

## **SUBSTITUIÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

BARBOSA, Lenires Terezinha de Oliveira Toledo<sup>1</sup>

JARDIM, Edeveraldo Alessandro da Silva<sup>2</sup>

NASCIMENTO, Rogerio<sup>3</sup>

SILVA, Cristiane Rodrigues Pereira da<sup>4</sup>

A premissa elementar a ser considerada conforme Greco (p. 528) refere-se ao fato de que a pena figura como um mal necessário, o Estado deve sempre se preocupar não apenas com a punição do condenado, mas qual será a melhor pena a ser aplicada, lembrando sempre que nenhuma pena pode ferir a dignidade humana e observando sempre o princípio da proporcionalidade, ou seja, crimes graves, penas mais rigorosas, crimes de menor potencial ofensivo, penas mais brandas, evitando assim que o condenado por crimes pequenos sofra com os males do sistema carcerário e que também se misture com detentos mais perigosos. Como salienta Estefam, Gonçalves (p. 402), o juiz no momento da sentença condenatória deve sempre observar se é possível a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Reitera Gonçalves (p.114), que as penas restritivas de direitos são autônomas, e possuem caráter substitutivo, ou seja, podem ser aplicadas, se presente todos os requisitos necessários para a substituição das penas privativas de liberdade. Porém a substituição não se dará automaticamente na sentença condenatória, após o juiz aplicar a pena privativa de liberdade poderá analisando os requisitos legais, e se reunidos, realizar a substituição da pena.

---

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito Centro universitário “DR Edmundo Ulson” UNAR.  
E-mail: [leniresoliveira@ig.com.br](mailto:leniresoliveira@ig.com.br)

<sup>3</sup> Bacharelado em Direito Centro universitário “DR Edmundo Ulson” UNAR.  
E-mail: [edeveraldo.jardim@gmail.com](mailto:edeveraldo.jardim@gmail.com)

<sup>4</sup> Bacharelado em Direito Centro universitário “DR Edmundo Ulson” UNAR.  
E-mail: [rogerionascimento7@hotmail.com](mailto:rogerionascimento7@hotmail.com)

<sup>5</sup> Bacharelada em Direito Centro universitário “DR Edmundo Ulson” UNAR.  
E-mail: [estreinamentos@yahoo.com.br](mailto:estreinamentos@yahoo.com.br)

Os requisitos para a conversão estão presentes no art. 44 do CP.

Art. 44 CP: As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas de liberdade quando:

I – Aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – O réu não for reincidente em crime doloso;

III – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

É de suma importância segundo Santos, Copabiano (p.101), não confundir a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (efetuada na sentença obrigatória pelo magistrado), prevista no art. 44 do CP, com o incidente da conversão da pena privativa de liberdade (já em execução) pela restritiva de direitos, previsto no art. 180 da Lei 7210/84 (LEP), pois os requisitos para conversão são outros:

Art. 180 da LEP – A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos desde que:

I – O condenado a esteja cumprindo em regime aberto;

II – Tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena;

III – os antecedentes indiquem ser a conversão recomendável.

Capez (p.432), esclarece quanto aos requisitos da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos baseado no art. 44 do CP. Ele as separa em requisitos objetivos e subjetivos.

Sendo assim, os objetivos são:

**1- Quantidade da pena privativa de liberdade aplicada:** Deve ser igual ou inferior a quatro anos. Já se o crime for culposos, a substituição será possível independente da pena imposta.

**2- Natureza da infração penal:** Crime sem violência e grave ameaça à pessoa.

De acordo com Capez (p. 433), quando o crime é cometido com violência ou grave ameaça refere-se à pessoa, não há coisa. Logo, se há emprego de força

bruta contra a coisa, seja pública ou privada, não impede a aplicação da pena alternativa. Seguindo nessa mesma linha encontramos o crime de lesão corporal leve (art. 129, caput, CP), constrangimento ilegal (art. 146, CP), ameaça (art. 147, CP) e contravenção de vias de fato (LCP, art. 21), embora cometidos com violência ou grave ameaça, admitem substituição por pena alternativa, pois são infrações de menor potencial ofensivo. Assim não faz sentido que, presentes todos os demais requisitos legais, como primariedade e bons antecedentes, não possa o réu receber o benefício da conversão.

Requisitos Subjetivos:

**1- Não ser reincidente em crime doloso:** Quanto a reincidência Jesus (p.578), explica detalhadamente qual o tipo de reincidente previsto na lei, refere-se ao não reincidente em crime “doloso”, de modo que não há impedimento à aplicação da pena alternativa quando: 1-) Os dois delitos são culposos; 2-) O anterior é culposo e o posterior doloso; 3-) O anterior é doloso e o posterior culposo. Quanto aos delitos preterdolosos, há impedimentos tendo em vista que o *primum delictum* é doloso.

A reincidência, no sistema da Lei nº 9.714/98, não constitui obstáculo absoluto à imposição das penas alternativas (art. 44, § 3º). Reincidente o condenado ainda que em crime doloso, incide o § 3º do art. 44. A reincidência que proíbe de forma absoluta a substituição é a que ocorre com a “prática do mesmo crime” doloso. (§ 3º, *in fine*).

(JESUS, p.578, 2013)

Nesse sentido Jesus (p.578), ainda explica o sentido de “mesmo crime”, nos termos do § 3º do art. 44 CP, mesmo crime é aquele que apresenta as mesmas elementares, sejam tipos simples, privilegiadas ou qualificadas, tentadas ou consumadas.

Capez (p. 432), quanto a reincidência ainda menciona que caso ocorra o lapso de tempo de 5 anos entre a extinção da pena do crime doloso anterior e a prática de um novo delito doloso, o criminoso não será considerado reincidente, não existindo a vedação da substituição, esse período de 5 anos é conhecido como período depurador, também conhecido como prescrição quinquenal da reincidência (art. 64, I, CP).

**2- Culpabilidade, os antecedentes, a conduta, a personalidade ou ainda os motivos e as circunstâncias:** Todos esses requisitos estão presentes no art. 59, caput, do CP. Somente dois requisitos não aparecem aqui: comportamento da vítima e consequências do crime (ambas de natureza objetiva). Sendo assim, o art. 44, III do CP levou somente em conta as circunstâncias subjetivas do mencionado art. 59.

Art. 59 “caput” - O juiz atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...]

De acordo com Jesus (p. 577), essas condições objetivas e subjetivas devem existir simultaneamente para que se possa fazer a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Mirabete (p. 279-280), alerta que essas circunstâncias pessoais, devem ser observadas na fixação da pena privativa de liberdade, pois elas podem dar a medida da conveniência da substituição. Os condenados que a partir dos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a conveniência social harmônica, que tiverem antecedentes ruins, mesmo que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem uma conduta marcada por fatos antissociais, ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada, e quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal. Não há sentido na substituição quando se verifica na instrução criminal que o sentenciado não irá cumprir com as condições e deveres impostos pela condenação a pena restritiva de direitos.

Portanto cabe ao juiz analisar tais condições pessoais, se favoráveis, efetua-se a substituição, se demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica o juiz pode negar a substituição.

Embora a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos não seja direito do sentenciado, na função individualizadora da fixação da pena, deve o juiz declinar na sentença as razões pela não

conversão, permitindo ao interessado defender o cabimento da medida de eventual recurso.

### **Questões Pontuais em Relação a Conversão de Penas Privativas de Liberdade em Penas Restritivas de Direitos:**

- **Tráfico de drogas**

A pena prevista para tráfico é reclusão, de 5 a 15 anos e multa. Porém Estefam e Gonçalves (p. 400), relembra que o art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas) prevê que esta pena pode ser reduzida de 1/6 a 2/3 se o traficante for primário, de bons antecedentes, não integrar organização criminosa e não se dedicar costumeiramente ao tráfico. Nesses casos é comum que a pena privativa de liberdade aplicada seja inferior 4 anos.

O crime de tráfico, não envolve em regra, emprego de violência ou grave ameaça. Entretanto de acordo com a própria Lei Antidrogas essa substituição era vedada. Em suma, o condenado cumpria todos os requisitos genéricos do Código penal, mas não poderia obter o benefício por conta da lei especial. O STF entendendo que essa vedação afrontava diretamente o princípio da individualização da pena decretou a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei especial nesse aspecto, através da Resolução nº 5 de 2012, permitindo assim, a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos nos crimes de tráfico, desde que presentes os requisitos legais (pena não superior a 4 anos, primariedade, bons antecedentes, etc).

- **Condenação por Crimes Hediondos**

Azevedo, Salim (p.428), indicam que a Lei 8.072/90 não veda expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em crimes hediondos ou equiparados, de forma que se admite sua aplicação desde que presentes os requisitos legais.

A esse respeito Capez (p. 436), menciona que a partir do advento da Lei nº 11.464/07, a pena por crime previsto na Lei nº 8.072/90 será cumprida “inicialmente”, e não mais integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), de forma que tal circunstância legal, que para muitos, era impedimento para conversão da pena em restritiva de direitos, não mais existe. Porém de qualquer maneira dificilmente os autores desses crimes irão

preencher os requisitos dos arts. 44, III, e 77 CP, dado que a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime provavelmente não indicarão a substituição por pena alternativa ou a concessão do sursis como suficiente para uma adequada resposta penal.

- **Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher**

Esclarece Estefam, Gonçalves (p. 401), nos crimes com violência física efetiva ou grave ameaça contra a mulher, abrangidos pela Lei nº 11.340/06 (conhecida como Lei Maria da Penha) não se mostra cabível qualquer substituição por pena alternativa, salvo se tratar de infração de menor potencial ofensivo, quando estará vedada somente a substituição por pena de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como por pena exclusiva de multa.

Atualmente o crime de lesão corporal leve que envolva violência doméstica (contra homem ou mulher) tem pena máxima de 3 anos (art. 129, § 9º, do CP), não sendo portanto, infração de menor potencial ofensivo. Assim, como envolve violência contra outra pessoa, inadmissível a substituição por pena restritiva, cabendo eventualmente, o sursis, se a pena fixada na sentença não superar 2 anos (art. 77 CP).

- **Condenação por Roubo Simples Praticado com Emprego de Meio que Reduza à Vítima a Impossibilidade de Resistência**

Para Capez (p. 437), se a pena aplicada for de 4 anos, surgirá a dúvida sobre a possibilidade ou não de substituição por pena alternativa. Não houve emprego de violência ou grave ameaça, mas de um terceiro meio não previsto em lei como impedimento para o benefício, um exemplo é o conhecido “boa noite cinderela”, onde o delinquente coloca sonífero na bebida da vítima para depois subtrair seus pertences. Porém deve-se observar que a denominação violência imprópria não aparece no Código Penal. A violência tem sempre o sentido de emprego de força sobre coisa ou pessoa fazendo-se estranhas hipóteses legais da violência presumida. Porém deve-se observar que a denominação “violência imprópria” não aparece no Código Penal, mas é considerada violência qualquer forma que faça a vítima agir contra sua vontade, seja por força bruta, ou por meio de quaisquer artifícios que reduza a

resistência do seu querer, podendo ser droga, bebida, soníferos. Sendo assim não cabe substituição.

- **Situação em caso de concurso de crimes**

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassar o limite mencionado, de quatro anos (com exceção dos crimes culposos.).

(MIRABETE, P. 278,2003)

Para Capez (p.433, no concurso material também será vedado o benefício se o total da pena fixado em concreto exceder a quatro anos, não importando que cada pena seja inferior a esse tempo, pois aqui se somam as penas dos delitos praticados, ou seja, se é condenado a três anos por um determinado crime e a 2 por outro crime ( ambos cometidos em concurso material ). Não terá direito a substituição pois somadas as penas ultrapassam os quatro anos, um dos requisitos básicos para a substituição. Porém se a soma das penas forem inferior á quatro anos , e presentes todos os demais requisitos do art. 44 do CP podem obter a substituição .

Quando se tratar de concurso de crime formal é levado em conta o total da pena imposta, usa-se o critério da exasperação. Aqui não há soma das penas , utiliza-se o juiz da pena mais alta dos crimes se diversos, e uma pena se crimes idênticos aumentada de 1/6 a um 1/2 . Caso a pena privativa de liberdade imposta não ultrapasse a quatro anos é possível a substituição pela pena restritiva de direitos se presentes os outros requisitos do art. 44 CP.

### **Duração das penas Restritivas**

Mirabete (p.280) esclarece que a restritiva de direitos deve ter a mesma duração da pena privativa de liberdade por ela substituída em caso de crime doloso, não podendo o juiz dar-lhe duração menor ou maior que aquela estabelecida na fixação do tempo de reclusão, detenção ou prisão simples fixado em princípio.

São as seguintes opções conferidas ao juiz no caso de crime doloso:

A) Se a PPL for igual ou inferior a um ano, a regra geral é substituição por multa ou por uma PRD. (art. 44 § 2º, 1ª parte).

B) Se praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, e a PPL seja igual ou inferior, permite-se a substituição, pela pena prevista no art. 47, I (art. 44 § 2º, 1ª parte, e 56), se a pena aplicada for superior e não excedente a quatro, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, e multa, ou por essa interdição mais uma PRD.

C) Se praticado o crime no exercício de profissão, ofício ou atividade que dependem de habilitação especial, se a pena for igual ou inferior a um ano, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, II (art. 44 § 2º, 1ª parte, e 56). Se a pena aplicada for superior e não excedente a quatro, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, e multa, ou por essa interdição mais uma PRD.

D) Se aplicada PPL superior a seis meses e inferior a quatro anos, permite-se a substituição pela pena de prestação de serviços à comunidade (art. 46), se superior a um e não excedente a quatro anos, como regra geral, a substituição poderá ser por uma PRD e multa, ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, 2ª parte).

**Obs:** Tanto as penas aplicadas nos casos de crimes praticados no exercício de cargo, função pública ou no exercício de profissão, ofício ou atividade que dependem de habilitação especial e prestação de serviços ou se a PPL for superior a um e não excedente a quatro anos, quando somadas as penas não elas podem ultrapassar a duração originalmente aplicada ( art. 55, CP).

## CONCLUSÃO

Esse tipo conversão, tanto o sucesso ou insucesso dessas substituições estão diretamente ligadas ao sentenciado, que deve estar sempre amparado por uma equipe e ser conscientizado da importância, sentido e finalidades das penas restritivas de direitos, para que se evite ao máximo uma pena restritiva de liberdade.



## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AZEVEDO, Marcelo André de, SALIM, Alexandre – **Coleção Sinopse para Concursos – Direito Penal - Parte Geral**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Bahia: JusPodilvm, 2014.

CAPEZ, Fernando – **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120)**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Rios – **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Direito Penal: parte geral , V.7**, 4 ed.rev. São Paulo : Saraiva, 2000 ( coleção sinopses jurídicas).

GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal. Vol. 1**, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

JESUS, Damásio – **Direito Penal – Vol. 1 – parte geral** – 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini – **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini – **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Valedir Ribeiro, COPABIANO, Rodrigo Júlio – **Como se Preparar para o Exame da Ordem, 1ª fase: penal**. 11 ed. São Paulo: Método, 2014.