

# **A propósito de uma reflexão sobre a política legislativa na seara penal**

**A Lei 9.714/98, as penas alternativas e o “*sursis* humanitário”**

Charles Alexandre Simões Pires

## Sumário

1. Introdução.
2. A ampliação das penas alternativas.
3. “*Sursis* humanitário” ou “clínico”.
4. A nova interdição temporária de direitos.
5. Conclusão.

### *1. Introdução*

A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que amplia o alcance das penas alternativas e dá outras providências, é resultante do Projeto de Lei nº 2.684/96, de iniciativa governamental, que teve como relator o Deputado Romeu Tuma. Ela incorpora a contribuição de renomados penalistas, integrantes da Comissão de Especialistas designada para apresentação dos estudos sobre a matéria ou colaboradores que se arremeteram em torno da temática.

A lei referida retrata uma tendência do Direito Penal que, tanto no plano interno quanto no externo, dirige-se no sentido de uma política criminal alternativa em substituição à do encarceramento. Entre nós, a aludida tendência tem seu marco na Reforma da Parte Geral do Código Penal de 40, operada em 1984, que consagrou, apesar de em estreito âmbito, as penas alternativas ou substitutivas das de prisão, quebrando o monopólio da privação da liberdade como reprimenda penal.

Mais recentemente, a bandeira das penas alternativas vem sendo hasteada pelos seguidores da ideologia do Direito Pe-

Charles Alexandre Simões Pires é acadêmico de Direito junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

nal mínimo como forma de enfrentar o problema da criminalidade, em face da constatação de que a criminalização de condutas e a ampliação da intervenção do Estado mediante o rigorismo das penas privativas da esfera de liberdade do cidadão não têm a eficácia pretendida, isto é, não revertem a progressão da criminalidade, não intimidam a escalada da violência. E, por outro lado, o movimento apresenta-se como reação à dificuldade representada pelo tratamento da legislação que limitava a possibilidade das penas alternativas à substituição daquelas privativas não excedentes de um ano e só oferecia as opções de prestação de serviços à comunidade, a restrição de direitos e a limitação de fim de semana.

Contrapõe-se a bandeira do Direito Penal mínimo à ideologia da corrente intitulada de Lei e Ordem, que crê nas penas elevadas, na sofisticação e ampliação dos tipos penais e na pena retributiva como forma de diminuir a perturbação da sociedade.

Justificadas exaltações de segmentos sociais em face de casos notáveis como os de Daniela Perez, Míriam Brandão e da impunidade generalizada têm impulsionado o Legislativo a responder, no plano da normatização, com a aparente solução de combate à criminalidade por meio de criminalização de condutas e da exacerbação das penas privativas de liberdade.

Assim, enquanto o Poder Judiciário vinha-se empenhando em minimizar a intervenção estatal, buscando utilizar a pena privativa de liberdade com parcimônia, o Poder Legislativo enfatizava aquele modo de intervenção, aprovando, em 1990, a Lei de Crimes Hediondos e, posteriormente, cuidando, por meio de leis especiais, de estabelecer novos tipos como os relacionados com os procedimentos licitatórios, os relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, entre outros.

Iludem-se sociedade e Estado, que se vêm pressionados pelas estatísticas da

criminalidade, que não revelam qualquer sinal de poder intimidatório de disciplinas como a da Lei dos “Crimes Hediondos”, com as alterações posteriores. A lei citada, a par de apresentar incontornáveis problemas relacionados com a sua integração ao sistema normativo como um todo, não trouxe resultados positivos do ponto de vista prático.

Analisadas as soluções de combate à criminalidade delineadas pelo legislador em sucessivos documentos com suporte na filosofia de agravamento das penas e do encarceramento, observa-se que elas não convergem para a adequada persecução penal, opondo-lhe, ao contrário, obstáculos e gerando um quadro de absurda incoerência, no qual o Estado punidor é também o estimulador das práticas criminosas, seja em virtude da oneração imposta à máquina do Judiciário, seja em razão da inadequada política pública carcerária.

Num aceno de superação dessa atmosfera de incoerência, e agora já retratando uma moderna tendência do sistema penal, surge a Lei 9.714/98, que assinala sensível ampliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

## *2. A ampliação das penas alternativas*

A nova legislação eleva para dez o número de penas alternativas e possibilita ao aplicador, observados determinados condicionamentos, atrair para o infrator, em substituição às penas privativas de liberdade, penas alternativas ou substitutivas, todas assentadas sobre os pilares compensatórios da lesão operada em relação à vítima ou à sociedade.

As principais mudanças ocorrem por força dos arts. 43 e 44. O primeiro aumenta as penas restritivas de direito e o segundo carrega aqueles crimes cuja pena não seja superior a quatro anos para o campo de incidência da substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direito.

Além das penas alternativas que impunham obrigação de prestação de servi-

ços à comunidade, restrição de direito ou interdição temporária e limitação de fim de semana, ampliam-se, por meio do referido documento legislativo, as hipóteses, pela inclusão das de prestação pecuniária, perda de bens e valores e proibição de frequentar certos lugares.

Cabe ressaltar que a Lei adotou a posição de afastar da aplicação das penas alternativas o reincidente específico, o que se depreende de sua letra expressa.

Discute-se também a possibilidade de aplicação ou não da Lei 9.714/98 aos crimes hediondos. É certo que a nova Lei não cogitou de afastar de forma expressa a sua aplicação aos agentes dos tipos hediondos.

As soluções, contudo, não devem, a teor do art. 44, I, aproveitar os delitos de gravidade mais expressiva, isto é, os cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, por cuja prática os infratores continuarão sujeitos ao encarceramento.

O certo, porém, é que há registros de jurisprudência sustentando a compatibilidade entre crime hediondo e substituição da pena, desde que preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP com as alterações.

De qualquer modo, as penas alternativas representam um passo importante no caminho da persecução penal adequada, criando novas possibilidades ao aplicador da pena de adaptá-la ao condenado e ao escopo do Direito Penal, além dos reflexos diretos que trarão sobre o caótico sistema carcerário no Brasil.

A lei impõe significativas alterações ao instituto do *sursis* e às penas de interdição temporária de direitos.

Do *sursis*, a seguir, cogitaremos.

### 3. “*Sursis humanitário*” ou “*clínico*”

A Lei 9.714/98 trouxe, além da ampliação das penas consistentes em “restrição de direitos”, inovações sensíveis no instituto do *sursis*, introduzindo uma espécie de suspensão condicional da pena, atrelada à condição de saúde do condenado, ou

à sua faixa etária, conforme se vê da modificação textual do art. 77 do Código Penal:

“Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa por dois a quatro anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

Nota-se, portanto, que uma nova modalidade de *sursis* foi acrescida no sistema penal, abrindo-se uma nova possibilidade ao condenado de ter a execução de sua pena privativa de liberdade suspensa, condicionalmente, durante um período de tempo, devendo o apenado cumpri-la parcialmente, sob formas mais brandas.

É o *sursis* que se dirige ao idoso ou àquele cujas condições de saúde justifiquem a suspensão. A essas condições subjetivas especiais somam-se aquelas de caráter geral, sendo que o *sursis* especial é cabível para penas privativas de liberdade não-superiores a 4 anos.

Ao analisar o pedido de *sursis*, o julgador necessitará de um apoio técnico, traduzido em laudo médico, para avaliação da configuração do estado de saúde do condenado que justifique a suspensão da pena. Tal procedimento revela-se impres-

cindível, tendo em vista que o legislador utiliza-se de termos genéricos, que impossibilitam a precisão técnica, como se vê da nova redação do art. 77, § 2º, que adota a expressão indeterminada “razões de saúde”.

A redação como posta abrange os aspectos de saúde biológica e mental, possibilitando a extensão do benefício da suspensão não só aos doentes físicos, mas também aos deficientes de saúde psíquica, semi-imputáveis, que não sejam enquadrados em medida de segurança.

No entanto, a nova redação do art. 77 não pode ser interpretada de modo a favorecer a impunidade do agente que, por exemplo, dolosamente transmitir, por meio do contágio, doença venérea ou outra moléstia grave de que esteja contaminado. Desse modo, em princípio, não pode ser beneficiado pelo *sursis* o agente do art. 130 do CP ou do art. 131.

Diante do quadro de doenças que proliferam com extrema velocidade, como é o exemplo da AIDS, há de se ter em conta, na interpretação do dispositivo, a necessidade de conciliação do escopo de humanidade da norma e a proteção da coletividade.

Essa eventual dificuldade não invalida o avanço representado pela nova modalidade de *sursis*, uma vez que ele possibilita ao juiz adequar a pena às condições particulares do apenado, consoante o princípio da individualização, com o que se evita que o indivíduo seja levado à morte por não ter condições de saúde para cumprir o seu “martírio”. E, ainda, abre-se a perspectiva de melhora das condições de vida dos detentos nas penitenciárias brasileiras, já que a proliferação de doença é uma tônica na realidade da população carcerária do Brasil; não se cerceia a possibilidade de sobrevida ou cura do doente condenado e evita-se o seu contágio com os presos e, com isso, neutraliza-se o grande potencial lesivo que ele representa à saúde e integridade das pessoas tomadas ao cárcere.

Um último ponto merece atenção: o da denominação técnica da nova modalidade de suspensão condicional da pena, que a recente doutrina convencionou registrar como “*sursis* humanitário”. Teme-se que essa denominação traduza um caráter permissivo do benefício, sugerindo a cumplicidade da sociedade na própria criação do quadro em que se acha o infrator. De fato, a expressão transmite a idéia de que o desgraçado criminoso é penalizado e não apenado da forma adequada. De fato, no Brasil, a situação é mais de criminosos penalizados que apenados. De qualquer forma, salvo melhor juízo, à nova modalidade de *sursis* deveria ser dada a denominação de “*sursis* clínico” ou “*sursis* médico-legal” – que retrataria a indispensável proximidade entre o apenador e o laudo médico – ou, ainda, *sursis salubris* – “a suspensão condicional, *salutar* da pena” –, usado o termo na conotação de salubridade, a pressupor “as condições propícias à vida em relação a determinados lugares”.

#### 4. A nova interdição temporária de direitos

Entre as várias modificações apresentadas pela Lei 9.714/98, destaca-se, igualmente, a resultante do novo inciso IV do art. 47 do Código Penal. O artigo referido é incrementado com a proibição de que o condenado freqüente determinados lugares. Eis a nova redação do dispositivo:

“Art. 47 As penas de interdição temporária de direitos são:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo;

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.” (g. n.)

O artigo ganha novas possibilidades de aplicação, convergindo para as tendências alternativas de substituição de pena, no sentido de evitar que os agentes dos crimes de potencial lesivo mediano ou pequeno sejam apenados com a reclusão ou a detenção em instituições carcerárias fracassadas, com evidente pressão sobre o erário e inevitável exposição de criminosos não-violentos aos riscos da convivência no cárcere.

A proibição de freqüentar determinados lugares é uma opção entre as dez enumeradas no rol da nova lei. No entanto, a interdição prevista no inciso IV do art. 47 apresenta um traço distintivo em relação às demais previstas no mesmo artigo. Ela está incluída entre as penas de interdição temporária de direitos, mas é a única entre essas que pode ser aplicada ao delinqüente comum sem a observância de uma característica específica – condição legal, ligação à função pública ou habilitação especial para o trabalho –, o que acaba com o caráter privilegiador do art. 47 do Código Penal.

A discriminação era evidente: um agente comum poderia ter a sua pena privativa de liberdade substituída por três alternativas, a prestação de serviço à comunidade, a limitação de fim de semana e a multa – preenchidos os requisitos da substituição e observados os critérios referentes a cada pena. Já aquele criminoso cuja condição específica de agente figurasse como elemento característico do tipo penal, como é o caso daquele de omissão de notificação compulsória de doença, o peculato, entre outros, tinha uma possibilidade maior de substituição de sua pena, seja pelas alternativas já citadas, ou seja por uma daquelas indicadas nos incisos do antigo art. 47.

Com a mudança introduzida pelo inciso IV do referido artigo, poderá o aplicador da pena, também, lançar mão de pena de interdição temporária de direito de uma forma mais ampla para substituir

pena privativa de liberdade do criminoso comum.

Cabe ressaltar, ainda, que as penas do art. 47, além dos propósitos de retribuição e ressocialização, destinavam-se a evitar que o condenado voltasse a incidir no mesmo crime, uma vez que um dos elementos do crime estaria descartado por força das interdições. Vale dizer: o criminoso não mais teria condições especiais – habilitação legal, cargo público ou habilitação especial para o trabalho – para delinquir. No entanto, tal substituição, importando para o condenado em perda do emprego, em grande parte dos casos, e, conseqüentemente, em exclusão desse e de sua família do contexto social e econômico, acaba por infringir o princípio constitucional expresso no art. 5º, inc. XLV, da CF, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Com efeito, a solução aventada, além de ferir uma garantia constitucional, vai de encontro aos interesses da sociedade, fazendo do esforço estatal em conseguir a ressocialização um fracasso, marginalizando o indivíduo e desamparando a sua família, que seguirá desprovida do sustento.

Sob esse aspecto, a nova redação do art. 47 pode abrir perspectiva conciliatória, já que o inciso IV, integrando o universo das opções, não leva à perda do ofício ou trabalho, e sua aplicação pode, por si só, em alguns casos, ser um fator preventivo contra a reincidência.

A substituição viabilizada pelo novo inciso do art. 47, apesar de trazer inovações, pode ser frustrada por razões de ordem prática, relacionadas com a fiscalização e controle dos condenados. É que a permanente vigilância da conduta do condenado é uma condição para que a substituição da pena não seja uma permissividade ao delinqüente. Diante da inoperância do controle da execução da pena, especialmente dessa modalidade de reprimenda, teme-se pelo fracasso das novas soluções legislativas.

## 5. Conclusão

O quadro de marginalização, violência e criminalidade tem dimensão social, política e econômica. Daí que, nesse cenário de caos social, há necessidade de que sejam criadas, com urgência e de modo responsável, condições primárias de harmonização da sociedade.

É certo que cabe ao Direito Penal enfrentar a marginalização extraordinária, configurada pelas condutas criminosas de agressão ao estado de paz social. A ele não cabe, porém, a solução da marginalização ordinária – decorrente dos processos de exclusão, que generalizam as vítimas e indeterminam os agentes no âmbito de um sistema perverso –, isto é, a que faz parte de uma realidade caótica abrangente e permanente.

É sabido que, tanto no Brasil, como em outros países, a violência e a criminalidade estão atreladas a esses processos, apresentando-se como inevitáveis frutos da fome, da miséria, da descrença na autoridade, da veiculação da violência nos meios de comunicação de massa, da impunidade e da ausência de educação para a cidadania. Assim, não podem aquelas disfunções sociais ser solucionadas apenas pelo Direito Penal.

A forma e o grau da intervenção do Estado, o sistema de penas mais ou menos atenuadas e a operância do Judiciário são instrumentos, sim, de interferência na criminalidade, mas apenas enquanto caracterizada esta pela marginalização extraordinária, isto é, aquela assumida pelo agente e não a de que é a anônima vítima.

O estado caótico de violência, que tem sua base estrutural no sistema de exclusão, não se combate e nem se altera pelos caminhos da produção legislativa no estreito âmbito do Direito Penal.

Nesse sentido, diante da realidade brasileira – marcada pela desestruturação das instituições sustentadoras de nossa sociedade e pela vulneração dos valores do respeito à dignidade humana –, o direito há que se renovar profundamente e em seus diversos campos, e haverão de se recriar os métodos de intervenção do próprio Estado.

Desse modo, não de se conjugar medidas que substantivem na realidade brasileira a dignidade humana – na sua expressão singular e coletiva –, e, paulatinamente, o direito há de se modernizar, especialmente o penal, mediante a descriminalização de condutas já absorvidas pela sociedade, a adoção de penas alternativas para que, ao invés de se vitimar o indivíduo, busque-se colocá-lo em processo de reconstrução de sua relação com a sociedade em que vive, principalmente por meio do trabalho e, ainda, por meio de outras medidas de uma adequada política penal, que leve em conta as especificidades do caso brasileiro e que tenha como norte a dignidade da pessoa humana e o resgate da autoridade na sua mais legítima expressão.

## Bibliografia

- Penas Alternativas. In: *Estado de Minas*. 04/dez. 1999.
- SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4, 1993.
- Exposição de Motivos* 689. 18/dez. 1996. (Antônio Carlos Jobim, Ministro de Estado da Justiça).
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.
- VARALDA, Renato Barão. Penas restritivas de direitos: Inovações. In: *Encarte especial IBCCRIM*, nº 75, fev. 1999.
- Sistema prisional humano e regenerador: posição do prof. Ariosvaldo repercute na mídia e no meio científico. In: *O Sino do Samuel*. nov./dez. 1999. p. 3.