

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

**ROSICLER ANTÔNIO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DE PENAS ALTERNATIVAS NOS  
CRIMES HEDIONDOS  
(TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES)**

**RUBIATABA-GO  
2007**

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

**ROSICLER ANTÔNIO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DE PENAS ALTERNATIVAS NOS  
CRIMES HEDIONDOS  
(TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES)**

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 Pimentel Leal.

**RUBIATABA-GO  
2007**

**ROSICLER ANTÔNIO RIBEIRO**

**APLICABILIDADE DE PENAS ALTERNATIVAS NOS  
CRIMES HEDIONDOS**

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

**RESULTADO** : **APROVADO**

**Orientador** : **Cláudia Pimentel Leal**  
Mestre em Ciências Penais

**2º Examinador** : **Eduardo Barbosa Lima**  
Especialista em Direito Penal

**3º Examinador** : **Geruza Silva de Oliveira**  
Mestre em Sociologia

**Rubiataba, 18 de dezembro de 2007.**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico aos meus pais, Waldemar Francisco Ribeiro (*in memoriam*) e Benedita Pereira Ribeiro (*in memoriam*), que não estão aqui em vida para presenciar minha vitória, mais com certeza estão me abençoando e aplaudindo por mais esta conquista.

## **AGRADECIMENTO**

Á minha esposa, Nyzia Noêmia, que desde o início do curso sempre esteve ao meu lado, depositando em mim confiança para ir em frente e alcançar a conclusão tão almejada.

“A vida não tem mais que duas portas: uma de entrar pelo nascimento, outra de sair pela morte. Ninguém, cabendo-lhe a vez, se poderá furtar à entrada; Ninguém, desde que entrou, em lhe chegando o turno, se conseguirá evadir à saída”.

*Dr. Ruy Barbosa*

## RESUMO

Devido o surgimento da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes hediondos, surgiu a intenção em aprofundar mais sobre o assunto em questão. Como será demonstrado em linhas gerais, trata-se de um tema polêmico, porém de grande valia para a aplicação da política criminal, versa, sobretudo, da liberdade individual do cidadão ou a privação da mesma. Analisaremos ainda, de maneira sucinta, o atual sistema penitenciário brasileiro, pois como é público e notório, a prisão não vem cumprindo seu maior objetivo, que é recuperar o delinqüente, devolvendo-o à sociedade para que possa viver em harmonia ao lado de seus pares. Assim, o estudo monográfico será executado sob o que dispõe as Leis 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); 9.714/98 (que deu nova redação aos artigos 43 e seguintes do Código Penal); e, 6.368/76 e 11.343/06 (que tratam sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), como também sobre o juízo de doutrinadores e de jurisprudências de nossos tribunais.

**Palavras-chave:** Crimes Hediondos, Cidadão, Código Penal e Jurisprudências.

## **ABSTRACT**

Because the emergence of the possibility of replacing the penalty deprivation of freedom by restricting the rights of heinous crimes, came the intention to deepen further on the matter in question. As will be shown in general, it is a controversial subject, but of great value to the application of criminal policy, versa, in partigoicular, freedom of the individual citizen or the deprivation of the same. We'll review yet, in short, the current Brazilian prison system, as it is public and notorious, the prison is not fulfilling its main goal, which is to retrieve the Delinquent, returning it to the society so that they can live in harmony beside her pairs. Thus, the monographic study will be run under it Laws 8.072/90 (Law of Crimes Hediondos); 9.714/98 (which gave new wording to artigoicles 43 and following of the Criminal Code), and 6.368/76 and 11.343/06 (dealing on the illegal trade in narcotics and drug related), but also on the judgment of doutrinadores and case law in our courts.

**Word-key:** Crimes Hediondos, Citizens, the Penal Code and Jurisprudências.

## LISTA DE SIGLAS

CC	-	Código Civil
CF	-	Constituição Federal
CP	-	Código Penal
OAB	-	Ordem dos Advogados do Brasil
PSC	-	Prestação de Serviços à Comunidade
STF	-	Supremo Tribunal Federal
VEC	-	Vara de Execuções Penais
FACER	-	Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 CRIMES HEDIONDOS.....</b>	<b>13</b>
1.1 Ação Legislativa contra o crime.....	13
1.2 Conceituação.....	14
1.3 Delitos Equiparados.....	16
<b>2 DAS PENAS ALTERNATIVAS.....</b>	<b>17</b>
2.1 Evolução Histórica.....	18
2.2 Objetivos da Elaboração das Penas Restritivas de Direitos e/ou Medidas Alternativas.....	23
2.2.1 Diferença entre Penas Alternativas e Medidas Alternativas.....	24
2.3 Conceito de Penas Alternativas.....	25
2.4 Natureza Jurídica das Penas Alternativas.....	27
2.5 Vantagens e Desvantagens das Penas Alternativas.....	28
2.5.1 Vantagens para o Estado.....	28
2.5.2 Vantagens para a Comunidade.....	30
2.5.3 Vantagens para o Apenado.....	31
2.5.4 Desvantagens das Penas Alternativas.....	32
<b>3 APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS NOS CRIMES HEDIONDOS – TRÁFICO DE ENTORPECENTE.....</b>	<b>33</b>
3.1 Aplicabilidade da Lei n. 9.714/98 cominada à Lei n. 8.072/90.....	33
<b>4 CORRENTES SOBRE A MATÉRIA.....</b>	<b>40</b>
4.1 Corrente Negativista.....	40
4.2 Corrente Positivista.....	43
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

A ampliação do elenco e a alteração do âmbito de aplicação das penas restritivas de direito, através da Lei 9.714/98, que modificou o artigo 44 do Código Penal, têm dado margem a interpretações divergentes quanto a seu alcance, sobretudo no que diz respeito a alguns tipos definidos como crimes hediondos ou a estes equiparados.

O estudo das Ciências Criminais tem sido objeto de atenção de muitos juristas que, em busca da estruturação de um sistema penal, venha ao encontro de uma sociedade que clama por justiça, e que se vê afrontada ante tanta impunidade.

O Estado, frente ao desafio de estabelecer critérios que garantam a efetiva prestação da Justiça, bem como o devido alcance da pena, vem elaborando penas alternativas, objetivando a ordem social, oferecendo ao condenado oportunidade de resgatar seu prestígio para com a ordem constituída.

A polêmica estabeleceu-se em razão da nova redação do artigo. 44, do Código Penal, que permite, na forma atual, a substituição das penas privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (o limite anterior era de um ano) e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso (a lei reformada impedia a substituição em caso também de reincidência culposa).

Ao estender o limite da pena aplicada para quatro anos, permitiu-se que o autor da prática de crimes, cujo cometimento merecia maior reprovação, em razão do bem jurídico violado, pudesse, em uma primeira análise, beneficiar-se com as inovações da lei mais nova.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se ao responder a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins (hediondo).

Nesse aspecto, observa-se em nossos tribunais um número superior de decisões no sentido de não beneficiar quem trafica drogas com as penas restritivas de direito, vez que o

condenado em tal delito não preenche os requisitos exigidos pela lei, pois trata-se de crime hediondo.

A questão é muito mais complexa do que a discussão que apresentaremos, limitarmos-nos a discutir a matéria basicamente no âmbito penal e processual penal; acabando por deixar os aspectos políticos, sociais e econômicos em segundo plano, pois, de certo, não é oportuno o momento para o aprofundamento neste artigo. Embora venha se firmando uma posição no sentido de admitir-se a aplicação do artigo 44 do Código Penal mesmo em certos casos, como o de falsificação de alimentos e de remédios, é interessante uma reflexão sobre os argumentos que sustentam as posições divergentes.

Diante da Lei 9.714/98, que alterou o artigo. 44, do Código Penal, através do presente trabalho, pretende-se pesquisar, compreender e conhecer a possibilidade de se aplicar penas restritivas de direitos aos crimes tidos como hediondos, em substituição da pena privativa de liberdade.

Durante o estudo dúvidas e controvérsias foram surgindo e, a partir delas, meus objetivos foram sendo traçados.

As divergências doutrinárias e julgados de nossos tribunais cada vez mais se alargam em um imenso leque de pareceres. Uma corrente, imperiosa e determinante, manifesta sobre, em qualquer caso de crime hediondo, não é possível a substituição da pena de prisão por alternativas, vez que não preenche os requisitos legais; outro grupo de estudiosos apontam de forma favorável, tendo em vista que no caso de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, caso o crime seja praticado antes da promulgação da lei 11.343, que se deu em 08 de outubro de 2006, a substituição é plenamente possível, vez que a traficância era controlada sob a égide da Lei 6.368/76, que previa pena mínima de 03 anos de reclusão e multa, assim, se o crime não fosse praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, estariam cumpridos os requisitos exigidos pelo artigo 44, do Código Penal.

A corrente positivista alega ainda que a lei penal não pode retroagir para prejudicar o réu. O objetivo específico do projeto se prende em desenvolver métodos de estudo para o real entendimento do tema proposto; colocar, de forma prática e habitual, as vantagens e

desvantagens da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; analisar os pontos importantes para o Estado, para a comunidade, como também para o apenado; e mostrar posições doutrinárias a respeito da possibilidade de se aplicar penas restritivas de direitos nos crimes hediondos.

No capítulo primeiro, para entendermos melhor o que significa Crime Hediondo, fiz constar conceitos no prisma de estudiosos, a classificação dos crimes hediondos, os delitos a eles equiparados.

No segundo Capítulo, tratarei sobre as Penas Alternativas, sua evolução histórica, as espécies de penas alternativas, seus objetivos, a diferença entre penas alternativas e medidas de segurança, conceito de penas alternativas e sua natureza jurídica, as vantagens e desvantagens para o Estado, para a comunidade e para o apenado.

Partindo para o terceiro capítulo, iremos discorrer sobre a aplicabilidade das penas alternativas nos crimes hediondos.

Finalizando com o quarto capítulo, as correntes divergentes sobre a matéria: Corrente Negativista e Positivista. E por fim, segue nossa conclusão.

A pesquisa foi realizada através de métodos de caráter bibliográfico. Assim, como forma de colher as informações necessárias, foram utilizadas obras doutrinárias da biblioteca da entidade, como também de propriedade particular, estudos em artigos e revistas jurídicas.

# 1 CRIMES HEDIONDOS

## 1.1 Ação Legislativa Contra o Crime

Devido ao aumento da criminalidade, a população se vê amedrontada e ameaçada por ações criminosas que merecem uma resposta penal altamente severa como medida de eficácia preventiva e intimidatória à violência. Estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLIII, que:

*A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

O legislador constituinte, além de criar uma categoria nova de delitos tidos como crimes hediondos, equiparou-a a outras espécies criminosas, a saber: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, e ainda eliminou garantia processual de alta valia como a fiança, anistia e graça e vedou causas extintivas de punibilidade.

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, nasceu, pois, dos reclamos da sociedade, objetivando especificar e tornar aplicáveis as medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais determinadas por nossa Lei fundamental.

Diversos foram os projetos de lei que cuidavam do tema, alguns de forma mais abrangente deixavam a critério do juiz definir no caso concreto se a conduta tipificava ou não o crime hediondo.

Neste caso o magistrado ia analisar a presença da violência física ou da grave ameaça; o requinte na execução; a dimensão do bem jurídico atingido; a intensidade da

repulsa causada na comunidade; enfim, o crime hediondo seria definido pelo chamado *sistema judicial*. Contudo, não foi este o adotado pela Lei n. 8.072/90. Ela preferiu utilizar a forma mais fácil, não deixar nada em aberto. Assim os crimes hediondos são em *numerus clausus*<sup>1</sup>.

## 1.2 Conceituação

O vocábulo “hediondo” origina-se do espanhol, significando repelente, repulsivo, horrendo; aquele que manifesta extrema abjeção ou depravação nos seus atos. É a ação praticada pelo agente que despreza a integridade da pessoa.

Lício Leal Barbosa (1993), conceitua crimes hediondos como sendo “*aquelas condutas típicas que, pelos motivos determinantes, meios e modos de execução, inspiram repulsão, asco, horror*”<sup>2</sup>.

No Direito Penal Brasileiro o termo “hediondo” não havia sido empregado até que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLIII se utilizasse à expressão “crimes hediondos”, remetendo à legislação ordinária a tarefa de defini-los.

Apesar de a hediondez, como conduta humana ser de fácil entendimento, não precisando de definição, no momento em que é erigida à categoria de qualificativo de um delito, por força do princípio da reserva legal, torna-se imperativo que haja uma tipificação jurídica. Assim é que o próprio texto constitucional, no inciso citado, diz que hediondos serão aqueles crimes definidos em lei.

Como resposta ao mandamento constitucional, originou a Lei dos Crimes Hediondos. Desta forma, crime hediondo será único e exclusivamente aquele constante no artigo 1º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VII-B e parágrafo único da Lei n. 8.072/90.

---

<sup>1</sup> Sérgio Sérulo da Cunha. **Dicionário Compacto do Direito**. 2003, p. 173

<sup>2</sup> Licínio Leal Barbosa. **Direito Penal e Direito de Execução Penal**. 1993. p. 183.

Considera-se também como hediondos todos os delitos descritos no artigo 2º da mencionada lei.

A lei dos Crimes Hediondos definiu o delito pelo chamado sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma exaustiva. Assim, crime hediondo é simples e tão-somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º e 2º da Lei 8.072/90. Estamos assim diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis.

Como já dito, os crimes hediondos estão previstos no artigo 1º e 2º da lei 8.072/90, senão vejamos, *in verbis*:

*Artigo 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:*

*Homicídio (artigo 121, Código Penal), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V, Código Penal);*

*Latrocínio (artigo 157, § 3º, in fine, Código Penal);*

*Extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º, CP);*

*Estupro (artigo 213 e sua c/c o artigo 223, caput e parágrafo único, Código Penal);*

*Atentado violento ao pudor (artigo 214 e sua combinação com o artigo 223, caput e parágrafo único, Código Penal);*

*Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, caput e § 1º, § 1º -A e § 1º -B, CP, com redação dada pela Lei n. 9.677/98).*

*Parágrafo Único – Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, tentado ou consumado.*

*Artigo 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*

*I - anistia, Graça e indulto;*

*II - fiança e liberdade provisória.*

O homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos I, II, III, IV e V, do Código Penal) foi acrescentado ao rol dos crimes hediondos, vindo assim ao encontro de algumas posições doutrinárias que não se conformavam com a sua não-inclusão na versão inicial da lei, vez que

o crime de homicídio, na grande maioria das vezes em que é praticado, causa comoção social, ainda mais se praticado com violência ou sem motivo justificável. Além do mais, não se justificava a ausência do homicídio qualificado no rol dos crimes tidos como hediondos, sobretudo se praticado com requinte de crueldade.

A inclusão desta espécie de crime se deu para atender anseios populares, já que o projeto de lei que deu origem à Lei n. 8.930/94, foi incentivado por mais de um milhão de assinaturas, campanha liderada pela escritora Glória Perez, mãe da atriz Daniella Perez, que foi vítima de homicídio qualificado, sendo brutalmente assassinada em dezembro de 1992, e por Josélia Brandão, mãe da menina Míriam, seqüestrada e morta por dois rapazes em Belo Horizonte, no início de 1993.

Por outro lado, pressionado pelo tripúdio sensacionalista sobre alguns casos de crimes contra a saúde pública, o legislador, às pressas, dada a proximidade das eleições, redigiu a Lei n. 9.695/98, alterando o inciso VII do artigo 1º. Sai do rol dos crimes hediondos o crime de epidemia com resultado morte, e em seu lugar entra a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, condutas tipificadas no artigo 273, caput e §§, do CP, também modificados pela Lei n. 9.677/98.

### **1.3 Delitos Equiparados**

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, também alcançou outras figuras delitivas, equiparando-as aos delitos hediondos. Assim, seriam também insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, concessão de fiança ou de liberdade provisória, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aí encontramos a raiz das mais profundas discussões doutrinárias sobre a Lei dos Crimes Hediondos.

## 2 DAS PENAS ALTERNATIVAS

A escalada da violência de um lado e a crise no sistema penitenciário de outro, levaram ao surgimento de outras penas, visando também a recuperação e a reinserção do condenado. Quanto à violência, inúmeras são as causas, como a pobreza, aliada à má distribuição de renda, como também o desemprego. A criminalidade é violenta: crime organizado, contrabando de armas, tráfico de entorpecentes, com uma alteração de valores éticos.

Conhecida é a falência da pena privativa de liberdade, a pena de prisão. Presos que cometem crimes de menor potencial ofensivo encarcerados em celas super-lotadas, vivendo em ociosidade, misturados com criminosos de alta periculosidade, sem chances de resgatar seu compromisso para com a ordem constituída, evidentemente não vão alcançar a reinserção social, mesmo porque, o reingresso do prisioneiro na sociedade é altamente discriminado. Assim, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa deverá ser aplicada, reservando a pena de prisão para os casos graves.

Neste aspecto já se pronunciou Busato<sup>3</sup>, ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB – Ordem dos Advogados do Brasil):

*Nosso sistema penitenciário não recupera absolutamente ninguém, ao contrário, coloca de vez na marginalidade todos os que foram postos na prisão e passam a viver no ambiente diário de extrema degradação de costumes das penitenciárias brasileiras.*

O Princípio Constitucional da Proporcionalidade deve ser respeitado e adotado em sua doseimetria, como também na execução da pena, senão vejamos: *“O Estado deve dar tratamento penal mais severo para os crimes mais graves e tratamento penal mais brando para os crimes de menor severidade”*.

---

<sup>3</sup>Roberto Busato. <http://www.oabms.org.br/noticia>

Diante da imensa população carcerária, aliada a centenas de milhares de mandados de prisão espalhados pelo país, e ainda o alto custo das construções e funcionamento das penitenciárias, a aplicação de penas substitutivas às penas de prisões começaram a surgir. Preocupam-se os penalistas com alternativas às chamadas penas detentivas. Estas penas, alternativas da prisão, concorrem para a diminuição da população carcerária, evitando assim a contaminação de presos de menor gravidade com criminosos de alta periculosidade.

O sistema prisional não tem apresentado resultados positivos no que se refere ao reingresso do condenado no convívio social, sendo grande o número de reincidência. A Pena Alternativa é um meio de grande valor, de eficácia na política criminal e praticidade na execução da pena. Porém, dentre às espécies de penas alternativas admitidas em outros países, algumas são proibidas em nosso direito, como as penas de banimento, confinamento, expulsão do território, etc.

A reingresso do condenado na sociedade coincide com a liberalização dos métodos de repressão ao crime com maior respeito à pessoa do criminoso. Demonstrando que a prisão é um dos males atuais, chamam a atenção para as penas alternativas, pois estas se revestem de grande importância na recuperação daqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, vez que são cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e por não causarem estigmas, revestindo assim em caráter mais humano, respeitando a dignidade da pessoa, facilitando a recuperação do delinqüente.

## **2.1 Evolução Histórica**

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é tida como medida jurídica de caráter moderno, vez que procura diferenciar a forma de aplicação da pena, pois a prática de crime grave deve ser tratado com mais severidade, enquanto os crimes que causam menos transtornos à sociedade devem ser cuidados de maneira mais branda.

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da sanção criminal, a verdade é que esta fracassou em seus objetivos declarados. O Estado, responsável em recuperar os delinquentes, sejam de grande ou pouco potencial ofensivo, abandonou sua função de órgão gestor da máquina penitenciária.

A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a luta de Von Liszt (1927)<sup>4</sup> contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados.

Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação de liberdade há um variado repertório de medidas, sendo que algumas representam somente um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão em exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída.

A pena alternativa, atualmente, é tratada como sendo um tema muito discutido e apreciado entre juristas e estudiosos, mas se observarmos a História poderemos constatar que a pena alternativa esteve presente em vários artigos da humanidade.

*Sócrates, importante filósofo grego, que viveu em Atenas no período de 470-399 a.C. foi, no ano de 399 a.C., foi condenado à morte por corromper a juventude, mas a Sócrates foi dada a opção de escapar da pena capital se concordasse em viver fora de Atenas, opção por ele recusada.*

*Galileu, físico italiano que viveu de 1.564 a 1.642 d.c., também foi condenado à morte por contestar os dogmas da Igreja Católica, em seguida concederam a Galileu a opção de negar todo o seu estudo e viver isolado em um castelo até o fim de seus dias.*

Uma das primeiras penas alternativas surgiu na Rússia, em 1926, conhecida como “prestação de serviços à comunidade”, devendo ser executada em favor de órgãos públicos, em prol da sociedade.

---

<sup>4</sup> Von Liszt. **Tratado de Direito Penal**. 1927, p.30.

Fora da Europa Continental, a Inglaterra introduziu a “prisão de fim de semana”, através do *Criminal Justice Act*, em 1948, e a Alemanha fez o mesmo com uma lei de 1953, somente para infratores menores. Em 1963 a Bélgica adotou o arresto de fim de semana, para penas detentivas inferiores a um mês<sup>5</sup>. Em 1967 o Principado de Mônaco adotou uma forma de “execução fracionada” da pena privativa de liberdade, um pouco parecida com o arresto de fim de semana, sendo que as frações consistiam em detenções semanais. No entanto, o mais bem-sucedido exemplo de trabalho comunitário foi dado pela Inglaterra com seu *Community Service Order*, que vigora desde 1972, com uma pequena reforma em 1982, diminuindo, inclusive, para 16 anos o limite de idade dos jovens que podem receber tal sanção.

O êxito obtido pelos ingleses influenciou inúmeros países, que passaram a adotar o instituto, ainda que com algumas peculiaridades distintas, como por exemplo, Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977) e, mais recentemente, Dinamarca e Portugal desde 1982, França desde 1983 e Brasil, com sua reforma de 1984, sendo que, nos dois últimos, o trabalho comunitário pode ser aplicado como sanção autônoma e também como condição no sistema de *sursis*.

No Brasil, a implantação do programa de penas alternativas surgiu no Rio Grande do Sul, em 1985, iniciando-se com um grupo de juízes gaúchos vinculados ao movimento do Direito Alternativo, oriundos do movimento pré-constituente de 1985, quando se reuniram para debater sugestões à Constituição.

De início, era um grupo de estudos que buscava pensar o direito comprometido com um novo modelo de sociedade. A partir daí, tiveram forte atuação nas Associações dos Juízes, Escolas de Magistraturas, começando a oxigenar o próprio Poder, com a nova era da produção teoria, juntando-se a esse grupo, promotores, procuradores, assistentes sociais e estudantes de direito para estudar as possibilidades da implementação da medida. Os assistentes sociais e estudantes de Direito eram responsáveis, na VEC (Vara de Execuções Penais), pela análise de relatórios enviados pela instituição conveniada.

---

<sup>5</sup> J.M. Rico. **Sanções Penais**. 1970, p.124

Em seguida, foi feito o cadastramento das instituições interessadas em integrar o programa, possibilitando manter um sistema de informações permanentes que permitisse a operacionalização do projeto.

Este modelo ainda é aplicado naquele Estado, de modo que após o recebimento da pena, o condenado passa por uma entrevista com o assistente social da Vara de Execuções Criminais (VEC), com o objetivo de encaminhá-lo a uma instituição conveniada. De acordo com o programa, deve ser respeitada a individualidade de cada prestador, sendo este encaminhado a um trabalho adequado às suas possibilidades físicas, emocionais e materiais, e de acordo com necessidades da instituição.

As eventuais faltas do apenado devem ser compensadas na mesma semana, ou no máximo em 1 (um) mês. Qualquer impedimento à compensação destas faltas deve ser imediatamente comunicado à Vara de Execução Criminal (VEC). Além disso, as faltas devem também constar do relatório, bem como as respectivas compensações. As faltas devem, ainda, serem justificadas pelo apenado através de documento idôneo, firmado por autoridade competente. Quando do cumprimento das penas alternativas, o beneficiário deve observar as seguintes regras:

1 – prestador deve manter boa conduta durante o seu trabalho, respeitando as regras, normas e hierarquia de instituição;

2 – durante o cumprimento da PSC (Prestação de Serviços à Comunidade), o prestador não terá direito a férias e feriados, salvo em casos previamente determinados pelo juiz;

3 – o não cumprimento das normas importa na revogação da Prestação de Serviço à Comunidade.

O Código Penal Brasileiro, com a reforma de 1984, acolheu as medidas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição de direitos.

A Constituição Federal de 1988, no inciso XLVI do artigo 5º, orientou o legislador a adotar, dentre outras, penas de privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; e, suspensão ou interdição de direitos, devendo a lei proceder a individualização da pena.

Com a criação da Lei 9.099/95 algumas alterações foram introduzidas na execução da pena, como a transação penal, artigo 76, e a suspensão do processo, artigo 89. Conforme prescreve o artigo 43, incisos I, II, III, IV, V e VI, do Código Penal, com redação dada pela lei 9.714/98, as penas restritivas de direitos, também conhecidas por penas alternativas, são, *in verbis*:

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

São penas que vão ser executadas sem privação da liberdade, de modo descontínuo e apenas em substituição a penas privativas de liberdade. Nada impede, todavia, que o legislador venha a cominá-las diretamente para certos crimes, como penas principais. De qualquer modo, as penas restritivas de direitos só serão eficazes se contarem, em sua execução, com a colaboração dos organismos vivos da sociedade.

## 2.2 Objetivos da Elaboração das Penas Restritivas de Direitos e/ou Medidas Alternativas

Constituem toda e qualquer medida que venham a impedir a imposição da pena privativa de liberdade, tais como: transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou de representação.

A aplicação das penas restritivas de direitos, previstas no artigo 43, do Código penal, visa, tão somente, a exclusão do indivíduo de menor potencial ofensivo do cárcere, como também sua recuperação para o convívio social.

Assim, caso o delinqüente preencha os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, poderá o juiz substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No entendimento jurídico de Fernando Capez<sup>6</sup>, doutrinador, professor e promotor de justiça no Estado de São Paulo, a lei 9.714/98 foi criada para atingir as seguintes metas:

- a) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário;*
- b) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente;*
- c) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre outras, é a que detém o maior índice de reincidência;*
- d) preservar os interesses da vítima.*

---

<sup>6</sup> Fernando Capez. **Curso de direito Penal**. 2006 p. 356.

### **2.2.1 Diferença entre Penas Alternativas e Medidas Alternativas**

Medidas Alternativas são soluções processuais ou penais para evitar o encarceramento cautelar provisório ou a prisão imposta por condenação criminal definitiva (p. ex.: suspensão condicional do processo, ampliação das hipóteses de cabimento de fiança, facilitação da progressão de regime, etc.).

As Medidas Alternativas diferem das Penas Alternativas, pois não constituem penas, mas resultam de opções para evitar a persecução penal e, por conseguinte, a imposição de pena privativa de liberdade, por sentença judicial.

As Penas Alternativas são todas as opções oferecidas pela lei penal a fim de que se evite a pena privativa de liberdade, ou seja, a pena de prisão. Caso o réu preencha os requisitos exigidos pela lei poderá cumprir a pena aplicada em regime aberto, sem a obrigação de recolher-se ao cárcere.

Comportam duas espécies:

- a) - As medidas penais alternativas (estabelecidas pela Lei 9.099/95 – transação pena, suspensão do processo etc.);
  
- b) - As penas alternativas.

## 2.3 Conceito de Penas Alternativas

O homem, vivendo em sociedade, tem necessidade de organização e de regras que determinem normas de condutas, dentro do espírito de comunidade. A atual lei originou-se do Projeto de Lei n. 2.684/96, alterando os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, com a reforma introduzida em 1984, ampliando as hipóteses, especialmente no que se refere ao *quantum* da pena.

Caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para marginais que cometem crimes graves e cuja periculosidade recomenda seu isolamento do meio social. A pena privativa de liberdade, a de prisão, não pode ser aplicada na mesma proporção ao agente que não oferece risco à sociedade. Caso o ordenamento jurídico não oferecesse meios legais para o magistrado diferenciar a forma de cumprimento da pena, estaria contrariando o Princípio da Proporcionalidade, segundo o qual, na consecução de um fim, deve-se utilizar o meio que seja ao mesmo tempo estritamente adequado, mais vantajoso e menos agressivo, evitando todo e qualquer excesso.

Nesta linha de entendimento, o renomado jurista e escritor, Cesare Beccaria<sup>7</sup>, já manifestou sobre o assunto:

*Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem jurídico e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.*

O instituto em discussão (Pena Alternativa) é mais um instrumento de Direito Penal, com função de oferecer oportunidade para o cidadão que cometeu infração de menor potencial ofensivo de reparar o dano praticado longe da prisão. É uma punição, que não segue as formas convencionais, mas trata-se de um novo método com um teor punitivo-educativo em sua estrutura de aplicação.

---

<sup>7</sup> Cesare Beccaria. **Dos Delitos e das Penas**. 2004, p. 68/69.

A Pena Alternativa se caracteriza pela busca, desesperada e urgente, de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática, oferecendo ao condenado outra opção de resgatar seu compromisso para com a ordem constituída, livrando-se do cárcere do sistema prisional.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos visa estabelecer a distância necessária entre o pequeno e o grande infrator, evitando existir nesse convívio uma verdadeira escola do crime. A Pena Alternativa é, também, um fator importante de redução do preconceito já arraigado na sociedade para com os egressos de uma penitenciária.

Deve-se ressaltar que a expressão “Penas Alternativas” foi adotada para divulgar e dar conhecimento, através de diversos meios sociais, a ampliação do antigo elenco de penas restritivas de direitos contidas no artigo 43 do Código Penal, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes o cumprimento da pena aplicada através de institutos legais que não seja o da prisão.

Pena alternativa é aquela que, mesmo punindo, não afasta o indivíduo da sociedade, não o exclui do convívio social, não impede os seus afazeres normais. A pena alternativa é uma medida punitiva imposta ao autor da infração penal no lugar da pena privativa de liberdade. Penas alternativas são punições de natureza penal, entre esta a de multa, o perdão judicial e a prestação de serviços à comunidade.

Em nota apresentada o escritor Sérgio Sérulo da Cunha<sup>8</sup>, define Pena Alternativa da seguinte forma: *“toda pena que não seja privativa de liberdade, especialmente a que consista na prestação de serviços à comunidade”*.

---

<sup>8</sup> Sérgio Sérulo da Cunha. **Dicionário Completo de Direito**.2003, p. 185.

Caso o réu, com sentença já transitada em julgado, não aceite cumprir a pena alternativa, como por exemplo: prestação de serviços à comunidade, deverá, de imediato, dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional imposto na sentença condenatória.

## **2.4 Natureza Jurídica das Penas Alternativas**

As penas alternativas são de dupla natureza, autônoma e acessória:

Autônoma – são penas substitutivas; não são acessórias nem dependem da pena privativa para serem impostas; são próprias, como as penas privativas de liberdade, a pecuniária e as restritivas de direito. São autônomas porque subsistem por si mesmas após a substituição. O juízo das execuções penais vai, diretamente, cuidar de fazer cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros, ou seja, caso o condenado não cumpra ou deixe de cumprir a pena alternativa.

Acessória – é a que depende da aplicação de uma pena detentiva, depois substituída pela pena alternativa. São acessórias e/ou substitutivas, porque derivam da permuta que se faz após a aplicação na sentença condenatória da pena privativa de liberdade, que em seguida é substituída por restritiva de direitos. Portanto, quando o juiz aplicar pena privativa de liberdade, pode substituí-la por restritiva de direitos, pelo mesmo prazo da primeira, convertendo-a, por exemplo, em pena de prestação de serviços à comunidade como elemento de *sursis* e do livramento condicional.

## **2.5 Vantagens e Desvantagens das Penas Alternativas**

### **2.5.1 Vantagens para o Estado**

Segundo os doutrinadores, o nosso sistema penitenciário está deteriorado, não conseguindo desempenhar as funções para as quais foi instituído, ou seja, não regenera ninguém, muito pelo contrário, tornou-se centro de violência e abusos. Trata-se de delegacias e presídios públicos super-lotados, que absorvem altos investimentos financeiros anualmente.

Após inúmeras pesquisas o Estado do Rio Grande do Sul, pioneiro na implantação das penas alternativas, calculou que as despesas mensais com a prisão ficam em torno de R\$ 290,14 (duzentos e noventa reais e quatorze centavos) por preso. E o gasto médio de um prestador de serviços à comunidade é de R\$ 53,35 (cinquenta e três reais e trinta e cinco centavos). Assim, essa diferença poderia ficar disponível para ser aplicada em novos investimentos, já que há carência em muitos setores, como por exemplo no setor de proteção à vítima, saúde, segurança pública, educação, etc.

Através de convênios realizados entre a Vara das Execuções e outros órgãos do Estado, poderia ser aproveitado o trabalho das pessoas que se enquadram nas penas alternativas (escolas, creches, hospitais, entre outras entidades). Essa mão de obra, de baixo custo, representaria uma economia muito grande para o Poder Público, que poderia ser revertida em prol da sociedade.

Enquanto que para dar cumprimento à pena privativa de liberdade o Estado mobiliza inúmeros funcionários para cuidar da segurança dos detentos, nas penas alternativas 01 (um) assistente social pode ser responsável por até, aproximadamente, 50 (cinquenta) prestadores desse tipo de pena.

Não se deve afirmar que com a aplicação das penas alternativas estaria resolvida a questão da superlotação dos presídios brasileiros, mas muitos problemas se resolveriam ao serem abertas novas vagas para aquelas pessoas de alta periculosidade, que realmente devem ser submetidas à pena privativa de liberdade. Além disso, seria possível cumprir integralmente um princípio consagrado na Constituição Federal que é o da “individualização da pena”.

Segundo uma pesquisa realizada em Cleveland, nos Estados Unidos, cerca de 64% (sessenta e quatro por cento) das pessoas que cumpriram pena privativa de liberdade voltaram a delinquir, por outro lado, aqueles que prestaram serviço à comunidade em entidades públicas representaram uma reincidência de, apenas, 37 % (trinta e sete por cento). Assim, pode-se afirmar que há redução da criminalidade e, também, no número de pessoas encarceradas.

Com o advento da Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, abriu-se a possibilidade de aplicação das penas alternativas antes mesmo de ocorrer o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, trazendo como consequência um melhor andamento das tarefas do Judiciário.

A suspensão condicional do processo, como também a transação processual, conforme prescreve os artigos 89 e 76, da Lei 9.099/95, tratam-se de remédios jurídicos de grande valia, vez que cuidam dos casos de menor potencial ofensivo, dando ainda oportunidade à vítima de ser ressarcida pelos danos sofridos.

Além do mais, outros órgãos poderiam ajudar o Judiciário na fiscalização da aplicação da pena alternativa, porque assim possibilitaria um desacúmulo de funções já que haveria uma melhor repartição de competência.

De acordo com as afirmações do ex-ministro da Justiça Nelson Jobim: “*A prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir*” (Portaria n. 1.072/98). Através da mencionada declaração, nota-se que até o Estado, que é o responsável pela recuperação de condenados que

cumprem pena em regime prisional, admite que a pena privativa de liberdade não alcança seu objetivo maior.

O compromisso de regenerar os condenados a pena privativa de liberdade se tornou ineficaz, vez que o órgão público não consegue regenerar o apenado, devolvendo-o à sociedade muito mais despreparado para o convívio social do que quando ingressado no sistema penitenciário.

Então, questiona-se a eficácia da pena privativa de liberdade, vez que o convívio de presos que cometeram pequenos delitos, sem o uso de violência ou grave ameaça, que poderiam prestar serviços gratuitos, conforme suas aptidões, para entidades públicas, com condenados de alta periculosidade, tornou-se outro grande problema na execução da pena, tendo em vista que diferente de recuperar-se para o convívio social, acaba sendo ingressado definitivamente no mundo do crime.

### **2.5.2 Vantagens para a Comunidade**

A pena alternativa pode ser vista como uma forma de recuperação da pessoa que cometeu algum crime de menor gravidade, condenado a prestar determinado trabalho comunitário em prol da sociedade.

Diminuindo a reincidência pode-se afirmar que a aplicação dessa pena gera maior tranquilidade no meio social, pois assim poderá reduzir a criminalidade. Não seria interessante para a sociedade manter uma pessoa encarcerada, vez que cria nela a possibilidade de tornar-se um agente de alta periculosidade, quanto maior o tempo que permanecer na prisão, maior será a sua agressividade ao sair dela, gerando insegurança no meio social.

A população se sente mais amedrontada e desprezada com a falta de investimentos por parte do Poder Público na construção de presídios dignos, que conviver ao lado de um

delinqüente que foi condenado a cumprir a pena aplicada na prestação de serviço em órgão público.

Caso a sanção aplicada seja de pena pecuniária multa, esta pode ser destinada em prol da vítima ou de seus dependentes ou à entidade pública ou privada com fim social, medida de caráter pacificador e reparatório, fator indispensável para a devida compreensão do direito penal.

### **2.5.3 Vantagens para o Apenado**

Com certeza, o maior beneficiário com a aplicação das penas alternativas é o condenado, vez que possibilita sua reintegração social, sem a necessidade de que venha a ser preso, porque a cadeia, como já vimos, não recupera o indivíduo, mas sim, serve como uma forma de excluí-lo do meio social.

As pessoas que se beneficiam da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, geralmente, não cometeram grandes delitos e ao desempenharem atividades comunitárias (pena alternativa) certamente desenvolverão o espírito voltado para o trabalho que, futuramente, poderá modificar a vida dessas pessoas. Por outro lado, na cadeia não teriam essa possibilidade de recuperação. E ao cumprirem a pena imposta podem até mesmo continuar trabalhando nos estabelecimentos.

O cidadão que for condenado por sentença judicial, transitada em julgado, que preencher os requisitos exigidos pelo art. 44, do Código Penal, que for beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve ser encaminhado para trabalhar em lugar onde ele possa exercer a sua habilidade específica, sua profissão, como por exemplo: se um indivíduo é enfermeiro, não irá prestar serviço como faxineiro ou cozinheiro, mas sim, será aproveitada sua aptidão profissional, prestando serviço em hospitais, asilos, postos de saúde, etc.

Por se tratar de criminoso eventual, o beneficiado com a pena alternativa não precisaria perder o seu emprego em virtude da condenação que lhe foi imposta porque não ficaria privada de sua liberdade, ou seja, há possibilidade de conciliar o período do seu serviço e estudos com o período em que deve prestar serviços à comunidade.

A pena alternativa surge como uma forma de possibilitar ao indivíduo a chance de recuperação, sendo necessário que o reeducando venha sentir-se útil no seu posto de serviço, por outro lado há a necessidade do reconhecimento de seu trabalho.

#### **2.5.4 Desvantagens das Penas Alternativas**

Praticamente não se deva fazer qualquer objeção quanto à aplicabilidade das penas alternativas, ainda assim existe uma corrente contrária ao seu uso. O grupo negativista alega que a substituição de pena privativa de liberdade por penas alternativas pode comprometer o resultado da sanção imposta e banalizar política criminal.

De acordo com essa corrente não haveria redução dos encarcerados porque nem todos poderiam ser beneficiados com tal solução. Não apresenta qualquer conteúdo de ordem intimidativo porque as penas alternativas podem tornar-se um instrumento meramente de controle pessoal, pois servem apenas para controlar a taxa de encarcerados.

E, como houve aumento no número de penas alternativas o legislador pode ser levado a aumentar o número de normas incriminadoras, prejudicando assim o andamento do direito penal ao causar maior morosidade aos processos.

### **3. APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS NOS CRIMES HEDIONDOS – TRÁFICO DE ENTORPECENTE**

#### **3.1 Aplicabilidade da Lei n. 9.714/98 cominada à Lei n. 8.072/90**

A questão sobre a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas no crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, em face do recente contexto, ganhou novo componente, ainda que indiretamente, a partir da decisão do STF – Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a proibição literal da progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, prevista no § 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, sobretudo para aqueles que defendem, ainda que excepcionalmente, a viabilidade da substituição.

O propósito do legislador de agravar significativamente as sanções correspondentes às infrações definidas como crimes hediondos e afins (Lei n. 8.072/90), elevando consideravelmente os limites das penas respectivas, é inegável. Na verdade, houve uma obsessiva vontade de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade.

A violência dessa política criminal funcional ganhou, digamos, uma quase-unanimidade nacional sobre o entendimento de que a Constituição fixou um regime comum para o crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos (artigo 5º, XLIII), equiparando-os quanto a sua danosidade social.

As inúmeras críticas apresentadas contra a falta de técnica legislativa e ausência de adequação lógica e coerente da Lei n. 9.714/98 com o sistema penal como um todo, sobressai à questão da possibilidade da aplicação da substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos aos crimes hediondos e assemelhados, tratados pela Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para os quais, com apoio na regra do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário estabeleceu um sistema normativo restritivo de

tratamento mais rigoroso aos condenados por crimes nela enumerados.

Para esses crimes, enfim, a política criminal é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do sistema progressivo. Em pólo oposto está a política criminal das penas alternativas (Lei n. 9.714/98), que, satisfeitos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, procura evitar o encarceramento, prevendo alternativas que se consubstanciam nas penas “restritivas de direitos” e na pena de multa.

Não se pode negar, à evidência, que a disciplina de aplicação e execução de penas, constante dos dois diplomas legais (Leis n. 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, desuniforme: um enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro prioriza as alternativas à pena privativa de liberdade. A política criminal adotada pela Lei n. 9.714/98 é incompatível com a política de exasperação de pena adotada pela lei dos crimes hediondos.

Aliás, mister se faz ressaltar, que na maioria dos casos, essas medidas descaracterizadoras foram de grande valia aos aplicadores do direito, que puderam passar a aplicar penas alternativas, não deixando de punir os infratores, e mesmo assim, podendo mantê-los afastados das odiosas medidas segregatórias, pois, conforme magistério de Damásio E. de Jesus, “só conhecemos dois tipos de delinqüentes: os que não podem sair da cadeia e os que não podem ser mandados para lá”. É claro que para tanto, cada caso, cada realidade, passou a ser analisada de forma isolada e particular, guiando-se, logicamente, nos parâmetros indicados pela lei.

Esta questão passa a ser ainda mais delimitada na medida em que os crimes catalogados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em sua grande maioria, são contemplados com cominações de penas cujos limites mínimos já excedem os quatro anos de reclusão, sem contar que muitos deles são praticados mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa, o que os esvaziam dos requisitos hoje previstos pelo artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a nova redação introduzida pela Lei n. 9.714/98.

Para alguns autores, o magistrado, antes do advento da lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, equiparado aos crimes hediondos por força do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que era tratado pelo artigo 12, da Lei 6.368/76, poderia substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos caso não ultrapasse quatro anos e o crime não fosse cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, nem tudo é tão simples, fácil e direto como se gostaria. Em que se pese o grande avanço das penas substitutivas trazidas pelo artigo 44, do Código Penal, com nova redação dada pela lei 9.714/98, a norma chocou-se, diretamente, com outro diploma legal anterior, e em vigor, a lei n. 8.072/90.

Nesse contexto e em razão da imperatividade da supremacia da Carta Magna, o eventual confronto político-criminal entre as Leis n. 8.072/90 e 9.714/98 deve ser decidido em prol desta última, que, além de garantista, vem a adequar-se aos postulados da atual Constituição.

Na verdade, a legislação ordinária somente não pode modificar aqueles postulados da Lei dos Crimes Hediondos que a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu, ou seja, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (artigo 5º, XLIII, da CF). Todos os demais excessos contidos na Lei n. 8.072/90 podem ser alterados por simples lei ordinária, tácita ou expressamente, consoante dispõe o artigo 20, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim sendo, a Lei n. 9.714/98 derogou parcialmente os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, nas infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça, cuja pena não ultrapasse a quatro anos de reclusão. Seria paradoxal negar fiança ou liberdade provisória ou determinar o cumprimento em regime integralmente fechado a quem não será condenado em cumprir a pena aplicada em regime fechado.

Deste modo, a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43 e seguintes do Código Penal, aquelas infrações definidas como crimes hediondos ou assemelhados, que satisfizerem os requisitos exigidos pelo atual artigo 44, do

Código Penal, admitem a aplicação de penas restritivas de direitos. Logo, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos somente será vedada quando a pena aplicada for superior a quatro anos de reclusão ou o crime for praticado com violência ou grave ameaça.

De plano, constata-se que atualmente o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que como regra não é praticado com violência ou grave ameaça, não poderá ser incluído entre aquelas infrações que possam admitir a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que o artigo 33, da Lei 11.343/06, prevê pena mínima de cinco anos aos adeptos à prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, contrariando o requisito previsto pelo artigo 44, inciso I, do Código Penal, que estabelece pena mínima de quatro anos.

Neste entendimento, manifestou o respeitável doutrinador e jurista Damásio de Jesus<sup>9</sup>:

*2º) cuidando-se de crime culposo, qualquer que sejam a quantidade da pena detentiva, pode ser substituída por restritivas de direitos ou multa, desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis (artigo. 44, II, § 2º; 3º) é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso (artigo. 44, II, observando o § 3º).*

Sabe-se que na atividade de aplicação da lei penal o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando a realização do Direito e a prática da Justiça. O texto constitucional, norma fundamental e sustento de validade de todo o ordenamento pátrio, deve ser analisado sistematicamente, cotejando-se seus artigos e seus significados para, então, extrair-se as conseqüências jurídicas dele advindas, garantindo-se, sempre, os valores supremos que orientam o Estado Democrático de Direito: exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo da Constituição Federal).

A violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica em ofensa não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.

---

<sup>9</sup> Damásio E. de Jesus. **Código Penal anotado**. 1999, p. 179.

Neste vértice, o magistrado, como membro de um Poder, deve observar e garantir, primordialmente, os valores e princípios norteadores da Carta Magna, dela destacando-se a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (artigo 5º, II, da Constituição Federal), e que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal).

A pena, inserida nos dispositivos constitucionais citados, é usada em sentido amplo, significando não só aquela sanção imposta pela prática de conduta tipificada como crime, mas também reprimenda aplicada ao indivíduo que descumpre qualquer outro preceito legal, seja civil, administrativo, etc.

Quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta Magna elenca em seu artigo 5º, XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

A nova redação do artigo 44, do Código Penal, advinda com a Lei n. 9.714/98, fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito (alcançadas doutrinariamente de "penas alternativas"), tendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso. Existindo condenação anterior, mesmo que transitada em julgado, não se tratando de reincidente específico, será admitida a substituição.

Mas o requisito subjetivo que deverá sempre ser observado para determinação da substituição, reside no exame da suficiência desta operação, verificada a partir da análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social e a personalidade do condenado, d) motivos e as circunstâncias do crime.

Expressamente prevista no Código Penal (derivada do comando constitucional), a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se subordina ao cumprimento ou preenchimento de quaisquer outros requisitos que não sejam aqueles já

enumerados, sendo certo que as normas fixadas neste diploma legal, como lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria dispendo de forma diversa (artigo 12, do Código Penal).

Por outro lado, desde 1940, a prática de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo praticado com o consentimento da vítima, constitui atentado violento ao pudor (artigo 214, do Código Penal). Incluem-se nessa definição o beijo lascivo, os tradicionais agarramentos, simples toques nas regiões pudendas, apalpadelas, entre outras, que a juventude moderna faz com frequência, especialmente nas festas. São atos e afetos íntimos que a crueldade da lei 8.072/90 trata como sendo crime hediondo. Dizendo, em outras palavras, que o cidadão que mantém relação sexual com o consentimento de sua namorada menor de 14 anos, deverá arcar com as conseqüências do ato praticado por ambos no cárcere do sistema presidiário brasileiro.

Pergunta-se: Seria esse, afinal, o comportamento que a Lei dos Crimes Hediondos deseja aplicar pena que varia entre 6 e 10 anos de reclusão? Evidentemente que não. Tal condenação deverá ser aceitável caso o crime seja praticado contra a vontade da vítima, constituindo assim violência indigna, caracterizando ato de desvalor contra o ser humano.

Com o advento da Lei nº. 9.714/98, ampliando as espécies e possibilidades de sanções substitutivas previstas no artigo 44, do Código Penal, muito se tem discutido acerca da possibilidade de sua aplicação aos crimes definidos como hediondos mencionados na Lei n 8.072/90, e aos a eles equipados.

Tem gerado muita polêmica a possibilidade ou não de se substituir pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e de drogas afins.

É evidente a queda de braço travada não só pela doutrina, mas também pelos tribunais pátrios. Tendo em vista a magnitude do assunto.

Diante da omissão da lei especial, as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e a dosimetria da pena, inclusive as atinentes à substituição das penas privativas por

restritivas de direitos, são aplicáveis aos crimes de que trata a Lei nº. 8.072/90 (claro excluídos aqueles praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa), com as ressalvas explícitas contidas no artigo 2º, I, II e § 1º, porque nestas a norma especial afasta a incidência da norma geral.

O artigo 33, da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, prevê pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão e multa para os infratores de crime de tráfico ilícito de entorpecente e assemelhados, senão vejamos, *in verbis*:

*Artigo 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

Diante da pena mínima cominada ao crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, considerando o inciso I, do artigo 44, do Código Penal, esbarra no impedimento legal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que a pena mínima aplicada ultrapassa a quatro anos de reclusão.

Isto posto, caso a pena aplicada seja a mínima prevista no artigo 12, da Lei 6.368/76, não sendo o crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, pode-se aceitar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que a pena imposta é de 03 anos, assim estarão cumpridos os requisitos exigidos pelo artigo 44, inciso I, do Código Penal.

## **4 CORRENTES SOBRE A MATÉRIA**

Por trata-se de um tema tão polêmico, que causa repercussão pública, doutrinadores, juristas e decisões de nossos tribunais construíram posições divergentes, surgindo assim duas correntes sobre o assunto.

Embora o caput do artigo 44, da Lei 11.343/2006, seja categórico em afirmar que o crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins (hediondo) previsto nos artigos 33, caput e § 1º, e artigo 34 a 37 da lei antes mencionada é inafiançável e insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal, terá direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tese defendida pela corrente positivista, posição durante contestada pelos componentes da negativista.

### **4.1 Corrente Negativista**

Fortes são as opiniões de juristas que entendem que a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se aplica aos crimes hediondos e assemelhados, vez que tratam de delitos de grande potencial ofensivo, causadores de transtornos, na maioria das vezes, irreparáveis, devendo os delinquentes serem condenados de forma mais severa, para evitar a prática reprovável de tal conduta, por tal razão não se pode beneficiar o autor de crime hediondo com a aplicação de pena alternativa.

Muitos juristas têm manifestado profundas inquietações com a generalização das substituições das penas aplicadas a traficantes de drogas ilícitas. A exceção virou regra. Isso se deve ao fato de que muitas decisões judiciais têm considerado apenas os requisitos relacionados com a quantidade de pena aplicada e a inexistência de violência ou grave ameaça à pessoa para se fazer a substituição, fazendo-se vistas grossas ao requisito de admissibilidade, ou seja, o subjetivo.

Os adversários da aplicação de pena alternativa nos crimes hediondos, asseveram que em se tratando de condenação por tráfico de drogas ilícitas, ainda que a pena aplicada não seja superior a quatro anos, em face da diretriz da norma do artigo 59 do Código Penal, dificilmente comporta a substituição por pena alternativa, eis que o grau de reprovação da conduta do traficante, em especial pelos males causados à sociedade, sobretudo para a juventude, por sí só, já impede ou obstaculariza a substituição.

A cerca da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos crimes hediondos e assemelhados, o experto doutrinador Mirabete (2004)<sup>10</sup> entende que a substituição da pena não se aplica:

*Seria paradoxal que, impedindo a lei que a pena imposta por um desses crimes não possa ser executada em regime semi-aberto ou aberto, se permitisse que a sanção privativa de liberdade fosse substituída por pena restritiva de direitos.*

Segue a manifestação de Mirabete (2004)<sup>11</sup>:

*Como a nova lei permite a substituição de pena até 4 anos, inclusive, inclui nessa possibilidade crimes graves, ainda que não cometidos com grave ameaça ou violência, como os de colarinho branco, quadrilha ou bando, contrabando, moeda falsa, racismo, etc., é dever do juiz que faça uma rigorosa apreciação dos requisitos subjetivos no sentido de verificar se, realmente, a pena substituta é suficiente para a reparação e prevenção penais, assegurando a necessária defesa social*

O princípio da especialidade disposto no artigo 12 do Código Penal acaba por determinar que as alterações introduzidas pela Lei das Penas Alternativas sejam inaplicáveis ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, vez que não preenche os requisitos exigidos pelo inciso I, do artigo 44, do Código Penal, pois a pena mínima aplicada, conforme prescreve o artigo 33, da Lei 11.343/06, ultrapassa o limite estabelecido de quatro anos de reclusão.

---

<sup>10</sup> Júlio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal**. 2004. p. 278-279.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 280.

A maioria das decisões de nossos tribunais buscam fundamentos no argumento de incompatibilidade da Lei dos Crimes Hediondos com as Penas Restritivas de Direitos, embasando seu entendimento de que tais penas não se demonstram suficientes a prevenção e repressão dos delitos em questão. Alega esta corrente que substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes hediondos poderia provocar uma onda de crescimento de crimes desta natureza, que a resposta penal visa prevenir, tal como constata-se em jurisprudências.

Apresentam razões para a inadmissibilidade da aplicação das alterações introduzidas pela Lei n. 9.714/98 aos crimes hediondos, sendo uma delas a impossibilidade de revogação da lei especial pela lei geral, já que o artigo 12 do Código Penal expressamente dispõe que as regras gerais do Código Penal só se aplicam aos fatos incriminados por leis especiais se estas não dispuserem de modo diverso.

Os negativistas alegam que não prevalece a questão da posterioridade da lei, *lex posterior derogat priori*, mas o problema deve ser solucionado pelo princípio da especialidade, segundo a aplicação da lei especial responderá sobre a da lei geral, *lex specialis derogat legi generali*.

Neste sentido, os seguintes aspectos devem ser ponderados:

a) Como já dito, a Lei n. 9.714/98, embora posterior, modificou os artigos 43, 44, 45, 46 e 47 do Código Penal, que é lei geral;

b) A própria Constituição Federal, em seu artigo. 5º, inc. XLIII, estatuiu que: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", deixando claro que tais delitos deveriam ser tratados por uma lei especial.

A corrente negativista argumenta que os pequenos traficantes, conhecidos no jargão policial como mulas, não oferecem menos perigo à sociedade, alegam que são tão perniciosos quanto os grandes delinquentes de seu gênero, pois, de forma direta ou indireta, colaboram

para a prática do crime.

Para os negativistas, os mulas, tratam-se de comerciantes a varejo, que após se abastecerem junto aos grandes traficantes, vão às portas das escolas, às praças públicas e esquinas da cidade oferecer pequenas quantidades de drogas aos usuários, contribuindo assim, em pequenas doses, para um vertiginoso crescimento desse mal que afeta toda esfera da sociedade.

O penalista Capez<sup>12</sup>, que comunga com a corrente negativista, apresenta seu comentário jurídico sobre o caso:

*Condenação por crime hediondo ou tráfico ilícito de entorpecente: mesmo que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a 4 anos, não será possível a sua substituição por pena alternativa, uma vez que, de acordo com o artigo. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a pena nesses delitos deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.*

Outro argumento da corrente restritiva é o fato de que, paralela à política de despenalização, corre junto a política de recrudescimento do tratamento de certos tipos de criminalidade, dentre as quais a hedionda, para a qual o próprio legislador constituinte previu uma disciplina mais rígida.

## 4.2 Corrente Positivista

Há na doutrina, e até na jurisprudência, mesmo que em menor número, posições a favor da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Os adotantes desta corrente buscam fundamentos, basicamente, nas mudanças feitas pela Lei das Penas Alternativas (Lei 9.714/98), que modificou os artigos 43 a 47 do Código Penal Brasileiro.

Para aqueles que optam por posição a favor da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos o advento da Lei das Penas Alternativas e o preenchimento

---

<sup>12</sup> Fernando Capez. **Curso de Direito Penal**. 2006. p. 370.

das condições impostas pelo artigo 44 do Código Penal seriam suficientes para se obter o benefício.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, também em crimes de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, assemelhado aos crimes hediondos (artigo 2º, da Lei 8.072/90), em linhas gerais, René Ariel Dotti<sup>13</sup> ressalta:

*Que a Lei dos Crimes Hediondos, quando de sua vigência, não chegou a deixar expressa a não aplicação do antigo artigo 44 do Código Penal. É que como este só previa a substituição se a pena privativa de liberdade fosse inferior a um ano, esta jamais haveria de incidir no caso dos crimes hediondos, cujas reprimendas ultrapassam aquele limite. (...) A Lei n. 9.714/98 estabelece normas gerais, alterando o artigo geral do Código Penal no tocante à aplicação da pena, cingindo-se ao preceito constitucional que prevê o princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF), e sem contrariar a regra de exceção constitucional aos benefícios penais em caso de crimes hediondos, insculpida no artigo 5º, inciso XLIII, da CF, a qual só exclui a fiança, a graça e a anistia.*

A atual diretriz legislativa, adequada aos novos rumos da política criminal e ao princípio do direito penal mínimo, sucede à Lei no 8.072/90, amenizando seu rigor e, por lhe ser posterior e tratar mais beneficentemente a matéria, deve prevalecer sobre a primeira, isto sem olvidar que, em muitas ocasiões, a Corte Superior de Justiça reconheceu a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena (o sursis) aos condenados por crimes hediondos, que satisfizessem os requisitos do artigo 77 do Código Penal.

O emérito Professor Noronha<sup>14</sup>, assim se manifestou:

*A novidade introduzida pela atual lei está na expressão "de qualquer modo". Qual o seu significado? Abrange todas as hipóteses possíveis de benefícios, todas as situações que sejam mais benignas. Isto é, tudo o que seja favorável ao réu ou ao condenado. Exemplificando: circunstâncias novas atenuantes, causas extintivas de punibilidade até então desconhecidas, novos benefícios como o sursis e o livramento condicional, causas de exclusão de antijuridicidade introduzidas, penas menos rigorosas, etc.*

<sup>13</sup> René Ariel Dotti. **Penas Restritivas de Direitos**. Críticas e Comentários às penas alternativas. p. 146.

<sup>14</sup> Magalhães Noronha. **Direito Penal**, 1986.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, em recente julgamento prolatado no dia 04 de setembro de 2007, que foi publicado no DJ em 24 de setembro do mesmo ano, página 352, também manifestou sobre o tema em questão ao julgar o HC 85019/PR – Quinta Turma Julgadora, senão vejamos:

*HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL DE 3 ANOS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INEXISTÊNCIA DE DIPLOMA NORMATIVO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, DO CPB. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.*

*ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordaram os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Félix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.*

O Habeas Corpus acima descrito foi concedido e reconheceu o direito da paciente em cumprir a pena aplicada (três anos de reclusão) em regime aberto, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo o Excelentíssimo Juiz da Vara de Execuções Criminais apreciar se a ré preenche os demais requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, estando satisfeitos os requisitos, deverá aplicar a substituição por restritiva de direitos.

Segue adiante outro julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>, datado de 04/10/2007 ao decidir o HC 85066/SP, publicado no DJ em 29/10/2007, senão vejamos:

*“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTIGOS. 12 C/C 18, I DA LEI 6.368/76. PENA-BASE: 3 ANOS. PENA CONCRETIZADA: 4 ANOS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA Lei 8.072/90. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.*

<sup>15</sup> [Http://www.stj.gov.br/portal-stj/publicação](http://www.stj.gov.br/portal-stj/publicação) - 5ª T. RHC 85019/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho

<sup>16</sup> [Http://www.stj.gov.br/portal-stj/publicação](http://www.stj.gov.br/portal-stj/publicação) - 5ª T. RHC 85066/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

*REDUÇÃO DA PENA BASE NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTIGOE, CONCEDIDO, TÃO-SÓ E APENAS PARA QUE O JUIZ DA VEC APRECIE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS”.*

*ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordaram os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente o pedido e, nessa partigoe, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Félix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima, votaram com o Sr. Ministro Relator.*

No mesmo sentido da aplicabilidade de pena alternativa também aos crimes de tráfico, é o pronunciamento do preclaro Procurador de Justiça do Estado de São Paulo e Coordenador do CAOPJECrim – Dr. Limongi<sup>17</sup>, que a respeito ao tema em questão, deixou clara sua posição:

*Ouso divergir de tal entendimento. Por mais que seja revoltante que um traficante possa cumprir outra pena que não a privativa de liberdade, o fato é que a lei não distingue e sendo a pena não superior a quatro anos, qualquer crime, em que não haja violência ou grave ameaça, a substituição é possível.*

Damásio E. de Jesus<sup>18</sup>, manifesta sobre a possibilidade de se aplicar pena restritiva de direitos no crime de tráfico ilícito de drogas:

*O artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 veda expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37. Portanto, a contrario sensu, os únicos crimes de tráfico que permitem a substituição são os previstos no artigo 33, §§ 2º e 3º. De ver-se que tal proibição não tem alcance retroativo. Com relação aos fatos praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, que configurem tráfico ilícito de entorpecente (artigos 12 ou 13 da Lei 6.368/76), admite-se a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (nesse sentido: STF, HC 88.879, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6-2-2007).*

<sup>17</sup> Mário de Magalhães Papaterra Limongi. **As penas alternativas e o traficante**. 1999. p. 75.

<sup>18</sup> Damásio E. de Jesus. **Código Penal Anotado**. 2007, p. 180

Analisando o texto do artigo 44, do Código Penal, verifica-se que o legislador, em nenhum momento, fez qualquer proibição à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos crimes hediondos, somente proibiu a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos àqueles condenados que não preencherem os requisitos ali elencados.

Tendo em vista que o artigo 33, da Lei n. 11.343/06, impõe pena mínima de 05 (cinco) anos, a discussão sobre a inaplicabilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para o condenado em crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, se prende na alegação de não preencher o requisito previsto pelo inciso I, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, pena superior a quatro anos.

Porém, o legislador, além de não impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes hediondos, com a criação do texto legal do inciso I, do artigo 44, do Código Penal, quando disse que a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não poderia ser superior a quatro anos, não mencionou se a pena era a fixada ou se a definitiva.

Por outro lado, o § 1º, do artigo 2º, da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que revogou o artigo 2º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), prescreve que o cumprimento da pena imposta aos crimes hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República Federativa do Brasil, *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”*

Em respeito à lei maior, o Tribunal deverá aplicar a norma penal mais benéfica, sob pena de desrespeitar a própria norma constitucional do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal/88, não sendo necessário devolver os autos à primeira instância.

Nesse entendimento segue a súmula 611 do STF: *“transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reserva-se em direito em citar um caso concreto para após apresentar a conclusão do presente trabalho.

Antes do advento da Lei 11.343, de 08 de outubro de 2006, um transportador de drogas, conhecido vulgarmente como “mula”, recrutado entre aquelas pessoas miseráveis, componentes das classes excluídas, que até aceitam introduzir cápsulas no intestino ou dedos de luva de látex no estômago, contendo drogas, como alternativa, não justificável, para ganhar algumas centenas ou milhares de reais, é flagrado pela investigação da polícia federal ou entregue pelo próprio tráfico seria processado e, provavelmente, condenado como incurso nas penas do artigo 12, da Lei 6.368/76 (antiga lei de tóxicos), que prevê pena mínima de reclusão de 3 anos e multa. Mas se o crime em discussão é praticado após 08 de outubro de 2006, a condenação seria de, no mínimo, 05 anos de reclusão e multa, conforme prescreve o artigo. 33, da Lei 11.343/06 (atual lei de tóxicos).

Deste modo se destacam duas posições, ao meu ver, juridicamente defensáveis.

De um lado estão aqueles que não admitem a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando que tal benefício é inaplicável aos delitos de tráfico de entorpecentes e drogas afins, tendo em vista o óbice imposto pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).

Por outro lado, destaca-se uma segunda corrente que acena a possibilidade de se aceitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44, inciso I, II e III do Código Penal, com nova redação dada pela lei 9.714/98.

Considerando os fatos aqui narrados, como também pelas manifestações de juristas já apresentadas e decisões prolatadas por nossos tribunais, temos duas situações a serem analisadas sob o crivo judicial e respeitando, *in totum*, a Constituição Federal de 1988.

Segue a conclusão.

I) No exemplo citado, se o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é praticado antes de 08 de outubro de 2006, e a pena fixada seja inferior a quatro anos e o crime não seja praticado com violência ou grave ameaça, é plenamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois os requisitos previstos pelo artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal estariam satisfeitos;

II) Por outro lado, caso o crime em tela seja praticado após 08 de outubro de 2006, com o advento da lei 11.343/06, mesmo que praticado sem violência ou grave ameaça, seria impossível a substituição da pena por restritivas de direitos, vez que o artigo 33 da citada lei prevê pena mínima de 05 anos de reclusão e multa, contrariando assim o requisito de ordem objetiva exigido pelo artigo 44, inciso I do Código Penal, devendo o condenado cumprir a pena aplicada em regime inicial fechado.

Diante de todo o exposto, em que pese as divergências enfrentadas no dia a dia forense com relação à questão abordada, parece-nos indiscutível que nos casos em que os requisitos – objetivos e subjetivos, cumulativamente – exigidos pela lei para a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito estiverem presentes, mesmo em caso de crime hediondo ou a ele equiparado, outro caminho não há, senão a aplicação do benefício, por se tratar de direito subjetivo do apenado, não encontrando vedação em nenhum dos textos legais atinentes à matéria.

Para a aplicação das penas alternativas, deve-se observar o princípio da reserva legal, sendo defeso ao hermeneuta lançar mão da interpretação dilatatória ou ampliativa, para restringir direitos e garantias individuais, fazendo incluir proibição que a Constituição Federal e a lei não contemplaram. A questão parece requerer um entendimento que não está compreendido nas regras de interpretação, comportando apreciações mais amplas que devem incluir desde os valores sociais aos princípios que orientam o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, se a incerteza jurídica quanto ao cabimento da pena alternativa nas situações apreciadas é um fato incontestável, também o é que o magistrado pode, diante do caso, fundamentar a decisão tomada, reservando a pena de prisão para condenados que não fazem jus à substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, devendo ser ingressado no sistema penitenciário.

Por outro lado, a questão de qual das normas legais se sobrepõe a outra, também não nos parece ser objeto de dúvida, uma vez que o artigo 12 do Código Penal é claro ao versar que, no caso da lei especial não dispor de modo diverso, serão aplicadas as regras gerais previstas no Código Penal. Portanto, a lei especial dos crimes hediondos, não dispondo sobre a possibilidade ou não da substituição de penas, é atingida pelas regras ditadas pelo artigo e geral do Código Penal advindas após a Lei n. 9.714/98.

De qualquer forma, é de suma importância que os entendimentos a respeito da questão sejam uniformizados o mais breve possível, a fim de se evitar que soluções contraditórias continuem a ser dadas por ocasião da prestação jurisdicional, bem como a fim de evitar que direitos e garantias individuais sejam usurpados sem a devida previsão legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Licínio Leal. **Direito Penal e Direito de Execução Penal**. 1 ed. Brasília: Zamenhof, 1993.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Artigo Geral, v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Artigo Geral. Ed. Atlas. Vol. 1, p. 356. São Paulo/SP, 2006.

DOTTI, Ariel René. **Penas Alternativas de Direitos**. Críticas e comentários às penas alternativas. Ed. Revistas dos Tribunais, São Paulo/SP, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Lesão corporal dolosa simples e penas alternativas**. Boletim IBCCrim 75 (encartigoe), 1999.

J.M. Rico. **Sanções penais**, trad. Sergio Fragoso, Rio de Janeiro, Líber Júrís, 1970.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 18ª ed. Ed. Atlas, p. 179. São Paulo/SP. 1999.

\_\_\_\_\_. **Penas Alternativas**. SP: Saraiva, Direito Penal, 1º v Artigo Geral, 23. ed. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 1999.

LIMONGI, Mário de Magalhães Papaterra. **As penas alternativas e o traficante**. Boletim do IBCCrim, encartigoe especial, p. 75. São Paulo/SP.

LISZT, Von. **Tratado de Direito Penal**. 2º Vol. Réus, 1927, p. 30.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Crimes Hediondos, a Constituição Federal e a Lei**. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais, 1993, p. 66. Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 21ª ed. Ed. Atlas, p. 278/279 e 280. São Paulo/SP. 2006.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. 21. ed. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 1995.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Ed. Brasília Jurídica, v. 88, p. 298.  
TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. Vol. 1, 1 ed. 2ª tiragem, Ed. Atlas : São Paulo, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva**. In: Penas restritivas de direitos – críticas e comentários às penas alternativas (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Dicionário Compacto do Direito**. 2003, p. 173.

BUSATO, Roberto – <http://www.oabms.org.br/noticia>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – <http://www.stj.gov.br/portal-stj/publicação>