

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER  
CURSO DE DIREITO

**LUÍS FERNANDO CABRAL DE MEDEIROS**

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA NA LEGISLAÇÃO  
PENAL BRASILEIRA E SEU DESUSO COM O ADVENTO DA  
LEI Nº 9.714/98**

**RUBIATABA-GO  
2007**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER  
CURSO DE DIREITO

**LUÍS FERNANDO CABRAL DE MEDEIROS**

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA NA LEGISLAÇÃO  
PENAL BRASILEIRA E SEU DESUSO COM O ADVENTO DA  
LEI Nº 9.714/98**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Cláudia Pimenta Leal.

**RUBIATABA-GO  
2007**

**LUÍS FERNANDO CABRAL DE MEDEIROS**

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA NA LEGISLAÇÃO PENAL  
BRASILEIRA E SEU DESUSO COM O ADVENTO DA LEI Nº 9.714/98**

COMISSÃO JULGADORA  
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR \_\_\_\_\_

Cláudia Pimenta Leal – Especialização em Direito Penal e Criminologia

2º EXAMINADOR \_\_\_\_\_

Geruza Silva de Oliveira – Mestre em Sociologia

3º EXAMINADOR \_\_\_\_\_

Eduardo Barbosa Lima – Especialização em Direito Penal

Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à memória de meu pai, José Carlos Cabral de Medeiros e de minha avó, Elvira Gusson Cabral de Medeiros, a quem devo uma vida de carinho e dedicação, a orientação segura para o estudo e para o trabalho e o despertar para a luta permanente por meus ideais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos os mestres e principalmente as professoras, Cláudia Pimenta Leal e Geruza Silva de Oliveira, sem as quais tornaria muito mais difícil a conclusão deste trabalho.

"De nada vale o conceito da liberdade sem leis que a caracterizem, porque, enquanto a liberdade não é caracterizada em lei, é apenas uma utopia, um pensamento subjetivo. Ela só se torna real, com todos os seus valores, quando se transforma em lei ou quando a lei a preserva." Rui Barbosa.

## RESUMO

A pena privativa de liberdade intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Ela propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidade diversa, fazendo com que detentos assimilem as sofisticadas técnicas e condições voltadas para a prática criminosa. O atual sistema carcerário está falido, porém é necessário lembrar que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de alguns. Procura-se fazer com que a pena privativa de liberdade seja imposta somente aos crimes graves e aos delinquentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída por medidas como o sursis e por penas alternativas e restritivas de direito. O sursis tem como objetivo a reeducação e ressocialização do criminoso e não permite que o condenado se sujeite a execução da pena privativa de liberdade de pequena duração, restrição agravada pelo convívio com outros de maior periculosidade. A suspensão condicional da pena é ato pelo qual o juiz condena o delincente primário, não perigoso à pena privativa de liberdade de curta duração, suspende a execução da mesma, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições. Trata-se de um direito do condenado, pois preenchendo todos os requisitos legais é obrigatório a concessão do benefício. Uma vez atendido os requisitos, o condenado submete-se ao período de prova. Durante este período deve-se cumprir determinadas condições legais ou judiciais sob pena de ver revogada a medida. Ao fim deste período, sem que haja ocorrido motivo para a revogação, o juiz deve declarar extinta a pena privativa de liberdade. Por muito tempo o sursis foi à grande saída na substituição de penas privativas de liberdade, devido ao fato de não colocar o condenado com outros marginais de alta periculosidade, estimulando a não reincidência, pois não o tira da sociedade, apenas o ensina um caminho melhor a percorrer. Com o advento da Lei nº 9714/98 - Lei das Penas Alternativas, este instituto tornou-se obsoleto. Isto porque o juiz, ao aplicar a pena privativa de liberdade até quatro anos, poderá substituí-lo por pena restritivas de direitos e, somente isso não sendo possível, avaliará a possibilidade de concessão do sursis. Daí a aplicação de Penas Alternativas e o desuso do sursis. O Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, incumbe o policiamento da correta aplicação da Lei 9.714/98, além disso, não podemos esquecer que a aplicação de uma pena restritiva de direitos, em quaisquer de suas modalidades, tem um poder de prevenção e repressão do delito muito mais eficaz que a mera aplicação do regime aberto ou do sursis, cujo cumprimento não é de modo algum fiscalizado, dado a sua inviabilidade devido a realidade em que se encontra nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Suspensão Condicional da Pena; Advento; Penas Alternativas; Desuso.

## ABSTRACT

The prison sentence steps up the jail drama, but it doesn't reduce the criminality. It propitiates a society between people that present different kinds of dangers, leading the jailbirds learn sophisticated strategies and conditions used in criminal skills. The present jail system has been failed, however, it's necessary to remember that the prison sentence is the extreme resource which the Government counts on to defend the citizens from illegal practices committed by someones. The prison sentence must be imposed only for grave crimes and on intense danger felons. In another cases, it must be changed for measures like the sursis, or else, for alternative and restrictive right penalties. Sursis's objective is re-educating and re-socializing the criminals the criminals; not allowing these people to subject the prison sentence's execution of short duration, restriction that becomes aggravated by the sociability with higher danger guiltyies. The conditional suspension of the penalty is the act6 which the judge, sentence a primary guilty who is non-dangerous to the prison sentence of short duration. So, the judge suspends its execution, allowing the sentenced person to get free. However, under certain conditions. It is considered a right of the convict, because, filling out all the legal requirements, the convict subjects to a test's period. During this period, it's necessary to go through certain legal or judicial conditions, taking the risk of having this measure reversed. At the end of this period, without motives to reserve it, the judge must declare extinct the prison sentence. For a long time, sursis was the best solution to substitute prison sentences. Due to the fact of not joining the convict with other high danger delinquents, stimulating o non-reiteration, because they are not taken out of the society, they are just taught a better way to follow. With the advent of the law number 9714/98 (alternative penalty's law), this institute became obsolete. It's because the judge, administering the prison sentence until four years, will be able to substitute it for restrictive rights penalties and just in the case of impossibility, will analyze the concession's possibility of sursis. That's the reason of the application of alternative penalties and the disuse of sursis. To the Public Ministry- in the fiscal quality of the law- concerns the fiscalization of the correct application of the law number 9714/98, besides, we can't forget that the application of a restrictive penalty of rights, in any of these modalities, has a more effective, preventive and repressive power on the felony, than the more application of the open regime or the sursis, which fulfillments not anyway fiscalized because of its inviability, due to the real situation that our juridic ordenament fits into.

**Keywords:** Conditional Suspension of Penalty; Advent; Alternative Penalties; Disuse.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 11 |
| 1. DO SURSIS.....   | 13 |
| 1.1 Conceito.....   | 13 |
| 1.2 Evolução Histórica do Sursis no Mundo e no Brasil.....                              | 14 |
| 1.3 Natureza Jurídica.....  | 16 |
| 1.4 Sistemas.....   | 17 |
| 1.5 Espécies de Sursis.....   | 18 |
| 1.6 Requisitos.....   | 20 |
| 1.7 Período de Prova.....   | 22 |
| 1.8 Revogação.....  | 24 |
| 1.9 Prorrogação.....  | 26 |
| 1.10 Extinção da Pena.....  | 27 |
| 2. ANALISANDO O INSTITUTO.....  | 28 |
| 2.1 Vantagens e Desvantagens da Suspensão Condicional da Pena.....                      | 28 |
| 2.1.1 Vantagens da Suspensão Condicional da Pena.....                                   | 28 |
| 2.1.2 Desvantagens da Suspensão Condicional da Pena.....                                | 29 |
| 2.2 Diferença entre Suspensão Condicional da Pena e Suspensão Condicional do Processo.. | 31 |
| 2.3 Relação entre a Suspensão Condicional da Pena e os Direitos Humanos do Cidadão..... | 32 |
| 3. O SURSIS E AS PENAS ALTERNATIVAS.....  | 34 |
| 3.1 Aplicação.....  | 34 |
| 3.2 Algumas considerações sobre o sursis em relação à Lei n. 9.714/98.....              | 35 |
| 3.3 O Desuso do Sursis com o Advento da Lei n. 9.714/98.....                            | 36 |
| 3.4 Sursis e reincidência.....  | 37 |
| 3.5 Sursis e crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.....                 | 38 |
| 3.6 Sursis ou pena substitutiva.....  | 38 |
| 4 A JURISPRUDÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS.....   | 42 |
| 4.1 A prevalência das penas alternativas em relação ao sursis.....                      | 42 |
| 4.2 Jurisprudências.....  | 43 |

|  |    |
|--|----|
| 4.2.1 Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito..... | 43 |
| 4.2.2 Legislação em conflito.....  | 44 |
| CONCLUSÃO.....   | 48 |
| REFERÊNCIAS.....   | 50 |

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**CF:** Constituição Federal de 1988

**CP:** Código Penal de 1940

**CPP:** Código Penal Processual de 1941

**LEP:** Lei de Execuções Penais

**STF:** Supremo Tribunal Federal

**STJ:** Superior Tribunal de Justiça

**TRF:** Tribunal Regional Federal

**T:** Turma

**Art:** Artigo

**§:** Parágrafo

## INTRODUÇÃO

Neste trabalho de monografia, será apresentada uma análise da suspensão condicional da pena, com o escopo de fazer você leitor, entender melhor este instituto que muito tem contribuído com a ressocialização e reeducação do condenado, representa portanto, um papel tão importante na sociedade que é de reeducar o delinqüente e conduzi-lo à sociedade como parte integrante daqueles que respeitam o direito de liberdade e não puni-lo e por conseguinte, seu desuso com o advento da Lei nº 9714/98 - Lei das Penas Alternativas.

A tipologia da pesquisa quanto à abordagem, será teórica, lastreada em análise a partir de pesquisa bibliográfica e documental, e finalizando o tipo de pesquisa quanto à operacionalização, será bibliográfica, tendo como âncora a literatura existente na área: livros; enciclopédias; coletâneas; coleções; artigos de revistas; artigos de jornais; artigos de periódicos em geral; publicações por meio eletrônico. Quanto à metodologia, pesquisarei na legislação, utilizando diversos Códigos, da Constituição Federal e de Leis Esparsas. Uma ampla pesquisa na doutrina, de escritores renomados, pesquisa a sites na internet, escrita por grandes entendedores do instituto e em sites de Tribunais, busca a melhor jurisprudência para o assunto abordado.

A redação da monografia será na forma de dissertação, na qual emitirei uma opinião, um julgamento, um juízo de valor sobre o tema supramencionado.

A pena privativa de liberdade intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Ele propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidade diversa, faz com que detentos assimilem as sofisticadas técnicas e condições voltadas à prática criminosa. O atual sistema carcerário está falido, porém é necessário lembrar que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de alguns.

Procura-se fazer com que a pena privativa de liberdade seja imposta somente aos crimes graves e aos delinqüentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída por medidas como o sursis e por penas alternativas e restritivas de direito.

O sursis tem uma profunda relação com os Direitos Humanos do Cidadão, uma vez que, ele defende o bem maior do indivíduo que é a liberdade. Procura fazer com que aquele que cometeu crime de menor potencial ofensivo não tenha sua liberdade cassada, tomada,

impedindo que este, tenha como endereço a cela de um estabelecimento prisional, dividindo-a com marginais de alta periculosidade.

No primeiro capítulo, conceituo o instituto que dá enfoque às penas privativas de liberdade que apesar de não atender as suas finalidades, ainda é o único recurso que dispomos no combate a crimes de grande potencial ofensivo. Trata também da evolução histórica no Brasil e no Mundo, sobre a natureza jurídica, que ainda hoje é palco de discórdia entre os doutrinadores, os sistemas existentes do sursis, apesar de adotar o sistema belga-francês, faço comentários sobre os demais: anglo-americano e o alemão, dando destaque para as diferenças existentes entre o belga-francês e o anglo-americano, as espécies de sursis. Darei enfoque aos requisitos e condições, que caso não forem preenchidos torna impossível sua concessão. Comentarei sobre o período de provas por que passa o beneficiado do sursis, uma vez que ele lhe é concedido, as causas de revogação, prorrogação e extinção da pena.

No segundo capítulo, analisarei o instituto que dá destaque às vantagens e desvantagens do sursis, às diferenças existentes entre suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo, a relação existente entre a suspensão condicional da pena e os direitos humanos do cidadão.

Já no terceiro capítulo, analisarei a Lei nº 9.714/98 – Lei das Penas Alternativas, que na prática vem tomando o lugar do sursis e sua aplicação. Abordarei também, considerações em relação a suspensão condicional da pena e a Lei das Penas Alternativas, como seu desuso; a reincidência, o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Finaliza neste capítulo, com a discussão sobre a aplicação do sursis ou a pena alternativa.

E por fim, no quarto e último capítulo, darei destaque para a jurisprudência entre os institutos, demonstrando através de várias jurisprudências a prevalência das penas alternativas em relação ao sursis, que com o advento da Lei nº 9714/98 - Lei das Penas Alternativas, este instituto tornou-se obsoleto. Isto porque o juiz, ao aplicar a pena privativa de liberdade até quatro anos, poderá substituí-lo por pena restritiva de direitos e, somente isso não sendo possível, avaliará a possibilidade de concessão do sursis. Daí a aplicação de Penas Alternativas e o desuso do sursis.

# 1. DO SURSIS

## 1.1 Conceito

A liberdade do ser humano é o bem mais precioso que existe e desde toda história é perseguido. Há uma falsa idéia de que somente se reduz a criminalidade com a implantação de novos tipos penais cada vez mais severos, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções. Perde-se o caráter educativo para dar lugar ao caráter intimativo.

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida, não readapta o delinqüente. É utópico pretender ressocializar o delinqüente; é impossível pretender a reincorporação do interno a sociedade por meio da pena privativa de liberdade, quando, de fato, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade. Ela intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade, propícia o convívio indistinto de pessoas de periculosidade diversa, faz com que detentos assimilem as sofisticadas técnicas e condições voltadas à prática criminosa. Porém, ela deve ser aplicada como recurso extremo com que conta o Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de alguns.

O conceito de reação do Estado aos infratores destas condutas antijurídicas, não configura, contudo, exercício de vingança. Desde a doutrinação de Cesare Beccaria em sua obra clássica *Dos Delitos e das Penas* (1764), as reações punitivas passaram antes a destinar-se à recuperação social do infrator, do que para submetê-lo a qualquer tipo de sofrimento. Outra conquista de Beccaria reside no princípio de que a imposição da lei criminal não pode atingir além do agente delituoso.

Entre as propostas para se evitar o encarceramento, a que obteve maior sucesso foi a da instituição do sursis - Suspensão Condicional da Pena, a qual se dá, um crédito de confiança ao criminoso e atua também como um meio de eficácia educadora, pois durante o período de prova, o condenado se habitua a uma vida ordenada e conforme a lei.

O sursis tem por finalidade a reeducação do criminoso, impedindo que os delinqüentes condenados a penas de menor duração fiquem privados de sua liberdade, restrição agravada pelo convívio com outros de maior periculosidade.

A suspensão condicional da pena é o ato pelo qual o juiz condenando o delinqüente primário, não perigoso, à pena privativa de liberdade de curta duração, suspende a execução da mesma, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições. Trata-se de um direito do condenado, pois preenchendo todos os requisitos legais, é obrigatória a concessão do benefício, não tendo o juiz, a faculdade de aplicar ou não o sursis.

A reincidência é menor no que se refere aos submetidos a medidas como o sursis e demais medidas não privativas de liberdade e maior em relação aos condenados que cumprirão penas restritivas de liberdade. Além dos brasileiros, o estrangeiro também pode ser beneficiado pelo sursis, tendo carteira com visto permanente (TRF da 2ª Região, 1ª T., Rio de Janeiro-STJ, 7/356) ou carteira com visto provisório (Lei n. 6.815/80: RT, 640/341).

O sursis é tratado no Código Penal Brasileiro nos artigos. 77 a 82 e na Lei de Execução Penal artigos 156 e seguintes.

## **1.2 Evolução Histórica do Sursis no Mundo e no Brasil**

A verdadeira origem da suspensão condicional da pena se deu em Massachusetts, Estados Unidos, no ano de 1846, com a criação da Escola Industrial de Reformas. O instituto, inicialmente, nessa escola, destinava-se aos delinqüentes menores, naturalmente primários, que em vez de sofrerem a aplicação da pena, deveriam ser recolhidos a tal escola, sendo assim subtraídos dos malefícios ocasionados pela prisão. A consagração definitiva do instituto ocorreu somente com a edição de uma lei em 1896, no mesmo Estado de Massachusetts, que depois se estendeu ademais Estados. Na Inglaterra, o Criminal Law Consolidation Act (Consolidação da lei Criminal) de 1861 e o Summary Law Jurisdiction Act (Lei Sumária de Jurisdição) de 1897 mantinham uma espécie de substitutivo penal com algumas semelhanças com a antiga *fustigatio romana*, permitindo ao juiz omitir a declaração de culpabilidade diante de determinadas circunstâncias.

Em 1886, com o Probation of First Offenders Act (instituto da suspensão condicional da pena), foi estendida a concessão do benefício a delitos, cuja pena fosse de até dois anos de prisão, com a condição do condenado manter boa conduta durante o período probatório. E atualmente com ampla aplicação do instituto conhecido como probation system (suspensão de pronunciamento da sentença) por obra do Probation of First Offenders Act de 1907.

Porém, a maioria dos doutrinadores atribui a origem moderna da suspensão condicional ao projeto que Berenger apresentou, em 1884, no parlamento francês, que em suas linhas gerais, consagrava a suspensão condicional da pena. Apesar da qualidade e das vantagens que o projeto apresentava, foi objeto de longos e polêmicos debates no parlamento francês. A Bélgica, inteirando-se dos termos do trabalho de Berenger, e sabendo de seu indiscutível valor, adiantou-se, e com a Lei de 31 de maio de 1888, adotou o novo instituto. Coube-lhe, assim, a honra de ser o primeiro país da Europa Continental a introduzir, em sua legislação, as vantagens da melhor política criminal através do instituto da suspensão condicional da execução da pena, também conhecida como *sursis*.

Somente três anos mais tarde, com a Lei de 26 de março de 1891, a França adotou o mesmo instituto, que passou a ser conhecido como belgo-francês. Sua consagração ou importação pelos demais países não se fez esperar: Portugal (1893), Itália e Bulgária (1904), Dinamarca e Holanda (1905), Suécia (1906), Espanha (1908), Grécia (1911), Finlândia (1918), Áustria (1920). A Alemanha teve durante muito tempo seu próprio sistema, que foi adotado em 1896, com características diferentes do sistema adotado nos Estados Unidos e Inglaterra (anglo-saxão) e do adotado no continente europeu (belga-francês). Posteriormente, os países da América Latina também passaram a adotar, em geral, o sistema belga-francês.

Na América Latina o *sursis* foi adotado no sistema belgo-francês. O Brasil o adotou através do Decreto n. 16.588, de 6 de setembro de 1924, sendo o Ministro da Justiça João Luís Alves. Ele estabelece a condenação condicional em matéria penal, declarando, no § 2º do artigo 1º, que será a condenação considerada inexistente.

Caminho diverso adotou o legislador atual: não se trata de condenação sob condições e que se torna inexistente, preenchida as obrigações impostas, a condenação persiste não desaparece: o que não se efetiva é a execução da pena. Isso é claro nos artigos 708 e 709 do Código de Processo Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 708. Expirado o prazo de suspensão e prorrogação, sem que tenha ocorrido motivo de revogação a pena privativa de liberdade será declarada extinta.

Art. 709. A condenação será inscrita com a nota de suspensão, em livros especiais do Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, averbando-se, mediante comunicação do juiz ou do tribunal, a revogação da suspensão ou a extinção da pena. Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral.

“Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral. § 1º, § 2º e § 3º do Código de Processo Penal. A orientação tomada pelo Código já fora esposada pelo Projeto Sá Pereira.”<sup>1</sup>

Trata-se de uma missão quase que impossível a ressocialização do ser humano dentro de um sistema prisional. Nos presídios, os valores são totalmente diferentes daqueles a que, em liberdade deverá obedecer. Na cadeia, quem manda são os grandes chefes, os mais perigosos e temidos dos delinquentes, eles estabelecem suas leis e regras das quais ninguém ousa contestar, pois sabem que terá um destino ainda mais cruel se desafiarem os líderes. Além disso, ainda tem que lidar com a super lotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de profissionais especializados.

Devido a tantos problemas, começou a criar movimentos de política criminal com o intuito de reduzir os danos causados pelas penas de curta duração. Em meados do século dezenove, Boneville de Marsangy, defende que a pena privativa de liberdade jamais deverá ser aplicada quando a pena pecuniária for suficiente à repressão. Após isso, os Congressos Penitenciários Internacionais (1872 - 1895) deu um grande impulso para a adoção e difusão de novas técnicas de tratamento de criminosos não perigosos e primários.

### **1.3 Natureza Jurídica**

A Suspensão Condicional da Pena trata-se de uma forma de pena em que dispõe o Estado, para aplicar ao condenado que não represente tanto perigo a sociedade. Aplica-se a condenação, porém, substitui o encarceramento por outras modalidades como o sursis, onde no primeiro ano de prazo deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48), ambos os artigos do Código Penal Brasileiro.

Sua natureza jurídica é repleta de complexidade e transcendência no campo da doutrina penal, não havendo consenso entre os penalistas e demais cientistas da ciência criminal.

Uma grande corrente de doutrinadores defende a idéia de que a suspensão condicional da pena é um substitutivo penal, para eles a concessão do benefício legal trata-se de uma substituição da pena de prisão por uma pena moral. Tal tese merece ser ignorada já que se confunde com a natureza de toda a sanção penal. Já a outra posição defende que a

---

<sup>1</sup> Edgard Magalhães e Noronha, *Direito Penal*. 2003. p 283.

suspensão da pena é um meio autônomo de reação jurídico-penal, com várias formas de eficácia. É considerada uma pena, pois, se condena a uma pena privativa de liberdade e o condenado deixa de ser primário, no entanto o próprio doutrinador conclui que a opinião dominante vê a suspensão condicional como uma modificação na execução da pena.

Alguns doutrinadores, dentre eles Cesare Póla, adotam a tese de que a natureza jurídica é uma causa extintiva do delito e da ação, esta orientação vem do Código Penal Espanhol. Essa concepção não pode ser acolhida uma vez que, importaria em reconhecer a suspensão da pena como uma causa de extinção de punibilidade, como ocorre com a graça ou indulto, nos crimes de ação pública, e com a renúncia ou perdão, nos crimes de ação privada.

Apesar de ser extremamente difícil a obtenção de um consenso da natureza jurídica da suspensão condicional da pena, a corrente majoritária, e que, portanto é a que prevalece nos dias de hoje, é a que vê no instituto, um direito público subjetivo do condenado. O juiz não pode negá-lo, se o sentenciado preencher os requisitos legais (objetivos e subjetivos) e estiver de acordo com as condições que lhe forem impostas.

## **1.4 Sistemas**

Existem três sistemas que tratam do sursis: Sistema Anglo-Americano (probation system - sistema probatório): no qual o juiz declara o réu culpado, mas percebendo que este merece o sursis não o condena, suspende o processo e marca o período de prova, o qual ficará sob a fiscalização de funcionários; Sistema Belga-Francês (europeu continental): que é o sistema adotado no Brasil, onde o juiz condena o réu, no entanto, suspende a execução da pena privativa de liberdade, e o Sistema Eclético (Alemão): modalidade, em que a ação é promovida, o juiz fixa a pena e pronuncia a pena que deveria ser aplicada, mas não exara a condenação.

Apesar da semelhança entre o sistema anglo-americano e o belga francês eles se diferem em:

a) No anglo-americano, o sursis pode ser concedido ao réu que tenha cometido crime grave; o juiz não condena o réu, apenas o declara culpado; no período de provas, o condenado tem que mostrar boa conduta e comportar-se de acordo com as regras estabelecidas, trata-se de um condicionamento positivo.

b) No belga-francês, somente pode ser concedido ao réu primário com pena máxima de dois anos; o juiz condena o réu e determina a suspensão da execução da pena; o condenado fica sujeito a determinadas condições e obrigações, trata-se de um condicionamento negativo.

Conforme explana, Damásio de Jesus (2003), em sua obra *Direito Penal*, parte geral:

“Modernamente vem sendo preconizada a combinação dos dois sistemas, proferindo o juiz a sentença condenatória e determinando a suspensão da execução da pena, sendo o condenado entregue à vigilância e assistência de funcionários especializados em sua recuperação social. É o sistema ideal.”  
(p. 615)<sup>2</sup>

## 1.5 Espécies de Sursis

A Reforma Penal brasileira prevê três formas de sursis e a Lei n. 9.714/98, acrescentou mais uma modalidade que é a por razões de saúde, totaliza em quatro espécies: Simples ou Comum, Especial, Etário e Humanitário.

No sursis simples ou comum, uma vez preenchidos os requisitos, o réu fica sujeito no primeiro ano de prova ao cumprimento de prestações de serviço à comunidade ou de limitação de fim de semana, segundo a escolha do juiz, como condição legal obrigatória (artigo 78, § 1º, do Código Penal Brasileiro). Através da Reforma Penal, buscou tornar mais eficaz o instituto, respondendo melhor aos sentidos da pena e à prevenção geral. Essa é a modalidade tradicional, normal e mais freqüente de suspensão condicional no Direito brasileiro.

O cumprimento das condições estabelecidas cabe ao Serviço Penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou outra instituição beneficiada com a prestação de serviços (desde que inspecionados pelo Conselho Penitenciário, Ministério Público ou por ambos). Tais condições impostas pelo juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo ouvido o condenado, desde que observada a situação pessoal do réu.

O sursis especial trata de uma espécie mais beneficente na aplicação da pena, nela as condições impostas são mais brandas, é permitida a delitos de mínima gravidade, com condenado de boa índole e que não represente nenhuma periculosidade. O condenado é dispensado de prestar serviços a comunidade e de limitações no fim de semana, a ele cabe cumprir o § 2º, do art. 78, do CP que dispõe, *in verbis*:

---

<sup>2</sup> Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal - parte geral*. 2003. p. 615.

Art. 78, § 2º. Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz pode substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

A condição de proibição de freqüentar determinados lugares deve obrigatoriamente estar relacionado com o delito praticado, não pode ser aplicada de forma aleatória, imprecisa, deverá ser mencionado precisamente quais são estes lugares para que assim, não se tenha dúvidas. Assim, os requisitos para o sursis simples e o especial acabam sendo, na prática, idênticos. Diferença mesmo, só nas condições impostas.

É inadmitido, cumulação das condições do sursis especial no sursis simples, segundo regra do § 2º do art. 78 do CP, onde estatui que a condição do § 1º poderá ver-se substituída, logo não pode o juiz impor ao mesmo tempo como condição do sursis as previstas nos §§ 1º e 2º daquele artigo, pois a substituição opõe-se à cumulação.

Já o sursis etário, a pena mínima de dois anos se eleva para quatro e o período de provas para o mínimo de quatro e máximo de seis, quando se tratar de pessoas que tenham 70 anos de idade na data que for proferida a sentença. Isso devido ao fato do condenado ser mais velho e acreditar-se que é menor a probabilidade de voltar a delinquir e diminui a expectativa de voltar a viver em liberdade daquele que nessa idade seja encarcerado.

E por fim, o Sursis Humanitário ou Por Razões de Saúde onde a pena máxima para a concessão do benefício é de quatro anos e o período de prova é entre quatro e seis anos, para as pessoas que na data da condenação provar que tem problema de saúde, independente da idade da pessoa, porém se a pena imposta pelo juiz for superior a quatro anos, por mais grave que seja o problema de saúde, esta pessoa não terá direito ao benefício. É uma modalidade de sursis acrescida pela Lei n. 9.714/98.

Benefício este, que visa a permitir a quem se encontre acometido de enfermidade, ou seja, portador de alguma deficiência que exija condições diferenciadas, pela impossibilidade dele se exigir venha se submeter ao cumprimento da pena em estabelecimento prisional, mesmo que em regime aberto, ou que se veja ser inviável a exigência do cumprimento de pena restritiva de direitos.

O largo espectro da medida pode ser vislumbrado quando se tem em mente, que a partir do final da década de 80 em diante, inúmeros foram os casos de pessoas infectadas com o vírus HIV, quando não possuem outras patologias, sabe-se que as condições carcerárias são as piores, não existe verba suficiente para a alimentação dos presos, espaço suficiente para serem alojados e faltarem meios para o mínimo de assistência médica.

Todavia, a opção por tal instituto estará adstrita à comprovação por laudos médicos da efetiva existência do problema de natureza médica, como das decorrências que dela advêm, pois somente em tal situação poderá o juiz, justificadamente por ela optar, dizendo do benefício que extrairá o condenado, principalmente quando se tratar da hipótese de se colocar em plano secundário as penas restritivas de direitos.

A indicação para alguns, mesmo atendendo às exigências para a irrogação de penas restritivas de direitos, ou em se dando a concessão de sursis, deve atentar igualmente para a inaplicabilidade da imposição da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas no primeiro ano do benefício, pois que esbarraria na falta de condições físicas para o exercício de trabalho, quando não encontrariam obstáculos pelo próprio preconceito da comunidade em geral.

Assim, cuida-se de forma mais justa de impor-se a quem se encontre em qualquer situação que se possa inserir na previsão legal, forma de prestar contas pelo crime, sem que dele se exija o atendimento à determinação inexecutável.

## **1.6 Requisitos**

Existem dois requisitos para a concessão da suspensão da pena, os objetivos e os subjetivos.

Os pressupostos objetivos são os que tratam da qualidade e quantidade da pena (caput do art. 77 e § 2º do CP) e do não cabimento de penas restritivas de direito (art. 77, inciso III do CP).

Somente é concedido o sursis a pena privativa de liberdade, seja ela de reclusão, detenção e prisão simples (na hipótese de contravenção), as demais penas restritivas de direito e multa não tem o benefício (art. 80 do CP). Quanto à quantidade de pena, ela não deve ser superior a dois anos (caput do art. 77 do CP). No entanto, há exceções, no caso do sursis

etário, onde o condenado que tenha 70 anos de idade na data da sentença e no caso do sursis humanitário, no qual o condenado tenha grave problema de saúde, na data da sentença, independente da idade do agente, a pena não deverá ser superior a quatro anos (art. 77, § 2º do CP). No concurso de crimes, prevalece o somatório das penas que não poderá ser superior a dois anos.

O sursis só deve ser aplicado quando não couber a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 77, inciso III do CP), por se tratar de uma modalidade mais benéfica. Outro requisito que impossibilita essa substituição é que o sursis pode ser revogado e o condenado terá que cumprir toda a pena privativa de liberdade, sendo desconsiderado tudo o que já havia cumprido.

Os pressupostos subjetivos referem-se a não-reincidência em crime doloso e as circunstâncias judiciais.

É necessário que não seja reincidente em crime doloso (art. 77, inciso I do CP), há reincidência em crime culposos, não impede que seja concedido o benefício. A pena anterior de multa não impede a concessão do sursis (art. 77, § 1º do CP).

Não há impedimento de uma pessoa já beneficiada pelo sursis recebê-lo novamente, em caráter provisório, enquanto aguarda eventuais recursos, mas, se caso for confirmada a condenação e o somatório das penas ultrapassarem a dois anos, o sursis será revogado.

Outro caso de concessão do sursis é quando a condenação em crime doloso, já tiver sido cumprida e decorrido cinco anos sem cometer crimes, a pessoa passa a ser não reincidente podendo ter novamente direito ao benefício, pois, a condenação anterior não pode ter efeito perpétuo. Dá-se ao agente o direito de voltar a qualidade de primário (art. 64, inciso I do CP).

Os crimes militares próprios e políticos não são considerados para o efeito de reincidência. Uma vez que, os crimes próprios militares estão definidos apenas no Código da Polícia Militar e não estão no texto legal das leis penais comuns. Quanto aos crimes políticos, a lei não faz restrição a eles, inclui-se tanto o delito políticos próprios, que lesa ou põe em risco apenas a organização política, e os impróprios, que além da organização política ofendem também outros interesses (art. 64, inciso II do CP).

O perdão judicial é outra causa que extingue a punibilidade, permite a concessão do sursis em futura condenação.

Quanto às circunstâncias judiciais, encontra-se no artigo 77, inciso II do CP que diz respeito à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do réu, motivo e circunstâncias do crime. Através desses elementos será analisada uma previsão da conduta futura do condenado. Caso seja favorável, mostra que não voltará a delinquir, a ele será concedido o benefício, caso não seja favorável, demonstra que voltará a praticar crimes, será negado o benefício. Favorável ou não a concessão do sursis, a decisão deverá ser fundamentada, cabe ao juiz manifestar-se na sentença (art. 157 da LEP).

Não é necessário que se preencha todos os requisitos, apenas a sua maioria, para que assim não gere dúvidas.

## **1.7 Período de Prova**

O período de prova é o tempo em que o beneficiário tem a execução da pena suspensa, mediante o cumprimento das condições estabelecidas.

Esse período deve ser fixado conforme a natureza do crime, a personalidade do agente e a intensidade da pena, não podendo o juiz, escolhê-la de forma arbitrária. Caso seja ultrapassado o limite legal, o aumento do prazo precisa ser fundamentado na decisão.

Com a Reforma de 1984 o período de prova ficou estabelecido entre dois e quatro anos, quando se tratar de sursis simples ou especial, no sursis em razão de contravenção, o prazo é de um a três anos e no sursis etário ou por motivo de saúde, o prazo é entre quatro e seis anos, isso devido à condenação ser até quatro anos.

O prazo do sursis começa a correr depois da decisão condenatória transitar em julgado (art. 160 da LEP). A audiência admonitória, em que se dá conhecimento da sentença ao beneficiário é uma solenidade de advertência das conseqüências do descumprimento das condições.

A suspensão condicional da pena está associada ao cumprimento de determinadas condições impostas das quais é necessária a concordância do beneficiário.

As condições do sursis podem ser legais, aquelas impostas pela lei, determinando sua natureza e seu conteúdo e judiciais, que são as impostas pelo juiz ao seu critério, devendo estar atento ao fato e a situação pessoal de cada condenado.

As condições legais podem ser simples ou especial.

Em relação ao sursis simples (art. 78, § 1º do CP), as condições são: a) no primeiro ano de prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46 do CP) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48 do CP). Durante o primeiro ano de prova o condenado deverá se submeter a uma ou outra destas restrições, conforme a escolha do juiz. Quando houver omissão, cabe ao Ministério Público ou ao querelante propor embargos de declaração da sentença para que seu prolator a complemente; b) Não ser condenado em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inciso I, do CP); c) Não frustrar, sendo solvente, a execução da pena de multa (art. 81, inciso II, 1ª parte do CP); d) Efetuar, salvo motivo justificado, a reparação de dano (art. 81, inciso II, 2ª parte); e) Não ser condenado por crime culposo ou por contravenção à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º, 2ª parte do CP).

Em relação ao sursis especial (art. 78, § 2º do CP), as condições legais se dão ao fato do condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 do CP lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) Proibição de freqüentar determinados lugares (alínea a). Proíbe o condenado de freqüentar boates, casas de jogos, prostíbulos etc., tudo que seja considerado nocivo e de conduta anti-social; b) Proibição de ausentar-se da comarca onde reside (alínea b), sem autorização do juiz. Tem como finalidade realizar o acompanhamento do cumprimento do prazo do sursis, com o intuito de tornar eficaz as condições legais e judiciais impostas pela suspensão condicional da pena, porém, se o juiz autorizar, o condenado poderá realizar viagens inclusive para o exterior; c) Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (alínea c). Possibilita ao juiz fiscalizar e orientar o sentenciado de modo a não tornar inócuo o instituto: não ser condenado em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inciso I do CP); não frustrar, sendo solvente, a execução da pena de multa (art. 81, inciso II, 1ª parte do CP); efetuar, salvo motivo justificado, a reparação do dano (art. 81, inciso II, 2ª parte do CP); não ser condenado por crime culposo ou contravenção à pena privativa de liberdade ou restritivas de direitos (art. 81, § 1º, 2ª parte do CP).

As condições judiciais, são aquelas que não estão enumeradas no texto legal e ficam a critério do juiz. No entanto, elas devem adequar-se ao fato e as condições pessoais do condenado.

Não se pode impor condição que viole direito indisponível do condenado, como por exemplo, a doação de sangue, também é proibida impor condições ociosas, como por exemplo, pagar custas e multa, a de indenizar o dano, a de não portar arma e outras.

Cabe ao serviço social penitenciário, patronato, conselho da comunidade ou instituições beneficiadas com prestação de serviços à comunidade, a fiscalização do cumprimento das condições impostas. O Ministério Público e o Conselho Penitenciário inspecionarão a atividade fiscalizadora das entidades referidas.

O não-cumprimento de uma condição imposta pelo juiz é causa de revogação facultativa do sursis. Como o sursis é um direito do réu, ele pode recusar a concessão do benefício e submeter-se ao cumprimento da pena. No entanto, a recusa ou aceitação não impede o direito de recorrer, no prazo legal.

## **1.8 Revogação**

A suspensão condicional da pena pode ser revogada a qualquer momento, caso não seja cumprida as condições impostas, deve o condenado cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta. A revogação pode ser obrigatória ou facultativa.

A revogação obrigatória ocorre nos casos em que são determinadas pela lei, independe da vontade do juiz, a pena é executada. São causas de revogação obrigatória:

Condenação em sentença irrecorrível, por crime doloso (art. 81, inciso I do CP). Independente se a infração ocorreu antes ou depois do início do período de prova, apenas que o trânsito em julgado aconteça no curso do prazo do sursis. O sursis será revogado desde que seja juntada a certidão do trânsito em julgado da condenação, que o crime cometido tenha sido doloso à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, qualquer que tenha sido o momento de sua prática. A condenação tem que ser obrigatoriamente irrecorrível, pois não se admite a revogação em quanto não estiver o processo transitado em julgado.

A condenação no estrangeiro pode impedir a concessão do sursis, mas não pode ser causa de revogação, conforme dispõe, Damásio de Jesus (2003), em sua obra Direito Penal, parte geral:

**"Não pode ser revogado o sursis, pois o art. 81. I do CP, não prevê a hipótese. Tratando-se de norma que permite a restrição ao direito penal de liberdade do condenado, não pode ser empregada a analogia nem a interpretação extensiva. Quanto a esta, os**

métodos gramatical e teleológico não permitem a conclusão de que a lei quis referir-se no art. 81, I, a sentença nacional ou estrangeira. Daí a impossibilidade de extensão da norma restritiva de liberdade.” (p. 611) <sup>3</sup>

Frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa (art. 81, inciso II, 1ª parte do CP). O simples não pagamento da pena multa não acarreta a revogação, ocorre apenas, a cobrança judicial (art. 64 da LEP). No entanto, aquele que deixa de pagar a multa e ainda cria confusões que dificultam a cobrança da multa frustrando a execução da referida pena, levará á revogação do sursis.

Não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 81, inciso II, 2ª parte do CP). A não-reparação do dano não acarreta a revogação, somente a ocorre quando não for justificada, podendo fazê-la e não a faz. Podem desculpá-la a situação econômica do condenado, a renúncia da vítima, a novação da dívida, o paradeiro desconhecido do ofendido, etc.

Descumprir a prestação de serviço à comunidade ou a limitação de fim de semana (art. 81, inciso III do CP). O simples não cumprimento da prestação de serviço à comunidade ou a limitação do fim de semana não acarreta a revogação, somente o descumprimento injustificado que geraria a revogação do sursis, caso contrário, seria considerada uma determinação inócua.

Não comparecimento justificado, do réu a audiência admonitória (art. 161 da LEP). Quando o réu for intimado da audiência admonitória e injustificadamente não comparecer, a suspensão não mais terá efeito, sendo executada imediatamente a pena.

A revogação facultativa é quando fica ao critério do juiz revogar ou não a medida, em vez de revogar o sursis, o juiz pode prorrogar o período de prova, até o máximo legal. São causas de revogação facultativa:

Descumprimento de outras condições do sursis (art. 81, § 1º, 1ª parte do CP). Quando descumprir qualquer das condições do sursis, o juiz analisará e determinará a melhor medida cabível, pode tanto revogar o benefício como prorrogar o período probatório, caso não esteja no seu limite máximo. Refere-se a lei às condições judiciais previstas no art. 79 do CP, assim como às escolhidas pelo juiz, entre as previstas no art. 78, § 2º do CP, quando da concessão do sursis especial.

---

<sup>3</sup> Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal - parte geral*. 2003. p 611.

Condenação irrecorrível, por crime culposo ou contravenção, à pena privativa de liberdade e restritiva de direitos (art. 81, § 1º, 2ª parte do CP). Nesse caso, o magistrado pode também revogar o benefício ou prorrogar o período probatório, ao limite máximo, se ainda não estiver. Porém, o período de prova sempre será prorrogado quando o condenado estiver sendo processado por outro delito ou contravenção, até o julgamento definitivo do mesmo (art.81, § 2º do CP).

## **1.9 Prorrogação**

A prorrogação é a dilatação do período de prova. Ela ocorre toda vez que o processado colocar em dúvida o merecimento do sursis.

Quando a revogação for facultativa poderá o magistrado ao invés de revogar o benefício prorrogar, postergar a duração do mesmo, aumentando-o até o limite de quatro anos, o máximo definido no artigo 77, caput, do Código Penal, em substituição a revogação, medida mais drástica. (art. 81, § 3º do, CP). Se decorrido o período de prova sem a violação de qualquer condição extinta estará a pena (art. 82 do CP) subsistindo os demais efeitos da condenação, tais como, a reincidência.

Além da prorrogação facultativa, que é uma alternativa para a revogação, existe a prorrogação automática e obrigatória. Essa modalidade ocorre sempre que o beneficiário do sursis estiver sendo processado por outro crime ou contravenção durante o período de prova (art. 81, § 2º do CP). Ela independe de despacho judicial, decorre da lei.

Nessa hipótese de prorrogação, a simples prática de infração penal ou que esteja respondendo a um inquérito policial ou um expediente administrativo, não é suficiente para que se prorogue o sursis, é necessário que o condenado esteja sendo processado por outro crime. Assim, como também não importa, se a infração penal ocorreu antes de ser concedida à suspensão ou no decurso do período de prova.

A prorrogação se prolonga até o julgamento definitivo do novo processo. Mesmo que falem poucos meses para o término do prazo da suspensão, podendo ultrapassar o máximo de quatro ou de seis anos. Se houver condenação o sursis será revogado automaticamente e o condenado terá que cumprir a pena que estava suspensa e a nova condenação. Caso seja absolvido, o juiz aplicará o disposto no art. 81, § 4º do CP.

Na prorrogação automática e obrigatória, somente o prazo é prorrogado, as condições impostas não continuam além do prazo anteriormente fixado.

### **1.10 Extinção da Pena**

Após o decurso probatório da suspensão ou a prorrogação sem que tenha ocorrido a revogação, fica extinta a pena privativa de liberdade conforme o art.82 do CP. O juiz deverá declarar extinta a pena privativa de liberdade, no entanto se não o fizer, ela também estará extinta, pois, a extinção se dá da data do término do período de prova e não pelo despacho judicial.

Uma vez extinta a pena privativa de liberdade, não mais será possível à revogação do benefício, mesmo que se tenham provas de que o condenado não a mereceu ou não tinha direito a sua concessão.

## **2. ANALISANDO O INSTITUTO**

## **2.1 Vantagens e Desvantagens da Suspensão Condicional da Pena**

Ao longo dos anos constatou-se que o encarceramento é um tipo de punição que não recupera o infrator. O Estado impõe ao infrator um castigo que priva a sua liberdade, mas, no entanto não cumpre com a sua tarefa de reeducação e ressocialização, trata com descaso a vida humana que está sob sua guarda. É obrigação do Estado procurar formas para que isso seja realizado. Contudo, a realidade que existe hoje no sistema carcerário é amarga e totalmente diferente da proposta teórica da pena.

Como dispõe Fragoso, em sua obra *Direito dos Presos*(1980):

"A prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validam ente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento outra solução."(p. 15)<sup>4</sup>

A pena privativa de liberdade não cumpre com a sua finalidade, ela espalha pavor e medo entre os encarcerados para que assim, deixa-os intimidados e faz com que nunca queiram voltar a ter sua liberdade privada. Dessa forma, procura evitar a reincidência, não porque se tornou um homem de bem, percebe que os valores sociais estão ao seu alcance, mas por pânico de voltar a ser encarcerado.

As penas alternativas, assim como as aplicações da suspensão condicionais da pena, são modalidades que fazem com que o condenado tenha a chance de se conscientizar, de que não precisa do crime para sobreviver, que a violência não se paga com a violência, e o convívio com a família o ajuda nessa batalha contra o crime.

### **2.1.1 Vantagens da Suspensão Condicional da Pena**

As vantagens estão no que se refere à diminuição do custo do sistema carcerário, a adequação da pena à gravidade objetiva do fato, às condições pessoais do condenado, onde ele não precisaria deixar a sua família, a comunidade ou perder o seu emprego e o não encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo, afasta-o do

---

<sup>4</sup> Heleno Cláudio Fragoso, *Direito dos Presos*, 1980, p. 15.

convívio com outros delinquentes. Aliás, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade.

Quanto ao efeito psicológico da condenação, ao analisar o sursis, vi que nele o réu é efetivamente condenado, há a certeza de que ele é o autor do delito. Essa certeza acarreta importantes conseqüências.

Tendo sido condenado, o réu sabe que não cumprindo as condições do sursis, o benefício será revogado e a pena, já fixada na sentença, executada, o que, obviamente, tem grande efeito intimidativo e influencia positivamente o réu a cumprir as condições impostas e a não cometer outros delitos, o que revogaria o sursis. Acrescento que a condenação, na maioria das vezes, poderá gerar o efeito da reincidência e o réu saberá que a prática de um novo crime poderá levá-lo à prisão, o que incentivará o réu a não voltar à criminalidade, evitando, implicitamente, a revogação do benefício.

Em relação ao âmbito de admissibilidade, está mais do que demonstrado que a pena de reclusão não tem atingido o seu objetivo, que é o de reeducar o preso tentando reintegrá-lo à vida em comunidade. Dessa forma, quanto maior o âmbito de admissibilidade de um benefício, maior será a possibilidade de evitar uma prisão desnecessária. Ademais, para a concessão do sursis exige-se que o réu não seja reincidente, sendo possível a sua concessão quando o réu possui processos em andamento, mesmo já tendo sido condenado (réu tecnicamente primário). Na suspensão isso não ocorre, pois um dos seus requisitos é que o agente não esteja sendo processado por outro crime.

### **2.1.2 Desvantagens da Suspensão Condicional da Pena**

As desvantagens dizem respeito ao fato de que estas não reduzem o número de encarcerados, não têm conteúdo intimidativo, parecem mais uma medida disciplinadora e trazem o risco da implantação de medidas não privativas de liberdade que impõe formas de controle social mais intensa.

Outro ponto contra a suspensão condicional da pena, é a demora no pronunciamento judicial definitivo, gera com isso uma sensação de impunidade por parte do réu, aonde vi que para a aplicação do sursis exige-se a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado. Com o atual volume de serviço imposto aos juízes e tribunais, os processos tramitam, até o julgamento definitivo, por quatro, cinco ou mais anos, isto sem esquecer da fase pré-

processual (inquérito policial), não menos demorada. Assim, desde a ocorrência do fato até a realização da audiência admonitória, terá decorrido um longo tempo.

Durante todo esse período, o réu continuará vivendo normalmente, ou seja, nas mesmas condições em que já delinqüiu uma vez. Diante disso, ainda sem uma resposta da justiça criminal e sem qualquer fiscalização, não é difícil imaginar que o réu, antes mesmo da imposição do *sursis*, volte à criminalidade. Muitos réus, portanto, voltarão a cometer crimes antes mesmo da primeira condenação.

Em razão da prática de novos crimes, outros processos irão se desenvolver, mas não impedirão a concessão do *sursis*, pois, como já vimos somente à reincidência impede imperativamente a concessão do benefício.

Sendo assim, a imposição da condenação tardia e a perda da primariedade não surtirão o efeito intimidador desejado, pois pouco representarão para o réu. Admite-se a hipótese de que em cinco anos ele não tenha delinqüido, não se justifica mais a aplicação das condições, ao passo que, se ele já se envolveu por completo com a criminalidade, o *sursis* não terá qualquer efeito e será revogado.

Ainda em relação à sensação de impunidade, importante destacarmos a forma como se executa a pena privativa de liberdade atualmente no Brasil, especificamente o regime aberto.

Embora o art. 94 da Lei de Execuções Penais estabeleça, de forma imperativa, que em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado (local destinado ao cumprimento da pena em regime aberto), o Poder Executivo não cuidou de construir tais estabelecimentos, e na maior parte do país a pena privativa de liberdade, em regime aberto, é executada na própria casa do acusado.

O cumprimento da pena na residência, que deveria ser a exceção (art. 117 da LEP), passou a ser a regra e o regime aberto é cumprido em prisão-albergue domiciliar, na maior parte das vezes, sem qualquer fiscalização do Poder Judiciário, das polícias militar e civil, limita-se o Poder Judiciário a exigir do réu o comparecimento mensal em juízo para justificar as suas atividades.

Voltando então ao *sursis*. Para que o réu receba o benefício, ele deverá ser primário e os antecedentes favoráveis. Diante disso, o regime aberto é o único compatível com essas condições pessoais e será fixado na própria sentença condenatória. O réu beneficiado com o

sursis, em caso de revogação, deverá cumprir a pena em regime albergue domiciliar, que sem dúvida alguma acarreta menos ônus ao réu.

Dentro desse panorama, a revogação do sursis não pode ser considerada uma ameaça implícita ao réu, pois, descumprindo as condições do sursis, passará a cumprir a pena em regime domiciliar, sem se submeter a qualquer condição ou fiscalização.

Saliento que nesse caso o réu já foi condenado e já traz o estigma da condenação, pouco importa para ele que a pena seja cumprida em regime de albergue domiciliar ou através do *sursis*. Assim, após ter sido condenado e após descumprir as condições do sursis, passará a cumprir a pena em regime albergue domiciliar, o que certamente evidencia a impunidade ou, no mínimo, a certeza de que alguma coisa está errada.

## **2.2 Diferença entre Suspensão Condicional da Pena e Suspensão Condicional do Processo**

Não se pode confundir suspensão condicional da pena, com suspensão condicional do processo. Algumas dessas diferenças são:

Desde que se preencham os requisitos, a suspensão da pena é um direito do condenado, e não uma faculdade do juiz. A suspensão do processo é um negócio-processual bilateral, uma transação depende da vontade de ambas as partes, o juiz não pode substituir qualquer delas sem desnaturar essa relação. Incube ao Ministério Público a iniciativa da suspensão do processo.

A pena privativa de liberdade na suspensão penal tem que ser igual ou inferior a dois anos e é concedido tanto nos crimes de ação penal pública, quanto nos crimes de ação penal privada. Já a suspensão do processo, a pena privativa de liberdade não pode ser superior a um ano e somente é cabível nas ações penais públicas condicionadas ou incondicionadas.

Na suspensão condicional da pena, tem-se a sentença penal condenatória, suspende apenas o cumprimento da condenação mediante ao cumprimento de determinadas condições, o delinqüente perde o direito de ser considerado primário, uma vez que é condenado. Já na suspensão condicional do processo, não é prolatada a sentença, sendo esta suspensa, portanto se o acusado cumprir com as condições que lhe são impostas não perderá a condição de primariedade.

As condições obrigatórias da suspensão da pena são bem mais rigorosas que as da suspensão do processo, sendo mais benéfica ao condenado.

A condenação à pena pecuniária, não inviabiliza o sursis, mas é causa impeditiva para a suspensão do processo.

Cumprida a suspensão condicional da pena, há extinção da pena. Cumprida a suspensão condicional do processo, há extinção da punibilidade.

### **2.3 Relação entre a Suspensão Condicional da Pena e os Direitos Humanos do Cidadão**

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso XV, *in verbis*:

*Art 5º, inciso XV. É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.*

E no inciso LXIII, *in verbis*:

*Art. 5º, inciso LXIII. Conceder-se-á hábeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

A Carta Magna tem a liberdade de locomoção como garantia suprema na ordem jurídica, implantada em 05 de outubro de 1988. Para essa liberdade ser concedida é necessário estarmos em tempo de paz uma vez que, em estado de guerra é necessário medidas cerceadoras da liberdade no território nacional, abarcando a hipótese de entrar e sair do Brasil. Outra característica para que se possa ter essa liberdade é que não tenha restrições penais, isto é dentre outras modalidades de pena, que não esteja sob pena privativa de liberdade, porque este motivo faz com que a Constituição Federal não mais garanta a sua liberdade de locomoção.

É nesse ponto, que o instituto da suspensão condicional da pena entra em conformidade com as garantias do inciso XV, pois ele defende a substituição da pena privativa de liberdade pela suspensão condicional da pena, fazendo com que o delinqüente

cumpra a pena em liberdade, que apesar de algumas restrições durante o período de prova, viva como uma pessoa comum.

A liberdade é o bem mais precioso do ser humano, portanto não é necessário privá-lo de algo tão precioso, se dispomos de outros remédios que tem maior garantia de cura. Toda vez, que se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ou, realmente temos nossa liberdade impedida por ato ilegal ou por abuso de poder, como no caso do condenado que tem direito a suspensão condicional da pena e por ilegalidade ou por abuso de poder não lhe concede o benefício, a esta pessoa cabe ao direito de entrar com hábeas corpus que é uma garantia individual ao direito de locomoção.

### **3. O SURSIS E AS PENAS ALTERNATIVAS**

### 3.1 Aplicação

Penas Alternativas são sanções de natureza criminal diversa da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos. Com a reforma do Código Penal de 1984, foi introduzido com a Lei nº. 9.714/98 mais duas penas restritivas de direito - a prestação pecuniária e a perda de bens de valores.

A pena restritiva de direitos tem por objetivo impor uma sanção ao indivíduo provocando uma modificação em seu status perante o meio em que ele vive, sem removê-lo de sua vida e de seu trabalho. Elas são de natureza autônoma e substitutiva, conforme expõe o art. 44 do Código Penal. Primeiro é preciso verificar se há aplicação da pena privativa de liberdade e somente depois, o magistrado verifica a possibilidade de substituição por penas alternativas, é que esta será aplicada.

De acordo com o art. 44 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicando a 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 culposo;

Conforme o inciso verifica-se que no caso do indivíduo ser condenado por crime culposo, a ele lhe será concedido à pena restritiva de direito independentemente da quantidade de pena imposta ou, no caso de crime doloso não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa não ultrapassando a 4 (quatro) anos também poderá substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos:

*II - o réu não for reincidente em crime doloso;*

A reincidência somente é caracterizada no caso de uma pessoa ser condenada por uma sentença irrecorrível pela prática de crime doloso da mesma natureza. Quando se tratar de crime doloso de natureza diversa ou por crime culposo poderá aplicar a pena restritiva de direito (art.44, § 3º, do CP):

*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 eficiente.*

Logo se concluem que, para realizar a aplicação da pena restritiva de direitos, o juiz deve observar todas essas circunstâncias certificando-se que esta é suficiente tanto para reprovar quanto para prevenir o crime.

Se presentes todos os requisitos será a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos independentemente da concordância do condenado. Somente não sendo cabível a aplicação da pena restritiva de direito é que verificará se é possível a aplicação do *sursis*. Devido a este motivo, o instituto do *sursis* está sendo cada vez menos utilizado dando lugar às penas restritivas de direito, uma vez que o mínimo de pena tolerado por esse instituto é de 4 (quatro) anos, enquanto o do *sursis* é de 2 (dois) anos.

### **3.2 Algumas considerações sobre o *sursis* em relação à Lei n. 9.714/98**

Feitas algumas breves considerações sobre a suspensão condicional da pena, cumprenos agora analisá-la em relação à novel legislação que alterou alguns dispositivos da Parte Geral do Código Penal.

A Lei 9.714/98 não produziu nenhuma alteração no instituto da suspensão condicional da pena, com exceção da inclusão da nova espécie de *sursis* humanitário, entretanto provocou o seu esvaziamento. Primeiro, porque as penas alternativas são aplicáveis às condenações até o limite máximo de 4 (quatro) anos, enquanto que, na suspensão condicional da pena, o limite é de somente 2 (dois) anos. Em segundo lugar, porque em todas as hipóteses em que o juiz antes daria *sursis*, agora cabe à pena substitutiva.

Esse esvaziamento do *sursis* se tornou ainda maior com a edição da Lei 10.259/2001, que instituiu o Juizado Especial Federal Criminal, altera substancialmente o conceito de infração de menor potencial ofensivo, considerando os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

E ao que tudo indica, a suspensão condicional da pena está fadada à extinção no ordenamento jurídico pátrio, como já sugere o anteprojeto de Reforma do Código Penal.

Miguel Reale Júnior, ao criticar as contradições existentes na nova lei, asseverou que a existência do *sursis* não mais se justifica, uma vez que a Lei 9.714/98 se encarregou de tornar esse instituto completamente insignificante.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Miguel Reale Júnior, *Penas restritivas de direitos*, 1999, p. 115.

Como veremos adiante, algumas das inúmeras as contradições encontradas ao se analisarem o sursis e a Lei 9.714/98, que chegam a ferir, sem sombra de dúvida, o princípio da proporcionalidade.

### **3.3 O Desuso do Sursis com o Advento da Lei n. 9.714/98**

A suspensão condicional é subsidiária em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 77, III, c/c o art. 44), pois só se admite a concessão do sursis quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direito, conforme preceitua o art. 77, inciso III, do Código Penal. Assim, torna-se obrigatória à substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis ao art. 59, bem como as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c seus parágrafos, todos do CP, caracterizando direito subjetivo do réu.

Justifica-se tal requisito, porque no sursis, operada a revogação do benefício, o condenado terá de cumprir toda a pena privativa de liberdade imposta, uma vez que, durante o período de prova, esta não foi executada, ao contrário, a sua execução ficou suspensa condicionalmente. Isto significa que não se desconta o período em que o sentenciado esteve solto. Por exemplo: suspensa condicionalmente uma pena de 2 anos de reclusão, ocorre à revogação quando faltavam apenas 2 meses; o condenado terá de cumprir todos os 2 anos preso.

Ao contrário, na pena alternativa, o juízo da condenação promove uma verdadeira substituição: troca a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Com isso, cada dia de execução é um dia a menos de pena, de modo que, ocorrendo à revogação, somente serão cumpridos os dias faltantes, respeitado apenas o limite de 30 dias (CP, art. 44, § 4º). Em outras palavras: cumpre o que falta, mas se faltar em menos de 30 dias, terá de cumprir esse prazo, que é o mínimo exigido por lei.

O caráter subsidiário do sursis em relação à pena alternativa, na prática, aniquilou o primeiro instituto, pois como cabe à substituição por pena restritiva, quando a pena privativa imposta for igual ou inferior a 4 anos, e como o juiz é obrigado a tentar, em primeiro lugar, essa possibilidade, dificilmente sobrar hipótese para a suspensão condicional da pena, a qual tem cabimento somente no caso de pena igual ou inferior a 2 anos. Parece-nos que o

único caso em que caberá sursis, mas não pena alternativa, será na hipótese de reincidência específica em crime culposo. É que o art. 44, § 3º, parte final, do Código Penal, dispõe que não cabe substituição por pena alternativa para o reincidente específico, sem distinguir se em crime doloso ou culposo. Assim, não tem direito à substituição por restritiva, nem o reincidente em crime doloso (CP, art. 44, II), nem o reincidente específico (em crime culposo ou doloso). Por outro lado, só não tem direito ao sursis aquele que for reincidente em crime doloso (CP, art. 77, II); se for em crime culposo terá direito, mesmo sendo idêntica à infração, pois a lei nada falou acerca de reincidência específica nesse caso. Assim, por exemplo, na hipótese do sujeito reincidir em dois homicídios culposos, caberá sursis (menos benéfico), mas não substituição por pena restritiva de direitos. Outra situação possível é a do reincidente em crime doloso, condenado anteriormente à pena de multa.

Nada impede o sursis; no entanto, a substituição por pena alternativa seria incabível, ante a falta de dispositivo semelhante ao art. 77, § 1º, do CP. Resta saber se a jurisprudência aplicará analogicamente essa regra para propiciar também a aplicação de penas restritivas de direito aos reincidentes em crimes dolosos, cuja primeira condenação consistiu em pena pecuniária.

### **3.4 Sursis e reincidência**

De acordo com o art. 77, I, do Código Penal, o sursis somente terá cabimento quando o condenado não for reincidente em crime doloso.

A Lei 9.714/98 estabeleceu como um dos requisitos legais exigidos para a substituição da prisão não ser o réu reincidente em crime doloso (art. 44, II). Todavia, logo em seguida, abriu exceção a essa regra, dispondo que mesmo o reincidente poderá ser beneficiado pela substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º), e desde que não se trate de reincidente específico.

A existência desses dispositivos legais acima referidos (art. 77 e 44, II e § 3º do CP) provoca uma situação curiosa quando analisados à luz do caso concreto.

Tome como exemplo um condenado a uma pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e que seja reincidente em crime doloso. Ele não poderá ser beneficiado pelo sursis (art. 77, I, do CP). Por outro lado, um condenado a uma pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, ainda que reincidente em crime doloso (desde que não seja específico) poderá (caso

preencha os demais requisitos do art. 44 do CP) ter sua pena substituída por restritivas de direitos (art. 44, § 30).

Conclui-se do exemplo citado, que ao reincidente em crime doloso é vedado cumprir uma restritiva de direitos como condição do sursis, mas poderá cumprir a mesma restritiva de direitos como substitutiva da prisão.

### **3.5 Sursis e crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa**

O art. 77 do CP não faz nenhuma restrição quanto aos meios empregados pelo réu para a execução do delito para a concessão do sursis, diferentemente do que ocorre em relação à substituição, a qual é vedada para os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Assim, mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo a condenação não superior a 2 (dois) anos, poderá o condenado vir a ser beneficiado pelo sursis. Todavia, não poderá ter a privativa de liberdade substituída por pena alternativa.

Em outros termos, no caso do sursis simples (art. 78, § 1º, do CP), o beneficiado - ainda que tenha cometido um crime mediante o uso de violência ou grave ameaça à pessoa - deverá cumprir uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana), no primeiro ano do período de prova, contudo, não poderá cumprir as mesmas restritivas de direitos enquanto substitutivas da privativa de liberdade.

### **3.6 Sursis ou pena substitutiva**

Em tese, a pena substitutiva mostra-se bem mais benéfica para o condenado que a suspensão condicional da pena, exceto na hipótese de concessão do sursis especial (art. 78, § 2º, do CP), cujas condições impostas ao beneficiado são por demais vantajosas, principalmente ao se levar em conta que as exigências referidas nas alíneas "a" (proibição de frequentar determinados lugares) e "b" (proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz) são de difícil ou de nenhuma fiscalização, notadamente nas comarcas de grande porte.

Presentes as condições previstas no art. 44 do CP, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa substitutiva é um direito subjetivo do réu, não podendo o magistrado limitar-se, por ocasião da prolação da sentença condenatória, a conceder o sursis ou determinar o cumprimento da pena prisional no regime aberto, como vem acontecendo de forma reiterada no dia-a-dia forense, passando tal fato muitas vezes despercebido pelo Ministério Público.

Trata-se aqui de um direito subjetivo, posto que a norma jurídica determina a substituição da pena privativa de liberdade, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 44, caput do CP).

No Recurso Especial nº. 67.570 de Santa Catarina, publicado no Diário Oficial da Justiça de 2.8.96, o STJ decidiu consistir uma etapa obrigatória da aplicação da pena a análise da possibilidade de aplicação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Somente depois de afastada essa hipótese é que o magistrado poderá decidir acerca da concessão do sursis.

E, mesmo que a concessão do sursis possa parecer mais favorável ao condenado que a substituição da privativa de liberdade, ainda assim, essa deverá ser procedida, tal como determina o inciso III do art. 77 do CP, que nenhuma modificação sofreu com o advento da Lei 9.714/98, continuando, pois em pleno vigor.

O juiz, diante do caso concreto, deverá analisar se é mais favorável ao apenado a aplicação de uma pena substitutiva ou o sursis. A ausência de recursos dos estados e municípios dificultará a implementação de penas alternativas, levando à aplicação da lei do menor esforço, isto é, da suspensão condicional da pena.

Como bem observa Etzel (2000):

“nas condenações à pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano e inferior a 2 (dois) anos, quando a substituição se dará por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, a aplicação do sursis será mais benéfica que a própria substituição. Nessa situação, a suspensão condicional da pena deverá ser aplicada em detrimento da substituição”.(p. 34)<sup>6</sup>

Para justificar sua assertiva, o autor toma como exemplo um réu condenado a 18 (dezoito) meses de prisão, caso em que:

---

<sup>6</sup> Rogério Etzel, Rogério. *Sursis ou Restritivas de Direitos?*, 2000, p. 34.

"a) se aplicado o sursis, deverá prestar serviços à comunidade durante o primeiro ano do prazo, e que de acordo com o art. 46, § 3º, totalizará 360 horas (trezentas e sessenta); b) Já, se houver a substituição por uma restritiva de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade, deverá o réu trabalhar por 1 (um) ano e 6 (seis) meses, que pelo mesmo critério do artigo 46 citado, totalizará 540 horas (quinhentas e quarenta)".(p. 37) <sup>7</sup>

Acontece que, como fala outrora, a substituição da pena privativa de liberdade, desde que preenchidos os requisitos exigidos pela lei, é um direito subjetivo do réu, não podendo ficar a depender da boa-vontade do magistrado, sendo dever seu aplicá-la.

No que concerne às dificuldades apresentadas pelos estados e municípios em relação à efetivação dos propósitos da política penitenciária e à aplicação de penas e medidas alternativas, com um pouco de boa vontade esses infundáveis obstáculos poderão ser transpostos (não resolvidos), principalmente através da aplicação da prestação de serviços à comunidade, que nenhum ônus acarreta ao erário e cujo monitoramento é simples de ser levado a efeito.

Aliás, exemplos não faltam onde a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade tem sido um sucesso, como é o caso dos Estados do Ceará, Paraná e Rio Grande do Sul.

Por outro lado, não obstante a concessão do sursis (em termos práticos) venha a ser menos gravosa ao apenado que a substituição por uma pena alternativa, não se trata aqui de aplicar um benefício que seja mais conveniente ao apenado, exceto nos casos de lei mais favorável, por imperativo constitucional. Assim, a pena substitutiva - desde que preenchidos os requisitos legais - deverá ser aplicada. Caso não seja cabível, aí sim, deverá o magistrado apreciar acerca da concessão do instituto do sursis.

O próprio STF, no Habeas Corpus nº. 78933 de São Paulo, publicado no Diário da Justiça de 16.4.99, entendeu que o sursis tem como pressuposto o não cabimento da substituição. Logo, sendo esta admissível, não deverá ser decidido sobre a suspensão condicional da pena sem que antes, no juízo da execução se decida sobre a conversão da pena aplicada.

Portanto, as inovações trazidas pela Lei 9.714/98 devem ser observadas, não se tratando, pois de preferir aplicar incorretamente o sursis a réus que possuem o direito público subjetivo à substituição.

---

<sup>7</sup> Rogério Etzel, Op. Cit. p. 37.

Cabe ao Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, zelar pela correta aplicação da Lei 9.714/98, além disso, não pode olvidar que a aplicação de uma pena restritiva de direitos, em quaisquer de suas modalidades, tem um poder de prevenção e repressão do delito muito mais eficaz que a mera aplicação do regime aberto ou do sursis, cujo cumprimento não é de modo algum fiscalizado, dada a sua inviabilidade.

## **4 A JURISPRUDÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS**

### **4.1 A prevalência das penas alternativas em relação ao sursis**

A finalidade do sursis é a de evitar os reconhecidos inconvenientes das penas de curta duração. Através dele, o juiz suspende a execução da pena, mediante a imposição de certas condições. É o ato pelo qual o juiz, condena o delinqüente primário, não perigoso, à pena detentiva de curta duração, suspende a execução da mesma, fica o sentenciado em liberdade sob determinadas condições. Em virtude das alterações legais, a esse conceito deve ser acrescentado que o instituto se estende, agora, ao reincidente por crime culposo ou condenado à anterior pena de multa e que a suspensão atinge, também, as penas de reclusão.

Apesar de ficar bastante claro que as penas substitutivas ou alternativas, como se podem denominar as penas de advertência ou freqüência a tratamento, pecuniárias ou restritivas de direitos, servem para evitar que se imponha a quem infringiu a lei penal a punição do encarceramento, sendo, por óbvio, mais brandas que as privativas de liberdade com a execução suspensa sursis, mister que se explicita de forma clara a questão

Isso porque poder-se-ia entender ser o sursis, em determinadas hipóteses menos rigoroso que o cumprimento das penas restritivas de direitos, o que é equivocado.

Tenha-se em mente que a suspensão condicional da pena terá a duração de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, consoante estipula o art. 77, “caput”, do Código Penal, ou de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, de acordo com o § 2º, do mesmo dispositivo.

No primeiro ano do cumprimento, impor-se-á ao condenado, a prestação de serviços à comunidade e, havendo remissão à anterior previsão sobre o tema, também a entidades públicas, ou à limitação de fim de semana, conforme estabelece o art. 78, § 1º, do CP.

Todavia, mesmo havendo o cumprimento da condição, permanecerá em curso o prazo da suspensão, sendo possível, ainda, a prorrogação do lapso (art. 81, § 2º), e mesmo sua revogação, facultativa (art. 81, § 1º) ou obrigatória (art. 81, “caput”, e incisos).

Caso tenha havido a reparação do dano provocado, ou tenha sido comprovada a impossibilidade de fazê-lo, sendo favoráveis aos vetores da fixação da pena-base (do CP, art. 59), deverá o juiz deixar de aplicar a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, ou limitação de fim de semana, sujeitando o sentenciado, no entanto, às condições de proibição de freqüência a determinados lugares, quando possível, proibição de ausência da comarca sem prévia autorização, comparecimento mensal a juízo, prestando contas de suas atividades (art. 78, § 2º, alíneas a, b e c), sem embargo da imposição de outras medidas julgadas convenientes (art. 79).

Trata-se, como se vê, de sérias restrições à liberdade do indivíduo, sendo válidas por todo o período do benefício, exurgindo do estudo a severidade do controle.

As pecuniárias se exaurem no momento do pagamento determinado, o que também ocorre com a prestação pecuniária e perda de bens e valores. As demais, consistentes no recolhimento domiciliar, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, serão cumpridas pelo tempo de pena concretizado (art. 55), ressalvada a possibilidade de redução à metade (art. 46, § 4º).

Além disso, o sursis não é aplicável a quem seja reincidente em crime doloso (CP, art. 77, I), ao passo que as penas restritivas de direitos permitem, em situações que serão analisadas pelo julgador, seja a benesse concedida.

Por fim, possível ainda à continuidade do cumprimento da pena restritiva de direitos, mesmo sobrevindo outra condenação (art. 44, § 2º), ao contrário do que é disposto a respeito da suspensão condicional da pena, quando tal evento torna obrigatória a revogação (art. 81, inciso I).

## **4.2 Jurisprudências:**

### **4.2.1 Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito**

Conforme já explanado no Capítulo 3, item 3.6, no Recurso Especial nº 67.570-SC, publicado no Diário Oficial da Justiça de 2.8.96, o STJ decidiu consistir uma etapa obrigatória da aplicação da pena a análise da possibilidade de aplicação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Somente depois de afastada essa hipótese é que o magistrado poderá decidir acerca da concessão do sursis, *in verbis*:

Ementa: PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. SURSIS: INADMISSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DA SUBSTITUIÇÃO QUANDO RECONHECIDAS AS CIRCUNSTANCIAS FAVORÁVEIS AO ART. 59 E AS CONDIÇÕES DOS INCISOS II E III DO ART. 44 C/C O SEU PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CP. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. ETAPA OBRIGATÓRIA DA APLICAÇÃO DA PENA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO.

I - Só se admite a concessão do sursis quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direito, conforme preceitua o art. 77, inciso III, do CP.

II - Torna-se obrigatória a substituição de penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direito, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis ao art. 59, bem como as condições dos incisos II e III do art. 44 c/c o seu parágrafo único, todos do CP, caracterizando direito subjetivo do réu.

III - recurso especial conhecido.

Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso. (STJ; REsp 67570/SC; DJ 2.8.1996; 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel)

#### **4.2.2 Legislação em conflito**

Citam-se algumas jurisprudências em relação ao confronto existente, entre a aplicação da Suspensão Condicional da Pena (Sursis), e/ou as penas alternativas (Lei Nº 9.714/98), *in verbis*:

##### **1-**

Ementa: A suspensão condicional da pena tem como pressuposto que "não seja indicada ou cabível a substituição" da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Código Penal, art. 77, III); no caso, tornada admissível, em tese, a substituição pela L. 9.714/98, posterior à decisão impugnada no habeas-corpus, não cabe, no julgamento desse, decidir do sursis, sem que antes, no juízo da execução - competente para a aplicação retroativa da lei penal mais favorável (Súmula 611) - se decida sobre a conversão da pena aplicada.

Votação: Unâmine. Resultado: Não conhecido. (STF;HC 78933/SP, julg. 9.3.1999; DJ 16.4.99; 1ª Turma, REL. Min. Sepúlveda Pertence)

##### **2-**

Ementa: PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FURTO. SURSIS. LEI Nº 9.714/98.

Se o réu foi condenado à pena mínima por furto simples, a aplicação do disposto no art. 78 § 1º do CP c/c o art. 158 § 1º da LEP não poderia, in casu, mais ser realizada após o advento da Lei nº 9.714/98.

Recurso conhecido pela letra c e desprovido.

Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. (STJ; RESP AC 184791/SP, DJ 13.9.99; 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer)

3-

Ementa: PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITO OBJETIVO. CONDENAÇÃO ATÉ DOIS ANOS DE RECLUSÃO. PENA ALTERNATIVA. LEI Nº 9.714/98.

- O benefício do sursis, previsto no art. 77, do Código Penal, tem como requisito objetivo essencial ser a pena privativa de liberdade imposta ao réu igual ou inferior a dois anos.

- A Lei nº 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto, e do art. 5º, XL, da Constituição.

- Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido.

- Recurso especial que se julga prejudicado.

Decisão: por unanimidade, julgar prejudicado o recurso. (STJ; RESP AC 199318/RS, DJ 10.4.2000; 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal)

4-

Ementa: HÁBEAS CORPUS. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89, DA LEI 9.099/95. INVIABILIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. EXAME DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL, DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 44 DO CP. NECESSIDADE.

Se a determinação do retorno dos autos à primeira instância – para que fosse analisado o possível cometimento do crime de receptação pelo paciente - decorreu do provimento dado ao recurso de apelação manejado pelo Parquet, portanto, quando a matéria ainda estava passível de recurso, não há falar em ofensa à coisa julgada. É inviável - porque já ultrapassado o momento processual adequado - a proposta de sursis processual após ter o Tribunal, em grau de apelação, reformado sentença absolutória para condenar o réu por crime cuja pena mínima em abstrato viabilizaria, em tese, a concessão do benefício.

O benefício previsto no art. 89 da Lei 9.099/95 tem como requisito objetivo a pena mínima de um ano de sanção privativa de liberdade cominada em abstrato, e não a pena aplicada em concreto, como decorrência de emendatio libelli (art. 383 do CPP) ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva. Precedentes. Ao condenar o paciente à pena inferior a quatro anos de reclusão, deveria o Tribunal a quo ter-se pronunciado até mesmo de ofício, acerca da possibilidade de substituição da pena. Verificando-se, todavia, o trânsito em julgado da decisão, competente para apreciar eventual substituição de pena é o juízo da execução (Súm. 611-STF). Concessão parcial da ordem.

Decisão: por maioria, conceder parcialmente a ordem para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções examine a possibilidade de substituição da pena imposta ao paciente, nos termos do art. 44 do Código Penal. (STJ; HC 12089/RJ; DJ 26.3.2001; 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal)

## 5-

Ementa: HÁBEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. PENA ALTERNATIVA. SURSIS HUMANITÁRIO.

1. Por reclamar profunda investigação probatória, a estreita via do hábeas corpus não comporta pleito de desclassificação da conduta prevista no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 para aquela do artigo 16 deste diploma legal.
2. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei nº 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro ("As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.").
3. Incabe a análise do pedido de sursis humanitário, quando além de não ter sido provado ser o paciente portador do vírus HIV, sequer demonstrou debilitação no seu estado de saúde.
4. Ordem conhecida parcialmente e denegada nesta extensão.

Decisão: por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem, e nesta extensão, denegá-la. (STJ; HC 12193/MG; DJ 18.12.2000; 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

## 6-

Ementa: CRIMINAL. HC. DIRIGIR EMBRIAGADO. NULIDADES. VÍCIO NO INQUÉRITO POLICIAL. FALTA DE PRONTA INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DA JUNTADA DE DOCUMENTO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONCESSÃO DE SURSIS OU DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NEGATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PECULIARIDADE DA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA.

- I. Eventual vício no inquérito policial não contamina a ação penal, tendo em vista tratar-se, o mesmo, de peça meramente informativa e não probatória. Precedentes.
- II. A falta de pronta intimação do defensor para se manifestar sobre documentos juntados constitui-se em nulidade relativa, sendo impróprio o reconhecimento de qualquer vício, se não suscitado em tempo oportuno - antes de proferida a sentença - e se ausente a demonstração de prejuízo à defesa.
- III. Suficientemente fundamentada a decisão que deixa de conceder o sursis e a substituição da pena, torna-se descabida análise mais acurada dos motivos utilizados para tanto, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

IV. O fato de se tratar de réu flagrado pela 3ª vez na prática de infração relativa a trânsito, indica que não se tem mostrado suficiente a pena alternativa anteriormente concedida.

V. Ordem denegada.

Decisão: por unanimidade, denegar a ordem. (STJ; HC 14048/RO; DJ 4.12.2000; 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp)

7-

Ementa: Apelação Criminal - Inconformismo com a aplicação do artigo 44 do CP - Alegação do Apelante de que tem direito à suspensão condicional da pena - Entendimento doutrinário e jurisprudencial - Artigo 44 é mais benéfico que o artigo 77 do CP - Aplicação da Lei 9.714/98, apesar de mais benéfica, deverá respeitar a vontade do condenado - Pedido que há de ser acatado - Aplicação das condições do sursis - Apelo parcialmente provido.

Conclusão: Acorda a Egrégia Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar parcial provimento ao apelo. (TJMS; Apelação nº 012019000574, 2ª Câmara Criminal, Rel. Wellington da Costa City, julg.15.8.2001)

## CONCLUSÃO

Nos dias de hoje é público e notório a falência do sistema carcerário. Os estabelecimentos prisionais estão super lotados e o Estado não consegue realizar o objetivo da pena que seria de ressocialização e reeducação do condenado na sociedade. Deixa os detentos jogados em uma cela, mais conhecida como sala de aula de uma faculdade, de formar grandes

criminosos, devido ao ensinamento de técnicas cada vez mais astuciosas e sofisticadas do crime. O delinqüente entra analfabeto no crime e sai doutor com direito a mestrado.

Apesar disto ser um absurdo é a difícil realidade a qual vivemos. O Estado trata de forma banal a vida daqueles que está sob sua custódia. Uma vez constatada essa enorme falha no sistema carcerário, não há motivos de se colocar, criminosos de menor potencial ofensivo nestes presídios repletos de criminosos maquiavélicos e extremamente perigosos a sociedade. A única forma de se combater o crime, é criando uma sociedade mais igualitária, onde todas as pessoas pudessem ter uma vida digna como é a de uma minoria privilegiada de pessoas do país. Isto é, combater aquilo que leva ao crime e não deixar para fazer apenas o combate do crime depois de já praticado.

Como isso se torna cada vez mais impossível de realizar, a ressocialização, a solução encontrada pelos juristas foi a de criar modelos de pena que prejudiquem menos o delinqüente. O sursis-suspensão condicional da pena, foi um destes modelos. Criado através do projeto de Berenger em 1884, na França e após algumas modificações adotado no Brasil no modelo belga-francês, através do Decreto n. 16.588, de 06 de setembro, sendo Ministro da Justiça João Luis Alves.

Este instituto veio a permitir que o condenado não se sujeite a execução da pena privativa de liberdade de pequena duração, tendo como escopo a ressocialização e reeducação do criminoso sem que para tanto, seja necessário tirá-lo do convívio da família, dos amigos, do emprego ou de um tratamento médico, o que dificultaria muito na sua recuperação. Este sistema dá uma segunda chance ao delinqüente que cometeu crime de menor gravidade ou seja, sua pena não ultrapasse a dois anos ou a quatro anos se for maior de setenta anos de idade ou sofra de grave problema de saúde na data da sentença.

Não se trata de uma faculdade do juiz, mas de um direito do condenado, para tanto é necessário que se preencha a determinados requisitos e se submeta a algumas condições. Condições estas, que ajudará o delinqüente a recuperar a sua auto-estima, que foi despedaçada ao longo dos dias, tanto que o levou a cometer infrações penais e habituá-lo a uma vida ordenada e conforme à lei.

Dados comprovam que há redução de reincidência no crime, por parte daqueles que tiveram algum tipo de benefício, não privando-o do bem primordial que é a liberdade, é menor do que em relação aos que cumpriram suas penas em regime privativo de liberdade.

Por muito tempo, o sursis foi a grande saída na substituição de penas privativas de liberdade, devido ao fato de não colocar o condenado com outros marginais de alta periculosidade, estimulando a não reincidência, pois não o tira da sociedade, apenas o ensina um caminho melhor a percorrer.

Com o advento da Lei nº 9714/98 - Lei das Penas Alternativas, este instituto tornou-se obsoleto. Isto porque o juiz, ao aplicar a pena privativa de liberdade até quatro anos, poderá substituí-lo por penas restritivas de direitos e, somente isso não sendo possível, avaliará a possibilidade de concessão do sursis. Daí a aplicação de Penas Alternativas e o desuso do sursis.

## **REFERÊNCIAS**

BECCARIA. Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. vol. 48. São Paulo: Martin Claret. 2004

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão Condicional da Pena e Suspensão Condicional do Processo**, 1 ed. São Paulo: Editora Jurídica JH Mizuno, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 5 ed, vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003

ETZEL, Rogério. **Sursis ou Restritivas de Direitos?** Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, edição especial, p. 34 -39 set. 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito dos Presos**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas. Anotação á Lei 11. 9.714, de 25 de novembro de 1998**. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal vol I - Parte Geral**. 27 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEIS, Brasil. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal 2007 – 3 em 1**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, vol. I, Parte Geral**. 22 ed. Atlas.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10 ed, São Paulo: Atlas 2002

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 37 ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica - 5 ed. rev., atual. e reform.** São Paulo: Saraiva. 2007.

REALE JUNIOR, Miguel, et al. **Penas Restritivas de Direitos**, 2 ed. São Paulo: RT, 1999