

CRIME DE AMEAÇA E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

VINÍCIUS AUGUSTO DE SOUZA ARAÚJO

1. Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar a impossibilidade de substituição de uma pena privativa de liberdade decorrente da condenação pelo crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal) por uma restritiva de direitos, tendo em vista a disposição contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal (CP).

2. Das penas restritivas de direitos

Com a reforma da Parte Geral do CP de 1940 (Lei 7.209/1984), o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o sistema de penas alternativas, ou substitutivas, cujas espécies encontram-se atualmente previstas no artigo 43 do Código:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- IV - interdição temporária de direitos;
- V - limitação de fim de semana.

Conforme ensinamento de Prado:

Tais penas têm caráter geral, posto que podem substituir a pena privativa de liberdade abstratamente cominada na parte especial, independentemente do título em que esteja inserido o delito em questão, desde que presentes os requisitos autorizantes.

A Imposição dessas penas tem por escopo contornar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração aplicadas a condutas delitivas de escassa repercussão, não raro perpetradas por delinquentes ocasionais. (PRADO, 2008, p. 534).

Para que se proceda à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do CP:

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

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

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

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

O disposto no inciso I refere-se aos requisitos objetivos, enquanto o disposto nos incisos II e III refere-se aos subjetivos.

O foco deste estudo será direcionado para os requisitos objetivos, presentes no inciso I, em especial na primeira parte, referente à modalidade de execução do crime. De acordo com esse dispositivo, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada uma pena privativa de liberdade até quatro anos e, concomitantemente, *o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*.

3. Do delito de ameaça

O crime de ameaça encontra-se tipificado no artigo 147 do CP:

Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.
Pena: detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Prado ensina que:

A ameaça (vis compulsória) é a violência moral, destinada a perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, pela intimidação ou promessa de causar a alguém, futura ou imediatamente, mal relevante e injusto. (Prado, 2010, p. 234).

Devido à cominação abstrata da pena que possui mínimo de um mês e máximo de seis meses, o delito de ameaça é considerado de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei 9.099/1995). Portanto, o processo e o julgamento desse delito são de competência dos Juizados Especiais Criminais. Tal situação permite que o sujeito ativo dessa prática delitiva possa usufruir dos benefícios trazidos pela Lei 9.099/1995,

em especial a suspensão condicional do processo (artigo 89) e a transação penal (artigo 76).

Contudo, no caso concreto, pode ocorrer que o agente do crime de ameaça não preencha os requisitos legais para que o Ministério Público proponha um desses benefícios ou, mesmo que atenda-os recuse os benefícios. Assim, far-se-á necessário o regular processamento da denúncia, oferecida pelo *Parquet*. Ao final, o Juiz pode prolatar uma sentença penal condenatória, fixando o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, conforme o artigo 147 do CP.

É nesse ponto que surge o seguinte questionamento: poderá o magistrado, após a fixação da pena privativa de liberdade, substituí-la por uma pena restritiva de direitos, aplicando os artigos 43 e 44 do CP? Entende-se que a resposta a essa pergunta é negativa, e a explicação será demonstrada a seguir.

4. Crime de ameaça e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Para a análise dessa situação, alguns argumentos são pertinentes.

A redação do artigo 44 do CP é bastante clara quanto ao modo de execução delitiva excluída do seu âmbito de aplicação: *crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa*. Exige-se que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Leva-se em consideração não apenas o desvalor do resultado, mas principalmente o desvalor da ação – que nos crimes violentos e que envolvem grave ameaça é sem dúvida muito maior –, fazendo com que seu autor perca o direito à substituição.

Dessa forma, a condenação em pena privativa de liberdade pela prática de crime cujo *modus operandi* utilizou-se de grave ameaça – ou que a ameaça seja elemento constitutivo de seu próprio núcleo (tal como o artigo 147 do CP) – não pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos, dentre aquelas previstas no artigo 43 do Código Penal.

Cabe ressaltar que a conduta ameaçante que permite a tipificação e, conseqüentemente, a condenação do acusado no artigo 147 do CP é somente aquela já revestida de *gravidade*, tal como ensina Prado:

[...] Demais disso, deve a ameaça revestir-se de gravidade (v.g., ameaça de morte, de lesão corporal grave, de significativo prejuízo econômico, de revelação de conduta desonrosa etc.). A gravidade da ameaça está relacionada com o mal prometido, que deve ser considerável, tendo-se em vista as particulares condições da pessoa ameaçada (idade, sexo, saúde etc.) e as circunstâncias do caso concreto. (PRADO, 2010, p. 234).

Assim, em sede de condenação pela prática do delito previsto no referido tipo penal, é evidente que a conduta

perpetrada somente pode ser aquela que constitui uma *grave ameaça à pessoa*.

Entende-se não ser o mais adequado o posicionamento defendido por Bitencourt (2012) e Greco (2012), segundo o qual a substituição é possível, já que o crime de ameaça, por ser de menor potencial ofensivo, não está sujeito à Parte Geral do CP, devendo-se aplicar apenas a política criminal consensual da Lei 9.099/1995.

Para esses autores, o indivíduo que pratica a conduta tipificada pelo crime de ameaça faz jus aos benefícios penais e processuais da Lei 9.099/1995, mas entendemos que o simples fato deste ser considerado como um delito de menor potencial ofensivo não faz com que seja uma exceção ao art. 44, I, CP. Assim, se a própria Lei 9.714/1998, que alterou os dispositivos do Código, não fez exceções quanto ao requisito de o crime não ter sido praticado com grave ameaça, o intérprete da norma penal não pode aplicar a pena restritiva de direito em condenação por crime de ameaça, uma vez que essa hipótese encontra-se expressamente excluída pelo texto legal.

Esse entendimento é corroborado tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência.

Em relação à possibilidade de ocorrer a substituição, Prado dispõe:

De semelhante, aos crimes de ameaça (art. 147, CP) e constrangimento ilegal (art. 146) não são aplicáveis as penas restritivas de direitos, visto que são ambos praticados mediante grave ameaça à pessoa (art. 44, I, CP). Entretanto, são infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais e, a exemplo da lesão corporal leve, estão sujeitos à transação penal e à suspensão condicional do processo (arts. 61, 76 e 89, Lei 9.099/95). (PRADO, 2008, p. 542).

Já Nucci é mais enfático ao afirmar:

Não cabe ao juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. No caso da lesão corporal dolosa - leve, grave ou gravíssima (pouco importando se de “menor potencial ofensivo” ou não) -, para efeito de aplicação da substituição da pena, não mais tem cabimento a restritiva de direitos. O juiz, em caso de condenação, poderá conceder o sursis ou fixar o regime aberto para cumprimento. Há posição contrária, sustentando que, nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, se cabe transação, por certo seria aplicável a substituição por pena restritiva de direitos. Pensamos de modo diverso. Se o autor desse tipo de infração merecer a transação, esta será aplicada. Não sendo o caso, é processado regularmente, vedada a substituição por restrição de direitos, restando outras medidas alternativas de política criminal. (NUCCI, 2011, p. 434-435).

A jurisprudência tem se posicionado em sentido igual ao defendido neste artigo, como se infere dos julgados destacados a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA - CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 147, C/C ARTIGO 61, II, "F", AMBOS DO CPB - NEGATIVA DE AUTORIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - CREDIBILIDADE - *SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO CABIMENTO - EXPRESSA PROIBIÇÃO LEGAL*. 1. Em especial no crime de ameaça, os depoimentos testemunhais e a palavra da vítima prevalecem sobre a negativa aleatória do agente. 2. As provas amealhadas ao longo da instrução são mais do que suficientes para ensejar a condenação, ainda mais quando a negativa de autoria se apresenta destituída de álibi comprobatório e de verossimilhança. 3. *Incabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de ameaça, pois encontra expressa proibição do Código Penal (art. 44, I, CP)*. Também não se pode suspender o processo nos crimes praticados em ambiente doméstico contra a mulher, pois não se aplicam nesse caso as disposições da Lei nº 9.099/95, nos exatos termos do art. 41. Da lei nº 11.340/2006. (Apelação Criminal 1.0024.11.049727-8/001, Relator: Des. Walter Luiz, julgamento em 18/02/2014, publicação do acórdão em 28/02/2014).

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR AMBAS AS PARTES-ART. 147 DO CÓDIGO PENAL- AMEAÇA- RECURSO CONHECIDO- PROVIMENTO PARCIAL- RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CARACTERIZADA- PRELIMINAR AFASTADA- INSUFICIÊNCIA DE PROVAS- INAPLICABILIDADE- APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA DE MULTA OU REDUÇÃO DO QUANTUM APLICADO- IMPOSSIBILIDADE- SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS- MANTIDA- JUSTIÇA GRATUITA- DEFERIDA- DIREITO- INAPLICÁVEL POR VEDAÇÃO EXPRESSA (ART. 44, I DO CP)- SURSIS- POSSIBILIDADE. (Apelação nº 0327024-30.2014.8.13.0024. Relatora Âmalin Aziz Sant'Ana. Delito: Artigo 147 do Código Penal. Origem: JESP 2ª Criminal. Apelante: Ministério Público: Apelados: Glayson Maurício Vieira Mendes.)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE AMEAÇA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - ABSOLVIÇÃO - SENTENÇA REFORMADA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DOSIMETRIA DA PENA - VALORAÇÃO NEGATIVA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - QUANTUM FIXADO UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - SUBSTITUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE, INCS. I E III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL.

I. A AMEAÇA PREVISTA NO ART. 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL É CRIME FORMAL, BASTANDO PARA SUA CONFIGURAÇÃO QUE A INTIMIDAÇÃO SEJA SUFICIENTE A CAUSAR TEMOR À VÍTIMA NO MOMENTO EM QUE PRATICADO, RESTANDO CARACTERIZADO O DOLO NA INTENÇÃO DO AGENTE EM INCUTIR MEDO NAQUELA, NÃO NECESSITANDO PARA TIPIFICAÇÃO QUE A AMEAÇA SEJA CONCRETIZADA. COMPROVADAS A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO PERPETRADO PELO RÉU CONTRA A VÍTIMA, SUA COMPANHEIRA, FUNDAMENTADA EM SUPOSTA TRAIÇÃO APÓS A INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E COM O USO DE

UM FACÇÃO, IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO DO RÉU PELO CRIME PREVISTO NO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL.

II. PRATICADO O CRIME DE AMEAÇA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS, E EXISTENTES DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU, PERFEITAMENTE CABÍVEL A FIXAÇÃO DA PENA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ENCONTRANDO ÓBICE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, EM OBSERVÂNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DOS INCISOS I E III DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. O MAGISTRADO É LIVRE, DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS, PARA FIXAR O QUANTUM QUE IRÁ EXASPERAR A PENA-BASE, DESDE QUE ATENDA OS PARÂMETROS DE NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA DA PARA QUE HAJA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME.

III. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E CONDENAR O RÉU ÀS PENAS DO ART. 147, CAPUT, CP, C/C ART. 5º, INC. III, E ART. 7º, INC. DA LEI N.º 11.340/06. (Apelação Criminal 2010.03.1.009828-7 - 0009792-51.2010.807.0003 (Res. 65 - CNJ), Relator: Des. Humberto Adjuto Ulhôa, julgamento em 23/08/2012, publicação do acórdão em 31/08/2012)

Por fim, encontrando-se o aplicador da norma penal dividido entre qual posicionamento adotar, são muito salutares as palavras de Bitencourt:

Como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser prudencial, e, diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. (BITENCOURT, 2012, p. 331).

Dessa forma, entende-se não ser cabível, no caso de condenação pelo crime de ameaça (artigo 147 do CP), a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, tendo em vista a disposição expressa do artigo 44, inciso I, do CP.

5. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral e Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.