil da Presidência da República justificou, aduzindo que “a figura do ‘recolhimento domiciliar’, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do Projeto que a institui como pena alternativa”.

zido daquele fixado em eventual condenação em ação de reparação de dano civil se coincidentes os beneficiários.

Importante referir a diferença entre a prestação pecuniária e a pena de multa. A prestação pecuniária é direcionada, fundamentalmente, ao sujeito passivo do delito ou seus familiares, adquirindo, conforme exposto, natureza indenizatória civil. A pena de multa, diferentemente, é paga ao Estado (Fundo Penitenciário Nacional), não sendo transferível à vítima (art. 49, *caput*, do Código Penal). Apesar do caráter patrimonial de ambas, suas naturezas jurídicas são distintas.

Há outra diferença marcante entre a pena pecuniária e a reparação em decorrência dos efeitos da condenação. O art. 5º, XLV, da Constituição, determina como consequência do delito a obrigação de reparação. O Código Penal, ao tratar da matéria relativa aos efeitos da condenação, vincula o autor do delito (a) à obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e (b) à perda, em favor da União, do produto ou qualquer bem ou valor que constitua proveito pela prática do ilícito (art. 91, I e II). A reparação ocorre em processo autônomo, perante o juízo cível, sendo cabível, conforme exposto, o abatimento do valor da prestação pecuniária daqueles fixados a título de danos materiais e morais. A prestação pecuniária e a multa, porém, em razão de serem penas criminais, são personalíssimas, isto é, são intransferíveis, extinguindo-se nas hipóteses do art. 107 do Código. Ao contrário, há possibilidade de sucessão da dívida contraída na ação indenizatória (cível), em observância à parte final do art. 5º, XLV, da Constituição.

A sanção de **perda de bens e valores**, como ocorre com a pena de multa, consiste na transferência do valor do prejuízo ou do provento obtido com o crime ao Fundo Penitenciário Nacional (art. 45, § 2º, do Código Penal). Note-se que a perda de bens e valores é limitada pela vantagem patrimonial obtida com o delito. A possibilidade de transferência, em forma de sanção criminal, do excedente do lucro obtido pelo crime ocorre nos casos de imposição cumulada de outras sanções como, p. ex., a multa ou a prestação pecuniária.

A **prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas** importa na realização de tarefas gratuitas, segundo a aptidão do condenado, cumpridas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou estabelecimentos congêneres ou, ainda, em programas comunitários ou estatais (art. 46, §§ 1º e 2º, do Código Penal). Conforme o art. 46, § 3º, do Código Penal, a substituição ocorrerá na razão de 1

(uma) hora de trabalho por dia de condenação, fixada de modo a não prejudicar a jornada de trabalho.

As hipóteses de **interdição temporária de direitos** previstas no Código (art. 47) são (a) proibição de exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo; (b) proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; (c) suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; (d) proibição de frequentar determinados lugares; e (e) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público.

A **limitação de fim de semana** implica a obrigação de permanência, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, com objetivo de participação em cursos e palestras educativas (art. 48 do Código Penal)²⁷⁶.

12.15.2. O Código Penal estabelece dois parâmetros centrais ou **critérios de aplicação da pena restritiva de direito**: *primeiro*, requisitos de ordem objetiva, relativos à natureza e ao modo de execução do delito e à quantidade de pena; e *segundo*, requisitos de ordem subjetiva, referentes à culpabilidade em sentido genérico (circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal).

Dentre os **requisitos objetivos** mais relevantes, o **tempo de condenação** fixado judicialmente estabelece uma verdadeira linha de corte entre as condenações à pena privativa de liberdade que podem e as que não podem ser substituídas pela pena restritiva de direito.

A redação do art. 44, I, do Código Penal, nos termos da Lei n. 9.714/98, estabelece uma barreira objetiva intransponível aos casos em que a quantidade de pena aplicada (art. 59, II, do Código Penal) supere 4 (quatro) anos. Duas *exceções* à regra, porém, são previstas.

A primeira, na condenação por **crime culposo** (art. 18, II, do Código Penal), pois, conforme o dispositivo legal referido, nestes casos a pena de prisão poderia ser substituída independentemente da quantidade de pena, ou seja, mesmo sendo estabelecida acima dos 4 (quatro) anos. No entanto, analisando os parâmetros legislativos de fixação de penas no direito penal brasileiro, é possível sustentar ser episódica a possibilidade de

²⁷⁶ As especificidades relativas a cada modalidade de pena restritiva de direito, os critérios de cumprimento, o não cumprimento e os casos de revogação serão analisados no momento da execução penal.

alguém ser condenado a pena acima de 4 (quatro) anos por crime culposos. Veja-se, p. ex., que a pena máxima prevista para o homicídio culposo é de 3 (três) anos de detenção (art. 121, § 3º, do Código Penal), para o homicídio culposo praticado no trânsito de 4 (quatro) anos de detenção (art. 302 da Lei n. 9.503/97), para as lesões corporais culposas de 1 (um) ano de detenção (art. 129, § 6º, do Código Penal). Os casos excepcionais invariavelmente decorrem do concurso de crimes, com a aplicação das regras do art. 69 e do art. 70 do Código Penal, i.e., nas hipóteses de uma (concurso formal) ou mais (concurso material) condutas negligentes produzirem dois ou mais delitos distintos (concurso de delitos). Nestas situações, mesmo a pena ultrapassando o teto dos 4 (quatro) anos, o juiz poderá substituir por restritiva de direitos – p. ex., em acidente de trânsito, o sujeito causa, culposamente, morte e lesões corporais a várias pessoas.

A possibilidade de substituir a pena de prisão aos crimes culposos é contraposta à restrição de sua inaplicabilidade aos **crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa** (segunda exceção). Se aos crimes culposos é permitida a substituição, independentemente da quantidade de pena fixada, nas situações de cometimento de delitos com violência ou grave ameaça à pessoa é criado um impeditivo, mesmo quando a pena fique *aquém* do limite dos 4 (quatro) anos.

No entanto, conforme argumenta Silva Franco, esta presunção legal não pode ser interpretada como uma regra inflexível, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, notadamente nos casos de infrações de menor potencial ofensivo – p. ex., lesões corporais (art. 129, *caput*), ameaça (art. 147), constrangimento ilegal (art. 146), todos do Código Penal. Em determinadas situações, a vedação constitui, conforme destaca Reale Jr., verdadeira aberração, motivo pelo qual a regra deve ser interpretada a partir da principiologia constitucional²⁷⁷. Nas situações referidas, embora as condutas sejam praticadas com violência ou grave ameaça, por força da

²⁷⁷ “A substituição da pena privativa por restritiva tem mais uma exigência objetiva segundo a Lei 9.714/98: o crime não pode ter sido praticado mediante violência ou grave ameaça, art. 44, I, do Código penal, o que constitui uma aberração, pois não será possível operar-se a substituição com relação ao crime de ameaça, art. 147 do Código penal ou de constrangimento ilegal, art. 146 do Código penal, sendo o primeiro apenado com detenção de um mês a seis meses e o segundo com detenção de três meses a um ano, aplicável a ambos a transação penal, a suspensão condicional do processo ou a suspensão condicional da pena, mas inviabilizada a substituição por pena restritiva” (REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 52).

incidência da Lei n. 9.099/95, seria paradoxalmente possível a aplicação de substitutivos processuais como a composição civil e transação penal. Desse forma, não seria coerente, em termos lógicos, e proporcional, em termos de direito penal material, que houvesse a possibilidade de substituição do processo e não da pena, sobretudo pelo fato de que as condições materiais de substituição (do processo e da pena) previstas na legislação penal brasileira são praticamente idênticas (restrições de direitos). Assim, segundo Silva Franco, “*não há razão para impedir a sua aplicação através de substituição operada em sentença penal condenatória, quando frustradas as soluções alternativas do conflito previstas na Lei 9.099/95*”²⁷⁸. No mesmo sentido Boschi, que entende que “*o absurdo seria inqualificável, com efeito, se o juiz não pudesse, na sentença condenatória, substituir a pena privativa de liberdade por espécie de pena que, se for aceita transação, impede, no Juizado Especial, o nascimento do processo*”²⁷⁹.

Importante, no entanto, não restringir a interpretação apenas aos casos em que o processo é de competência dos Juizados Especiais, ou seja, em que é cabível a transação penal ou a composição civil. Isto porque o art. 89 da Lei n. 9.099/95, que institui a possibilidade de suspensão condicional do processo, não é limitado às infrações de menor potencial ofensivo, sendo cabível a todos os delitos cuja pena mínima não seja superior a 1 (um) ano. Nesta linha, as conclusões de Reale Jr. são plenamente coerentes no sentido de a substituição da prisão por pena alternativa ser cabível em todos os casos em que haja possibilidade de aplicação de algum substitutivo penal ou processual, incluindo-se, logicamente, a suspensão condicional do processo e a suspensão condicional da pena (*sursis*)²⁸⁰.

Outra questão relevante, relativa à natureza do delito, diz respeito à (im)possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos às condenações por prática de **crime hediondo** ou equiparados. Conforme lembra Paulo Queiroz, em princípio não haveria qualquer impedimento legal à substituição, desde que o crime (hediondo) seja praticado sem violência ou grave ameaça²⁸¹.

²⁷⁸ FRANCO e STOCO, *Código Penal e sua Interpretação*, p. 290.

²⁷⁹ Boschi, *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, p. 327.

No mesmo sentido, Bitencourt, *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, p. 559; DOTTI, *Curso de Direito Penal*, p. 456; FRANCO e STOCO, *Código Penal e sua Interpretação*, p. 290; QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 435; REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 52.

²⁸⁰ REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 52.

²⁸¹ QUEIROZ, *Direito Penal*, p. 436.

O tema ganhou destaque porque o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas vedou expressamente a conversão da prisão em penas restritivas às pessoas que tenham praticado os crimes previstos no seu *caput* e § 1º (hipóteses de comércio ilegal de drogas). Há, inclusive, uma profunda contradição no dispositivo, que, apesar da vedação, possibilita a aplicação de uma minorante (1/6 a 2/3) ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. Além disso, o art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, estabeleceu que os crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, arts. 34 e 37, seriam inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, sendo igualmente proibida a substituição da pena de prisão.

A matéria gerou polêmica nos Tribunais e foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos. No julgamento do *Habeas Corpus* 97.256, os Ministros reafirmaram a posição anteriormente exposta na análise da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime pela Lei dos Crimes Hediondos no sentido de que o processo de individualização exige um juízo criterioso de adequação da pena, sendo ilegítimas as vedações que ultrapassem aquelas especificadas pela Constituição – “(...) é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”²⁸². Igualmente foram reiterados os posicionamentos de que (a) existem distintas modalidades de comércio ilegal de drogas que impõem aplicação de distintas sanções (posição amparada por tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil)²⁸³ e de (b) serem as penas restritivas de direito importantes alternativas em razão dos efeitos deletérios provocados pelo sistema

²⁸² Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, j. 1º.09.2010.

²⁸³ “No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes” (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, j. 1º.09.2010).

prisional²⁸⁴. Desta forma, o Supremo Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, removendo o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 e a expressão análoga “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, prevista no art. 33, § 4º.

O entendimento foi reforçado com a edição da Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “*o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*”. Nas hipóteses de condenação de adolescente por ato infracional de comércio de drogas, há possibilidade de aplicação de medida socioeducativa não carcerária²⁸⁵.

12.15.3. No que tange aos **requisitos subjetivos**, o art. 44, II, do Código Penal, estabelece a possibilidade de conversão da prisão em restrição de direitos quando o réu não for reincidente em crime doloso. Conforme visto anteriormente, o instituto da **reincidência** produz inúmeros efeitos negativos na aplicação da pena. Não obstante o aumento obrigatório da pena provisória e o agravamento do regime prisional, o terceiro efeito direto provocado no sistema de determinação da sanção é o de impedir a conversão em pena restritiva de direito.

²⁸⁴ “As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, j. 1º.09.2010).

²⁸⁵ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) prevê duas medidas privativas de liberdade análogas à pena de prisão em regime fechado e semiaberto: (a) internação em estabelecimento educacional (art. 112, VI); e (b) regime de semiliberdade (art. 112, V). De igual forma, estabelece sanções restritivas de direitos – (a) advertência (art. 112, I); (b) prestação de serviços à comunidade (art. 112, III); (c) liberdade assistida (art. 112, IV); (d) encaminhamento aos pais (art. 101, I); (e) orientação, apoio e acompanhamento (art. 101, II); (f) frequência em estabelecimento de ensino (art. 101, III); e (g) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio (art. 101, IV) – e pecuniárias – reparação do dano (art. 112, I).

Sobre o tema, conferir CARVALHO e WEIGERT, *As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas*, pp. 227-257.

Para além do debate travado na exposição dos critérios de aplicação da pena provisória acerca dos inúmeros efeitos produzidos pelo instituto, bem como sobre o problema relativo à sua (in)constitucionalidade (exatamente em razão de ofender o princípio da proibição da dupla valoração), importante retomar o tema da **relativização da reincidência**. Conforme destacado, a Lei n. 9.714/98, ao modificar os critérios de aplicação das penas restritivas de direito, alterou a estrutura legal do instituto. No regime jurídico anterior à Lei n. 9.714/98, o reincidente não poderia substituir a pena carcerária por pena restritiva, mesmo que a privação de liberdade fosse quantificada em valores ínfimos (exceto a condenação anterior à pena de multa).

Ocorre que, apesar de a nova redação do art. 44 do Código Penal ter mantido a vedação, houve uma importante inovação no sentido de excetuar duas hipóteses: (1ª) reincidência nos crimes culposos (art. 44, II); e (2ª) reincidência nos crimes dolosos em que a medida substitutiva for *socialmente recomendável*, ressalvados os casos de reincidência específica – “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (art. 44, § 3º).

Assim, conforme sustentado anteriormente, por ser lei posterior mais benéfica, é possível afirmar que a Lei n. 9.714/98 operou verdadeira *relativização* do instituto da reincidência, sobretudo em relação à conversão da pena privativa de liberdade. É possível, portanto, a partir da aplicação do § 3º do art. 44 do Código Penal, que, mesmo nos casos de reincidência, o magistrado aplique a pena restritiva de direito, sempre que entender que a medida (substituição de pena) é *socialmente recomendável*.

A questão central nesta análise, portanto, é acerca do conteúdo da categoria *socialmente recomendável*. Em decorrência da crise da pena de prisão, dos efeitos criminógenos do cárcere e das inúmeras pesquisas que demonstram os efeitos benéficos das penas restritivas, sobretudo a prestação de serviço à comunidade²⁸⁶, seria adequado afirmar que, regra geral, a aplicação da pena restritiva representa inquestionável ganho social em comparação com a privação de liberdade. Em face da relativização do instituto, seria possível sustentar, inclusive, a primazia da restrição de direitos em relação à privação de liberdade nos casos em que apenas a reincidência é um óbice à substituição. Desta forma – e sobretudo pelo fato de

²⁸⁶ Sobre

... de Direito Penal II, pp. 56-58.

se tratar de uma medida de menor dano aos direitos fundamentais –, parece ser plenamente justificável uma inversão da regra, no sentido de que o juiz deva sempre operar a substituição e, nos casos em que considerar que a prisão é a medida socialmente mais adequada, motivar sua decisão, justificando a opção pela pena carcerária em detrimento da pena alternativa.

Ao final, o art. 44, III, do Código, estabelece como requisito da conversão “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como [se] os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. Em realidade, o dispositivo legal reproduz a maior parte das circunstâncias judiciais do *caput* do art. 59 do Código, excetuando as consequências e o comportamento da vítima. Neste sentido, é possível 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”²⁸⁷, 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

²⁸⁷ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 561.

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 Tabela 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 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”²⁸⁸ – 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 poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo”²⁸⁹.

²⁸⁸ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 648.

²⁸⁹ 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 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 recapacitado 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.

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 Shecaira 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)²⁹⁰.

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 Shecaira entendem que este é o parâmetro central que deve conduzir o julgador na aplicação da pena de multa²⁹¹. 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).

²⁹⁰ SANTOS, *Direito Penal*, p. 543; SHECAIRA, *Teoria da Pena*, 286.

²⁹¹ REALE JR., *Instituições de Direito Penal II*, p. 74; SHECAIRA, *Teoria da Pena*, 286.

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 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”²⁹².

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