



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA

APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS
AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

ROMILDSON FARIAS UCHÔA

FORTALEZA – CEARÁ
2006

ROMILDSON FARIAS UCHÔA

**APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS
AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**

Monografia apresentada à Universidade Federal
do Ceará – UFC, como requisito para conclusão
do Curso de Direito.

Prof. Orientador: William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA – CEARÁ
2006

Monografia apresentada à Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para conclusão do Curso de Direito, sob a orientação do Prof. William Paiva Marques Júnior.

Monografia aprovada em ____/____/2006.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. William Paiva Marques Júnior- Prof. UFC
Orientador

Prof. Rafael Gonçalves Mota- Prof. FFB

Bel. Gustavo Machado Tabatinga Júnior- ADV/OAB

"Deve-se ter em mente que não há nada mais difícil de executar, nem processo mais duvidoso, nem mais perigoso de conduzir, do que iniciar uma nova ordem de coisas".

Maquiavel

AGRADECIMENTOS

Nosso especial agradecimento à Professora Ana Karine de Albuquerque Alves, pelo seus ensinamentos, sugestões e críticas na elaboração do presente trabalho.

Ao Professor William Paiva Marques Júnior, pela providencial orientação deste escrito.

Ao Dr. Miguel Ângelo Carvalho Pinheiro, pelo incentivo de longas datas.

Aos amigos Jorge Behron, Gustavo Machado, Rafael Mota, Nádia Sá e Antônio Brito, pela contribuição especial nesta reta final.

Aos amigos da turma de Direito- UFC-2005.1.

DEDICATÓRIA

A Deus, o grande Arquiteto do Universo.

*Aos meus pais, pelo amor, dedicação e confiança
que sempre depositaram em mim.*

Ao meu filho Alexandre.

*A todos os Policiais que tombaram no cumprimento
do dever.*

LISTA DE SIGLAS

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CTB- Código de Trânsito Brasileiro

CCrim – Câmara Criminal

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional

DJU – Diário da Justiça da União

EUA – Estados Unidos da América

HC – Habeas Corpus

ILANUD – Instituto Latino Americano nas Nações Unidas para o tratamento do Delinqüente

LEP – Lei de Execuções Penais

MJ – Ministério da Justiça

PCC – Primeiro Comando da Capital

REsp – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

RHC – Recurso em Habeas Corpus

RSTJ- Revista do Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

SINOPSE	10
CAPÍTULO 1 – PENAS ALTERNATIVAS	12
1.1 INTRODUÇÃO	12
1.2 TERMINOLOGIA.....	14
1.3 APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS	16
1.3.1 Requisitos	17
1.4 DAS PENAS EM ESPÉCIE	20
1.4.1 Prestação pecuniária	22
1.4.2 Perda de bens e valores.....	23
1.4.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas ..	24
1.4.4 Interdição temporária de direitos	25
1.4.5 Limitação de fim de semana.....	27
1.5 INEFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO	27
1.6 VANTAGENS DAS PENAS ALTERNATIVAS	32
1.6.1 Para o poder público	32
1.6.2 Para a sociedade.....	36
1.6.3 Para o apenado	38
1.7 O ESTADO DO CEARÁ E A VARA DE PENAS ALTERNATIVAS.....	43

CAPÍTULO 2 - A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	45
2.1 DIREITO PENAL MÍNIMO	45
2.1.1 O princípio da intervenção mínima no Brasil	47
2.2 INTUITO DA LEI Nº 9.714/98	51
2.3 O MODELO BRASILEIRO DE PENAS ALTERNATIVAS.....	52
 CAPÍTULO 3 - APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES	56
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

SINOPSE

O presente trabalho versa sobre tema que enseja inúmeras discussões nas diversas instâncias do Poder Judiciário, bem como nas hostes acadêmicas, não só na área jurídica, mas no campo da antropologia, sociologia, economia entre outras, por ser interdisciplinar em sua própria natureza já que trata de ressocialização do ser humano sociopata, ou seja, aquele que demonstra conduta em desajuste com as regras impostas para a vida em sociedade de modo pacífico. A própria sociedade começa um debate acerca do tema tendo em vista as mazelas da explosão populacional urbana e do crescimento anacrônico do país, a ensejar uma violência sem medida, estimulando idéias conflitantes e pondo em pólos opostos representantes dos movimentos *law and order*, bem como o dos Direitos Humanos; ante ao crescente aumento da violência e criminalidade dentro e fora das instituições prisionais, da impotência do Estado em resolver a questão da violência e da ressocialização e o conseqüente colapso do Sistema Penitenciário.

Verificamos em nosso contato com o tema, nos últimos anos, duas necessidades diametralmente opostas em termos de tratamento do sistema prisional, pois se por um lado o recrudescimento da legislação penal, como é exemplo a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90), poderia ser melhor redigida, dar respostas mais adequadas à problemática do crime organizado. Por outro, verificamos a necessidade premente de se humanizar e atribuir alternativas à pena de modo a respeitar os princípios de sua individualização que vêm sendo malferidos principalmente nas tentativas de recrudescimento do sistema.

As páginas a seguir não objetivam esgotar tema tão complexo do Direito Penal e Processual Penal, mas sim, lançar algumas luzes sobre o mesmo,

apontar vantagens e desvantagens, bem como analisar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no que tange à possibilidade de progressão de regime em sede de crimes hediondos, as do STJ e as de primeiro grau concernentes à aplicação de penas alternativas para os condenados por tráfico de entorpecentes cuja pena compatibilize-se com a previsão normativa da lei 9.714/98. Trata-se também de perquirir acerca da natureza da concessão de tal benefício, se constituiria direito público subjetivo do condenado ou faculdade discricionária do Juiz ao examinar o caso concreto.

Visa também, de um modo geral a conceituar e apresentar um histórico das penas alternativas, aplicabilidade, pressupostos, classificação, bem como do caminho que percorreu o Direito Penal até o estágio atual relativo à matéria. Bem assim, lançar luzes sobre a discussão acerca da falência da pena de prisão como medida ressocializadora frente ao modo como se organiza nosso sistema carcerário.

Optamos por dividi-lo em três capítulos, sendo o primeiro versando sobre Penas Alternativas e generalidades a seu respeito, o segundo sobre o modelo brasileiro de penas alternativas, direito penal mínimo e objetivos da Lei **9.714/98**. Já no terceiro, veremos a análise dos dispositivos de nossa legislação penal concernentes aos requisitos e hipóteses de cabimento das Penas restritivas de direitos, com ênfase à sua aplicabilidade em relação aos delitos de tráfico de entorpecente.

CAPÍTULO 1 – PENAS ALTERNATIVAS

1.1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a pena privativa de liberdade não tem realizado o seu escopo maior que é ver ressocializado o indivíduo. E conforme verificamos o cárcere hoje em nosso país, enquanto sistema, não apresenta regra geral uma atuação capaz de conduzir os apenados quando de seu retorno à sociedade a prestarem seu verdadeiro papel de cidadãos, fazendo-se úteis e não voltando a delinquir. É propalada a falência de nosso sistema penitenciário, e a despeito da mobilização de diversos setores da sociedade a realidade desta seara vem se agravando a cada dia; e mesmo que estejam crescendo em números absolutos os investimentos, tais são, proporcionalmente às necessidades e demandas apresentadas, cada vez menores. Tal ineficiência do Estado em tratar a questão tem conduzido parte da classe jurídica a se mobilizar no sentido de operar mudanças em nossas modalidades sancionadoras.

Ao largo da história da Humanidade, a repressão aos delitos tem apresentado diversas feições, sem contudo obter resultados capazes de restringir a criminalidade a níveis aceitáveis.

Em eras remotas, vigorava a lei do mais forte, o qual não estava adstrito a limites para forma de execução da reprimenda, podendo, inclusive matar o infrator, escravizá-lo, bani-lo, e até estender à prole do infausto as conseqüências da sanção penal. Vivíamos a era vingança privada, cuja evolução, a curtos passos, deu-se *a posteriori* com a famosa lei de Talião, com o Código de Hamurabi, cujos textos, entretanto, vieram repletos de situações que hoje seriam inaceitáveis.

Durante um considerável período histórico, as penas foram fundamentadas e encaradas como vingança divina, quando aberrações e atos de violência imoderada foram cometidos em nome de Deus.

Finalmente atingiu-se a fase da vingança pública, que posteriormente evoluiu para um período denominado de Humanitário, no qual se veio a combater a repressão penal absolutista.

“A pena é tão antiga quanto o homem e, historicamente, cada povo dedicou-se a aplicação de suas próprias medidas punitivas. Sua execução, até o fim do século XVIII e início do século XIX, constituía-se num espetáculo de horror em que o condenado era submetido a um sofrimento prolongado publicamente. Era tratado com requintes de crueldade aos olhos de toda a comunidade. A reprimenda assumia caráter essencialmente retributivo. Primitivamente, as medidas privativas de liberdade eram ignoradas e a pena de morte era utilizada largamente para punir os criminosos”¹.

Na esteira desta evolução histórica, baseado nos estudos de Cesare Beccaria, aplicaram-se os princípios do moderno direito penal, os quais foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.

Na seqüência desenvolveu-se o chamado Movimento Científico, com os estudos de Cesare Lombroso, o qual, entretanto, falhou, haja vista que procurou atribuir ao direito penal uma função puramente clínica.

Os povos primitivos, não conheciam as penas detentivas, e valiam-se mais das de morte e dos suplícios, em suas mais inúmeras modalidades. Assim, posteriormente a prisão foi empregada como medida preventiva, até que o acusado fosse definitivamente condenado, quando então seria submetido à penalidade capital, à escravidão e a outras espécies de medidas infamantes.

¹ PICKLER, Hilton Hubert. O GERENCIAMENTO DE CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: GESTÃO EM REBELIÕES. Joinville: UFPR, 2003. Monografia (Pós Graduação)

Somente na sociedade cristã é que a prisão foi adotada como sanção penal, atingindo tempos depois outras formas como a perpétua e a solitária.

Finalmente, no século XVIII, a prisão tomou contornos de sanção definitiva, ocupando o lugar de outras formas de repressão, apresentando-se em condições de encarceramento primitivas e desumanas, sem qualquer outra preocupação.

Alavancada por fatores sociais, prosperou em nosso país, a partir de 1984 a Reforma Penal, que adotou outras modalidades de penas, a exemplo de outros países, as quais se chamou de alternativas. Neste ínterim, sobreveio a Lei nº 9.714/98, ampliando as espécies e possibilidades de sanções substitutivas previstas no artigo 44, do Código Penal, reforçando ainda mais o novo modelo de Justiça Penal consagrado com a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

1.2 TERMINOLOGIA

Indispensável neste momento é pontuarmos o que se entende pelo termo “ alternativas penais”. São sanções e medidas que não impliquem em perda da liberdade de locomoção. Configuram-se formas de punição diversas do encarceramento.

Por seu turno a expressão “medida não privativa de liberdade” concerne às sanções infringidas por conta de um delito, nas quais o delinqüente permanece na comunidade e obedece a certas condições estipuladas. Podem ainda ser denominadas “medidas alternativas” ou “substitutivos penais”, cujo objetivo é impedir que se aplique ao autor de uma infração penal uma pena

privativa de liberdade. Sendo em regra, essas penas, de curta duração, deixando somente aos indivíduos mais perigosos as de encarceramento.

São cumpridas, portanto, no meio social visando à reintegração do indivíduo e, sendo assim, submete o indivíduo a dupla fiscalização, ou seja, tanto pelo Estado como pela própria comunidade onde vive.

Podemos exemplificar, dentre outras, como penas alternativas: a multa, a prestação de serviços à comunidade e as interdições temporárias de direitos. As penas restritivas de direitos são espécies de penas alternativas.

Nem todas são restritivas de direitos, a exemplo da **perda de bens e valores, multa e prestação pecuniária**, pois estas possuem natureza pecuniária, e a aflição se dá pela constrição do patrimônio do infrator. A limitação de fim de semana e a prestação de serviços à comunidade são penas restritivas de liberdade do condenado. Pode-se ainda, sob outra ótica, considerar a limitação de fim de semana como forma de cumprimento da pena privativa de liberdade e não alternativa penal. Em verdade, apenas o inciso V, do art. 47 prevê restrições de direitos.

As penas alternativas são autônomas e substitutivas.

São **substitutivas** porque advêm da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Primeiro o juiz fixa a pena e depois opera a substituição.

São **autônomas** por subsistirem por si mesmas após a substituição (passam a ser pena principal), e assim, uma vez imputadas ao condenado o juiz da execução cuidará de fazê-las cumprir. Apesar de o artigo 44, CP, prescrever que são autônomas, conforme o professor Rogério Greco² *“na verdade não existem tipos penais, ainda, nos quais a pena prevista no seu preceito secundário*

² GRECO, Rogério. *Curso de direito Penal - Parte Geral*. 6ª Ed. Impetus. RJ. 2006. Pág. 569.

seja única e exclusivamente a restrição de direitos. Tais penas são substitutivas, ou seja, primeiramente aplica-se a pena privativa de liberdade e, quando possível, presentes os requisitos legais, será procedida a substituição”.

1.3 APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS

Condiciona-se a imposição da pena alternativa à culpabilidade do réu. Quando da fixação da sanção penal substituída, sua qualidade e quantidade ficarão adstritas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade).

Prevê o art. 59, CP em seu caput competir ao juiz, ao fixar a pena, o atendimento das circunstâncias judiciais, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Assim, impõe-se a pena “necessária” para atender ao grau de reprovação na conduta (teoria retributiva). E deve ser “suficiente” para prevenir o crime (prevenção genérica e específica: teorias relativas; teoria restauradora).

São, as penas alternativas, condicionais, pois se subordinam à sua efetiva execução. Havendo seu descumprimento ocorre a conversão em pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 44, § 4º, do CP.

Sua aplicação condiciona-se ao atendimento pelo condenado da restrição que lhe for imposta. Havendo o quebramento da confiança depositada por descumprimento sem justificativa, opera-se o retorno à condição anterior à substituição, retornando-se à execução da pena detentiva³.

³ JESUS, Damásio E. Ob. Cit. Págs. 75, 77, 80.

1.3.1 Requisitos

Para entendermos melhor o tema, é necessário que se disserte acerca dos requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

- Requisitos legais: art. 44 CP

Art. 44, CP:

“As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: a) Aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; b) O réu não for reincidente em crime doloso; c) 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”. (grifamos)

Os requisitos acima elencados devem coexistir simultaneamente para que se possa aplicar o benefício da substituição.

- Pressupostos subjetivos e objetivos:

“A aplicação de pena alternativa pressupõe requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade de pena; art. 44, I, §§ 1º e 2º CP) e subjetiva (culpabilidade e circunstâncias judiciais; art. 44 II, III e § 3º CP), atendida a prevenção especial (arts. 44, III e 59, *caput*). Adotado pelo Código Penal o sistema das penas substitutivas (sistema vicariante), as penas alternativas são autônomas e substituem as privativas de liberdade, observados os seguintes requisitos:

1º É necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática de crime doloso não seja superior a quatro anos, e que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I CP). É uma condição de caráter objetivo, pois se refere à pena aplicada pelo magistrado no caso concreto;

2º Cuidando-se de crime culposos, qualquer que seja a quantidade de pena detentiva, pode ser substituída por restritiva de direitos ou multa, desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis (art. 44, I e § 2º). Ressalte-se que a pena a ser considerada é a *in concreto* aplicada na sentença condenatória;

3º) É necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II, observado o § 3º CP);

4º) Exige-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem a conveniência da substituição (art. 44, III CP)."⁴

A Lei nº 9.714/98 deu nova redação ao art. 44, sendo que uma das alterações se encontra em seu inciso I, qual seja, o aumento para quatro anos da cominação limite de pena privativa de liberdade para que o réu tenha direito à substituição.

Em relação à reincidência, art. 63, CP, prevê: *"Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Entretanto, exige-se, como segunda condição para a substituição da pena privativa de liberdade, a não reincidência do réu apenas em crime doloso, havendo, uma exceção prevista no § 3º do art. 44, prescrevendo que:*

"Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime". (grifamos).

Assim, verificamos que cristalina é a vontade do legislador em beneficiar o acusado, reincidente em crime diverso, e que não apresenta potencial risco, sendo exemplo a prática de uma infração de lesividade ínfima. Não é, deste modo, necessária sua permanência em estabelecimento prisional, independente do regime de cumprimento de pena, podendo o mesmo ser favorecido pela medida.

⁴ JESUS, Damásio E. Ob. Cit. Págs. 85 e 86.

Prescreve ainda o art. 64 do CP:

"Após cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena imposta pela condenação anterior, esta não mais prevalece, em resumo, perde sua força de gerar reincidência quanto ao crime subsequente. Existem também outras exceções como a prevista no art. 120 do CP e, de acordo com o próprio art. 63, no caso de prática contravencional seguida de prática criminosa em que não se caracteriza a reincidência".

A análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do acusado, motivos e circunstâncias do crime é que vai determinar a conveniência da substituição, através da valoração pelo magistrado acerca de sua suficiência para gerar no condenado efeitos em relação à retribuição necessária ao atendimento dos objetivos da pena.

Sendo a pena privativa de liberdade imposta ao condenado superior a um ano e não exceder a quatro, em se tratando de delito doloso não cometido com violência ou grave ameaça, poderá ser substituída por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, por previsão do § 2º, do art. 44, onde está descrita a quantificação da substituição. Sendo a pena igual ou inferior a um ano, a substituição poderá ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

Havendo o injustificado descumprimento da restrição imposta, a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade, conforme previsão da primeira parte do § 4º do artigo supracitado, bem como ocorrerá esta situação quando réu não efetuar o pagamento da multa estabelecida na substituição.

Prescreve, ainda, o § 4º que na conversão, para o cálculo da pena privativa de liberdade a ser executada será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, devendo ser respeitado o saldo mínimo de trinta dias de reclusão ou detenção.

E sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz não está obrigado a converter a pena anteriormente substituída, pelo disposto no § 5º do art. 44, CP. Assim, havendo nova condenação no interregno da pena restritiva de direitos a conversão não é automática, sendo necessário que haja a impossibilidade de cumprimento das penas (restritivas de direitos mais privativa de liberdade). Portanto, sendo a segunda pena cumprida no regime aberto, mesmo uma privativa de liberdade (a exemplo da *prisão albergue*), não há impedimento a que o condenado execute, simultaneamente a pena restritiva de direitos; como por exemplo de uma prestação de serviços à comunidade, posto que se vislumbra aí uma compatibilidade de horários e exeqüibilidade das medidas eventualmente impostas.

1.4 DAS PENAS EM ESPÉCIE

Como o advento da Lei nº 7.209/82, o ordenamento jurídico-penal brasileiro enfatizou o sistema de penas alternativas, concedendo ao julgador um maior espectro de possibilidades na aplicação das sanções. Posteriormente modificados, os artigos 43, 44, 45, 46 e 47 do Código Penal através da Lei nº 9.714, de 25/11/98, que instituiu novas espécies de penas restritivas e ampliou as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade.

A tendência moderna que vem se verificando, ante todas as desvantagens das penas privativas de liberdade, é procurar substitutivos penais para essa sanção, principalmente no que tange aos crimes menos graves e aos criminosos para os quais o encarceramento não é aconselhável. É um questionamento que se verifica hoje com relação aos penalistas de vários países,

bem como de órgãos relacionados como a ONU. É igualmente uma opção da população, colacionada em diversas pesquisas de opinião.

Especificamente sobre este ponto, Stern (2002) assinala que:

“Em pesquisas sobre superlotação prisional, onde as pessoas são perguntadas se apóiam a construção de novos presídios ou o desenvolvimento de mais penas alternativas, a maioria escolhe claramente a segunda hipótese. Mesmo na América (onde as pesquisas mostram alto nível de apoio ao encarceramento) dois terços dos americanos apóiam penas alternativas à prisão. Existe pesquisa de comparação entre vários países sobre a questão: ‘Qual a sentença justa para um jovem de 21 anos que arrombou uma residência e roubou uma TV em cores, sendo este seu segundo crime?’ Uma sentença alternativa à prisão para o caso é sugerida por 86% das pessoas na Áustria (o índice mais alto), por 84% na França e por 83% na Catalunha. Os dados demonstram que a sugestão de uma pena alternativa é preferida por mais de 50% em 13 países. Os mais baixos indicadores são obtidos nos EUA, 38% e no Reino Unido, 44%. Da mesma forma, as pessoas não confiam que o sistema penal possa ser uma solução para o crime. Quando perguntados sobre quais as melhores medidas para se reduzir a criminalidade, as pessoas não respondem, “mais prisões”, mas “mais educação, mais empregos para os jovens”⁵.

Leciona com muita proficiência o Professor René Ariel Dotti, prescrevendo que:

“Diante do reconhecimento universal da crise das penas institucionais, os projetos e códigos dos anos 70 vêm consagrando a previsão de outras sanções que, embora possam recortar a liberdade do condenado, não o afastam da comunidade e, conseqüentemente, de participar do processo de desenvolvimento da sociedade. A prisão é reservada para as espécies mais graves de ilicitude ou, em outra hipótese, quando o exame dos antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente recomendarem”.

Conforme já se havia dito, em nosso ordenamento penal, Lei nº 7.209/82 veio a instituir e a Lei nº 9.714/98, ampliar, no corpo do Código Penal o sistema de penas alternativas (ou substitutivas) de caráter geral, em vez de se propor a alternatividade apenas para determinados delitos na Parte Especial. Tais

⁵ ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil*. Foundation Visiting Research Fellow in Human Rights, University of Oxford Centre for Brazilian Studies, March 2004.

penas substitutivas denominaram-se *penas restritivas de direitos*, e classificadas no art. 43, com a redação da Lei nº 9.714/98 quais sejam: a) Prestação pecuniária; b) Perda de bens e valores; c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) Interdição temporária de direitos; e) Limitação de fim de semana⁶.

Passemos a seguir ao exame mais detalhado de cada uma delas.

1.4.1 Prestação pecuniária

Tal pena consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Não pode ser ela inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) vezes esse salário, conforme o disposto no art. 45, § 1º do CP.

A pena de prestação pecuniária e a de multa, prevista no art. 297 da Lei 9.503 de 23/09/97 (Código de Trânsito Brasileiro), não devem ser confundidas, uma vez que esta somente é cabível quando houver dano material ao ofendido, causado pelo ilícito, enquanto a primeira é admissível mesmo ausente o prejuízo individual.

Ocorrendo dano à vítima, a quantia apurada será a ela destinada ou, na sua falta, a seus dependentes; do contrário o produto irá para entidade pública ou privada com destinação social, por decisão do juiz encarregado da execução. Propondo, o ofendido, ação de reparação civil da sentença condenatória penal transitada em julgado, o valor referente à prestação pecuniária pago ao ofendido será descontado do total da condenação civil ou penal.

⁶ A Constituição Federal refere-se expressamente às penas de perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, XLVI, b, d e e).

Havendo aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do juiz, em prestação de outra natureza, como, por exemplo, o fornecimento de cestas básicas, conforme o disposto, no art. 45, §2º, CP. É obrigatória deste modo, consulta ao beneficiário, pelo juiz da execução para que se efetue a substituição.

Rogério Greco⁷ nos lembra quais são as peculiaridades na imposição da prestação pecuniária como pena, quais sejam:

“Quando o juiz do processo de conhecimento condena o réu à pena de prestação pecuniária, vários detalhes devem ser observados: 1º-) a vítima e seus dependentes têm prioridade no recebimento da prestação pecuniária, não podendo o juiz determinar o seu pagamento a entidade pública ou privada quando houver aqueles; 2º-) nas infrações penais onde não haja vítima, a exemplo do delito de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), poderá a prestação pecuniária ser dirigida a entidade pública ou privada com destinação social; 3º-) a condenação tem os seus limites estipulados em no mínimo 1 (um) salário mínimo e no máximo 360 (trezentos e sessenta salários); 4º-) o valor pago a vítima ou a seus dependentes será deduzido do montante em ação de reparação civil, no caso de serem coincidentes os beneficiários.”

1.4.2 Perda de bens e valores

“Trata-se de uma sanção penal, de caráter confiscatório, levando à apreensão definitiva por parte do Estado de bens ou valores de origem ilícita do

indivíduo”, conforme Nucci⁸. É uma pena restritiva de direitos, com previsão constitucional (art. 5º, LXVI, *b*). À disciplina do art. 45, §3º, configura-se no confisco em favor do Fundo Penitenciário Nacional de quantia que pode atingir até o valor referente ao prejuízo causado, ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior.

Há ressalvas quanto à destinação diversa que lhe for dada pela legislação especial, a exemplo, das previstas no art. 41 da Lei nº 6.368 de 21/10/76, e no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei nº 8.257, de 26/11/92. Há que se considerar, também, que tais bens e valores serão destinados, preferencialmente, ao lesado ou a terceiro de boa-fé, *ex vi* do art. 91, II, do CP ao tratar do confisco. É necessário, porém, esclarecer que os instrumentos utilizados para a prática do crime, o produto do delito ou o valor auferido como proveito pela prática do fato criminoso são confiscados por efeito da condenação (art. 91, CP); não sendo cabível aplicar como pena restritiva de direitos a perda de objetos ou valores. Deste modo, a pena deve recair sobre o patrimônio de origem lícita do sentenciado, para o fim de precisamente configurar o caráter aflitivo da pena.

Vaticina o Prof. Luiz Flávio Gomes⁹ acerca da diferença entre a perda de bens e valores e o confisco previsto no Código Penal, senão vejamos:

“só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer sejam bens frutos de crimes (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são bens ou valores legítimos seus, os que

⁷ GRECO, Op. cit., pág. 598.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. Revista dos Tribunais. 2005.

⁹ *Apud* GRECO, op. cit., pág. 600.

integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles.”

1.4.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

É uma das penas restritivas de direitos, porém, com contornos de privativa de liberdade, tendo em vista a obrigatoriedade do sentenciado recolher-se em determinados dias e horários a entidades para o fim de prestar serviços. De algum modo atenta contra o exercício da liberdade do indivíduo, sem, contudo, retirá-lo do convívio social, o que está a diferenciá-la da pena de prisão.

Estatui o art. 46, § 1º, CP, verbis: “*A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado*”. Interpretando este dispositivo, colhemos lição de Rogério Greco¹⁰:

“Embora o parágrafo 1º- do artigo 46 do Código Penal diga que as tarefas terão a duração diária de 1(uma) hora, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, podemos entender esse tempo como o mínimo exigido do condenado, uma vez que se por sua vontade tiver o interesse de abreviar a execução de sua pena, assim poderá fazê-lo, haja vista que o parágrafo 4º-do art. 46 do Código Penal diz que ‘ se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à ½ (metade) da pena privativa de liberdade fixada.”

Ainda, conforme o § 2º: “dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários estatais”.

Corresponde à prestação social alternativa, admitida pela Constituição Federal (art. 5º, XI, VI, d), constituindo-se em medida de largo alcance, que sendo

¹⁰ GRECO, op. cit., págs. 603 e 604.

aplicada com o devido critério, apta estará a produzir frutíferos efeitos, despertando a sensibilidade popular.

A prestação de serviços nas diversas entidades abrangidas pela previsão legal, fará evoluir este tipo de cumprimento de penalidade, adequando melhor os meios disponíveis e os mecanismos de fiscalização. É também uma forma de dividir o peso da fiscalização do cumprimento de penas com a sociedade em geral, retirando-o em parte do Poder Judiciário.

Não poderá constituir, a prestação de serviços, uma relação de emprego. É um ônus a ser suportado pelo sentenciado, que certamente preferirá tal obrigação à pena de encarceramento.

As tarefas a serem desenvolvidas pelo condenado serão atribuídas pelo juiz da execução, conforme as aptidões do condenado, a teor do que dispõe o § 3º do art. 46 CP. A Lei, atualmente não determina a quantidade de horas semanais, contrariamente ao que constava na lei anterior, com a ressalva de que a fixação pelo juiz não deve vir a atrapalhar o condenado em sua jornada normal de trabalho onde porventura possua vínculo empregatício.

Para o efeito de cálculo para a quitação da pena, deve ela ser cumprida na proporção de uma hora de tarefa por cada dia de condenação à pena privativa de liberdade substituída, não existindo limitação expressa do mínimo ou máximo de horas por dia de trabalho, desde que respeitado, o tempo de duração da pena privativa de liberdade fixada inicialmente. Tal regra demonstra a opção do legislador pelo sistema da hora-tarefa, conforme nos revela Guilherme Nucci. Assim, é necessário converter a pena em dias, para se poder ter a noção no número de horas que devem ser prestadas pelo sentenciado, até mesmo por que pode querer antecipar o cumprimento.

Conforme ainda o art. 79, I e II, LEP, incumbe ao patronato, órgão da execução penal, orientar os condenados a penas restritivas de direitos e fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade.

1.4.4 Interdição temporária de direitos

Conforme nos dita o artigo 47 do Código Penal, as penas de interdição temporária de direitos, são:

- I. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- IV. Proibição de freqüentar determinados lugares.

Essa espécie de sanção atinge os interesses econômicos do condenado sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo, os interditos sentirão de modo mais agudo os efeitos da punição do tipo restritivo ao patrimônio. Além disso, tem maior significado na prevenção, já que priva o sentenciado da prática de certas atividades sociais em que se mostrou irresponsável ou perigoso. Ocorre que algumas das interdições não se mostram muito úteis tendo em vista que acabarão por impedir o exercício honesto da profissão do condenado. No caso de um advogado que fique por um ano impedido de exercer seu ofício certamente acabará por perder clientes. Assim, seria prudente ao magistrado aplicá-las quando guardassem relação com o ofício

do condenado, não se lhes aplicando quando do cometimento de outros crimes não relacionados à profissão do réu.

A proibição de dirigir veículo hoje se cinge ao Código de Trânsito, que regula a habilitação, sendo assim, não mais se aplica o Código Penal. Não devemos olvidar que o C.T.B. prevê como causa de aumento de pena o fato de tratar-se de motorista profissional, consoante bem lembrado pela jurisprudência do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM A DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DO DIREITO DE DIRIGIR VEÍCULO. OBRIGATORIEDADE. MOTORISTA PROFISSIONAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. 1. O art. 302, caput, da Lei n.º 9.503/97, por tratar de hipótese evidentemente mais reprovável, além da sanção corporal, impõe concomitantemente a pena de suspensão da habilitação ou proibição de obter a permissão para dirigir veículo automotor. 2. Segundo o disposto no inciso IV, do parágrafo único, do art. 302, o fato de ser o infrator motorista profissional, ao invés de se constituir como uma regalia, afigura-se como causa de aumento de pena, uma vez que, segundo Damásio Evangelista de Jesus, “nessa hipótese é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento” (in Crimes de Trânsito, 5ª edição, 2002, p. 91). 3. Recurso provido para determinar a aplicação da pena de suspensão ou proibição do direito de dirigir veículo automotor ao réu, bem como a majorante prevista no inciso IV, do parágrafo único, do art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro.” (RESP 685.084/RS, Relatora: Min. Laurita Vaz, julgamento: 01/03/2.005. Fonte: DJ 28.03.2.005).

A proibição de freqüentar determinados lugares, longe está de se tornar exeqüível em nossas condições atuais de estrutura de fiscalização.

Ressalte-se que a interdição temporária de direitos terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do CP), razão pela qual a lei fala em interdição temporária.

1.4.5 Limitação de fim de semana

É a pena alternativa consistente na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, onde devem ser ministrados aos condenados durante essa permanência cursos e palestras; ou atribuídas a eles atividades educativas conforme previsão do art. 48 e parágrafo único, CP.

Pelo fato de ter a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, a limitação de fim de semana corresponderá apenas a dois dias de cada semana do prazo estipulado para a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente pelo juiz na sentença condenatória.

Pelo modo como é executada tal pena, nos lugares onde não houver casa do albergado ou lugar específico para seu cumprimento, acreditamos que deva, essa pena, ser evitada sob pena de se gerar uma sensação de impunidade.

Acerca da mesma, colhemos escólio de Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹¹:

“mais do que uma mera restrição de direitos, tal modalidade de pena é autêntica restrição da liberdade que toma o nome e a categoria de *prisão descontínua*, porque o condenado fica privado da liberdade durante o período da sua execução. Claro que, em compensação, não há perda dos vínculos profissionais, sociais, familiares, etc., além de

¹¹ *Apud* GRECO, op. cit., pág. 608.

evitar o contato deletério do cárcere. Esta pena tem uma finalidade notadamente educativa, prevendo que durante o seu cumprimento o albergado poderá receber cursos, palestras, ou, ainda, realizar quaisquer outras atividades educativas. Essa previsão tem a finalidade de aproveitar positivamente o tempo que o albergado permanece no estabelecimento e, além de atribuir-lhe atividades educativas, o que está em consonância com os objetivos reeducadores da sanção penal, evita que o apenado permaneça inativo durante tantas horas em meio a tantas pessoas igualmente condenadas.”

1.5 INEFICÁCIA DA PENA DE PRISÃO

A larga experiência, da qual a história é rica em exemplos, veio a demonstrar o fracasso da filosofia correcional. Países desenvolvidos destinaram grandes somas em dinheiro para seus programas penais, construindo prisões que supunham capazes de ressocializar ou de modificar o condenado, sem obter o desejado êxito. A reincidência é uma constante, qualquer que seja a prisão. Verificou-se o efeito devastador do confinamento sobre a personalidade humana e a contradição insolúvel entre as funções de custódia e de reabilitação. Como instituição, a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-a à subcultura prisional (prisonização). A reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento corrompe e avilta. O homossexualismo, por vezes brutal, é inevitável. A delação é punida com a morte. Conclui-se, assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta custo social demasiadamente elevado. Aos defeitos comuns de todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: superpopulação, ociosidade e

promiscuidade. A falta de investimentos do Estado frente às demandas da população carcerária é gritante.

A ineficiência do sistema que privilegia a aplicação da pena privativa de liberdade para combater ou prevenir a criminalidade é fato comprovado, atestado pelos altos índices de criminalidade e de reincidência que se verificam por toda a parte na atualidade¹². Neste ponto da história nos deparamos com um paradoxo: encarcerar por longos períodos aqueles que se acredita irrecuperáveis, ou em sentido oposto, buscar alternativas ao encarceramento.

Michel Foucault, em sua obra, de 1975, *Vigiar e Punir* esclarece que “a detenção provoca a reincidência”. Disse ele ainda:

“A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade os indivíduos corrigidos, espalha na população delinqüentes perigosos: 7.000 pessoas entregues cada ano à sociedade (...), são 7.000 princípios de crimes ou de corrupção espalhados no corpo social. E quando pensarmos que essa população cresce sem parar, que ela vive e se agita em torno de nós, pronta para aproveitar todas as chances de desordem, e a se prevalecer de todas as crises da sociedade para experimentar suas forças, podemos permanecer impassíveis diante de tal espetáculo?”.

Acreditamos que não é a detenção em si que causa a reincidência, mas um conjunto de fatores, que aliados a ela criam uma série de condições (relações de poder dentro do cárcere, baixa auto-estima dos detentos, abandono da família, abandono do Estado, preconceito decorrente da estigmatização resultante da condição de preso, etc.) propiciadoras de tal fenômeno.

É desumana a degradação resultante da promiscuidade, conseqüência da falta de espaço para o alojamento de um sem número de presos que se comprimem em instalações exíguas e inadequadas.

¹² FERREIRA, Ivette Senise. Ob. Cid. p. 43.

O contato entre os criminosos no cárcere acaba por criar condições e conhecimentos necessários à prática de novos delitos. As teorias acerca do delito e reincidência atuais já não são mais suficientes para explicar os fenômenos relacionados a hordas como o PCC, Comando Vermelho, que apesar de não serem adstritos à microcriminalidade, dela se alimentam.

Lastima-se que a prisão, ainda hoje seja o espetáculo de traços medievais que se verifica em nossa realidade cotidiana, mais parecendo o cárcere, as masmorras medievais noticiadas nos livros de história, que além das falhas estruturais denuncia toda uma omissão do Estado a determinar o império do arbítrio e comando por criminosos, no lugar onde deveriam receber disciplina.

A prisão, em si, é uma violência à sombra da lei, um anacronismo em face do estágio atual das mais diversas Ciências Humanas. Porém, essas mesmas ciências criminais não apresentam respostas à sociedade em relação à insegurança trazida por delinqüentes a solta nas ruas.

O pretendido tratamento, a ressocialização é incompatível com o encarceramento. Embora acreditemos que o seja em face da atual estrutura que o Estado regala ao cárcere, e se à falta de condições alguns indivíduos não se ressocializariam, nem como as melhores também.

A ruptura de laços familiares e outros vínculos humanos, a convivência promíscua e anormal da prisão e o homossexualismo forçado, são fatores que em nada ajudam a integração do ser, pelo contrário. E, por isso, o que se observa, em toda parte, é que a prisão exerce um efeito devastador sobre a personalidade, reforça valores negativos, cria e agrava distúrbios de conduta.

Verificam-se os presídios como a expressão máxima da ausência do Estado, quando deveria ser mais presente, tendo em vista que as prisões hoje são espaços onde a queda de braço entre o poder estatal e o poder de facções

criminosas vem aumentando de forma intensa. As “leis” ditadas por alguns detentos ou grupos, um ordenamento jurídico próprio com regras de conduta e valores próprios, a assistência e solidariedade entre detentos a usurpar função que deveria ser do Estado. A própria corrupção policial e carcerária gera uma sustentação e justificação ideológica à reincidência e à criminalidade sob a ótica do “oprimido”, face ao Estado opressor.

O estigma da prisão acompanha o egresso indelevelmente, dificultando o seu reingresso à vida social e, ao invés de prevenir delitos, o cárcere propicia a reincidência, aprofundando ainda mais o desajuste do criminoso. E o pior é que a prisão conecta o convívio do pequeno criminoso ao de criminosos mais “escolados”, que fomentam em sua volta uma atmosfera de estímulo ao delito e de especialização em sua exteriorização. Outro fator a se considerar é que, o recolhimento do condenado à prisão rebaixa-o, tanto em sua auto estima como na consideração devida pelas pessoas com quem convive, tornando-o um cidadão de segunda classe, dificultando-lhe o retorno ao trabalho e conseqüentemente obstrui-lhe o caminho rumo à reinserção na vida social.

A prisão, nos moldes atuais, é contraproducente, a não ser, enquanto medida inocuidadora e segregadora, retirando de nosso convívio pessoas indesejáveis para a ordem pública. Como fator geral de prevenção criminal, principalmente, nem intimida, nem regenera. E, em sentido diametralmente oposto, embrutece e insensibiliza, acaba por animalizar e tornar o apenado anti-social por instinto, haja vista o ambiente, a convivência e a falta de perspectivas. Já lecionava Von Ihering que *"A história da pena é a história de sua constante abolição"*.

Deste modo, um dos requisitos necessários para que a pena atinja suas finalidades, deve cumprir seu papel sem que se revista de crueldade,

violência, nem que seja desnecessária. Verificou a sociedade, ao longo de sua evolução que não é suficiente para evitar a criminalidade o encarceramento do indivíduo nem o seu suplício. O pensador Montesquieu¹³ em sua obra “O Espírito das Leis”, evidenciou esta preocupação, o que revelam suas palavras:

"Os homens não precisam, absolutamente, ser levados pelos caminhos extremos; deve-se procurar os meios que a natureza nos oferece para os conduzir."

(...)

"É, entre nós, um grande erro aplicar o mesmo castigo ao que assalta estradas e ao que rouba e assassina. É evidente, para a segurança pública, que se deveria estabelecer alguma diferença na pena".

Frise-se que de imediato nenhuma outra pena ainda hoje se apresentou apta a substituí-la, enquanto premissa do Direito Penal para os crimes mais graves, a não ser em casos específicos, onde alternativas sejam suficientes para operar seus efeitos de retribuição e ressocialização.

1.6 VANTAGENS DAS PENAS ALTERNATIVAS

1.6.1 Para o poder público

Dados mais recentes (26/06/2006) indicam que o sistema penitenciário brasileiro abriga 361.402 presos em regimes fechado, semi-aberto, provisório e sob medida de segurança, segundo levantamento divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Enquanto na pena de prisão a relação funcionário/condenado é de 3 (três) para 1 (um), nas penas alternativas cada funcionário ou assistente social pode ser responsável por cerca de 50 prestadores.

¹³ MONTESQUIEU, C. L. de S, b. de la B. et de, 1689 – 1755. *O Espírito das Leis*, trad. de

Estima-se que o custo da pena alternativa seja extremamente reduzido. O sítio do Ministério da Justiça¹⁴ (acesso em 26/06/2006) nos traz algumas informações acerca da sistemática e política oficial do estado Brasileiro a respeito das penas alternativas onde se pode ler:

“as penas alternativas constituem medida eficaz ao sistema penitenciário porque evitam que um réu primário que tenha cometido crime de pequeno potencial ofensivo seja encaminhado ao cárcere e ao convívio com autores de crimes graves”.

Além disso, aplicação da pena alternativa não rompe o vínculo familiar e profissional do condenado, atenua a superpopulação prisional, previne novos delitos dentro da prisão, reduz a taxa de reincidência no crime e ainda proporciona menor custo ao Poder Público.

Atualmente, cada nova vaga em presídio custa cerca de R\$ 15 mil para o governo. O gasto médio mensal com um preso no Brasil é de R\$ 1 mil, ao passo que o monitoramento de uma pena alternativa custa, em média, R\$ 70 por mês.

O monitoramento da aplicação da pena alternativa garante que o crime não ficará impune, podendo ser pago pelo condenado não mais pelo antigo método de reversão da pena de doação de cestas básicas. Atualmente, o índice nacional de reincidência em condenações onde medidas alternativas são aplicadas é de aproximadamente 5%.

No Ceará, estado modelo na gestão da primeira Vara Especializada em Penas Alternativas do País, esse percentual cai para 1%. No sistema tradicional, onde o preso cumpre pena com restrição de liberdade, a reincidência nacional é de 65%.

Conforme explicitado anteriormente, a lei prevê que a pena pode ser revertida em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de

serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana.

Além da possibilidade de profissionalização e desenvolvimento intelectual do condenado, o cumprimento da pena alternativa em uma escola, por exemplo, acaba beneficiando toda a sociedade, que passa a contar com os serviços do apenado.

Atualmente, cerca de 30 mil pessoas cumprem pena alternativa no Brasil, onde existem aproximadamente 330 mil detentos em todo o sistema prisional. Estudos indicam que pelo menos 20% desse universo de detentos brasileiros, ou seja, 66 mil condenados, poderiam cumprir a pena prestando serviços à comunidade, como trabalhar em um hospital ou dar assistência em uma creche.

No Reino Unido, a aplicação de penas alternativas chega a 80% das condenações no país.

A título de exemplo de países mais avançados nos modelos de alternativas penais, temos que de acordo com dados publicados pelo sistema de justiça criminal da Inglaterra e Gales, onde 110 mil pessoas cumprem penas alternativas, o custo médio mensal de um sentenciado é de \$2.190 (duas mil cento e noventa) libras, ao passo que o sentenciado condenado ao serviço comunitário custa de \$100 a 200 libras. A diferença nos gastos com a pena de prisão e as penas alternativas fica disponível para que seja aplicada em outros investimentos e programas desenvolvidos pelo Estado, como por exemplo, um programa de assistência às vítimas.

“Este elemento (custo) não poderia ser negligenciado, ainda mais quando se sabe, por exemplo, que manter um preso nos EUA é bem mais caro do que manter um estudante em Harvard. O custo anual de

¹⁴ Pesquisado em: www.mj.gov.br.

um preso nos EUA está em torno de 22 mil dólares e é maior para presos com mais idade. O custo de uma prisão perpétua atinge 1,5 milhão de dólares. No Reino Unido, o custo anual de um preso é o equivalente a 37.500 libras, cerca de 190 mil reais. Os custos de encarceramento no Reino Unido são, em média, 12 vezes maiores do que os custos das sentenças de trabalho comunitário. O caso dos EUA, de qualquer forma, parece ser o mais impressionante pelas dimensões alcançadas pelo encarceramento massivo. No estado da Califórnia, por exemplo, desde 1980, o percentual de investimentos em educação caiu 25% enquanto os gastos orçamentários necessários para custear o sistema prisional cresceram 500%. Uma sentença individual de 5 anos de encarceramento por um furto no valor de 300 dólares custa ao contribuinte 125 mil dólares (Kaminer, 1996).¹⁵

Mediante convênios realizados entre a Vara de Execuções e outros órgãos públicos, estes podem receber apenados para ali trabalhar auxiliando no melhor desempenho de suas atividades. O apenado representa mão de obra gratuita, podendo prestar serviços em hospitais e escolas públicas, creches, serviços administrativos, entre outras entidades.

No Estado do Ceará houve um desmembramento da Vara de Execuções, sendo criada a Vara de Penas Alternativas¹⁶, pioneira no país. Tal atitude de nosso Tribunal de Justiça serviu como recomendação do Ministério da Justiça a todos os Estados Membros.

Penas alternativas não podem ser vistas como uma panacéia e nem devem ser vistas como “a” solução para o problema da superlotação das prisões, mas representam profunda colaboração para a liberação de vagas àqueles que efetivamente devem ser submetidos à pena privativa de liberdade. De acordo com

¹⁵ ROLIM, Marcos. Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. Foundation Visiting Research Fellow in Human Rights, University

¹⁶ A partir do advento da Lei 9714/98, o Estado do Ceará, de forma pioneira, criou na Comarca de Fortaleza uma Vara Especializada na Execução de Penas Alternativas através da Lei Estadual nº 12.862 de 25/11/98, com a seguinte competência:

“Art. 121. Ao Juiz da Vara de Execução de Penas Alternativas compete”:

I. promover a execução e fiscalização das penas restritivas de direitos e decidir sobre os respectivos incidentes, inclusive das penas impostas a réus, residentes na Comarca de Fortaleza, que foram processados e julgados em outras unidades judiciárias;

II. cadastrar e credenciar entidades públicas ou com elas conveniar sobre programas comunitários, com vista à aplicação da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade;

III. instituir e supervisionar programas comunitários para os fins previstos no inciso anterior;

os dados do Censo Penitenciário Nacional de 1995, do total de 148.760 condenados no Brasil, apenas 2.508 cumpriram penas alternativas. O número de vagas no país, naquele ano, era de 65.883 vagas, havendo um déficit de mais de 72 mil vagas. Há que se considerar ainda, não obstante as evidentes vantagens das penas alternativas, que o Estado não pode se furtar a realizar os investimentos necessários ao sistema prisional brasileiro, porém, infelizmente verificamos que o Estado caminha neste sentido com a ação (ou omissão) de sucessivos governos a utilizar oportunisticamente um instituto que se mostra eficaz (alternativas penais) para acabar por fugir à sua responsabilidade. O que, por vezes, obriga magistrados a reinserirem no convívio social delinqüentes ainda não reeducados, pela falta estrutural de nossa realidade carcerária.

As medidas alternativas proporcionam uma menor reincidência¹⁷. Conforme pesquisa realizada em Cleveland, nos Estados Unidos, que comparou a reincidência criminal, depois de dois anos, de delinqüentes que passaram pela prisão e sentenciados que cumpriram penas alternativas, 64% daqueles voltou a delinqüir, enquanto a taxa de reincidência entre os prestadores de serviço é de 37%. Considerando a experiência no Rio Grande do Sul, do total de 295 pessoas que prestaram serviços em Porto Alegre no ano de 1993 apenas 12,54% reincidiram. O índice nacional de reincidência é de 48%. Em alguns estabelecimentos do país a reincidência chega a 85%. Deste modo, as penas alternativas colaboram com a redução da criminalidade e, conseqüentemente, reduz também o número de pessoas nas prisões.

IV. fiscalizar o cumprimento das penas de interdição temporárias de direitos e de limitação de fim de semana”.

¹⁷ BARROS, Verônica de Mello. Aplicação das penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas. Universidade: UNIFMU - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, 2002- Monografia (Graduação).

A aplicação das medidas alternativas possibilita a efetivação do princípio da individualização da pena, previsto em nosso ordenamento jurídico, sob albergue constitucional.

1.6.2 Para a sociedade

Para a sociedade as penas restritivas de direitos possibilitam o ressarcimento dos prejuízos advindos do delito, já que o apenado estará prestando um serviço social à comunidade enquanto punição por uma infração cometida. Assim, além de dispor sua força de trabalho em serviços públicos, como forma de pagamento à sociedade, estará eximindo-a de arcar com seus custos, se ao contrário fosse mantido encarcerado. Verifica-se aqui um duplo benefício com a medida. Assim, a instituição recebedora dos serviços é favorecida, na medida em que dispõe de mão de obra gratuita que lhe possibilita um melhor desempenho de suas atividades. E ainda, em alguns casos, poderá dispor de serviços qualificados de pessoas com alto padrão de instrução que poderão auxiliar em áreas específicas da entidade conveniada.

Partindo-se da premissa de que a pena restritiva de direito propicia menores índices de criminalidade é supedâneo lógico o incremento de maior segurança à comunidade.

O encarceramento indiscriminado de delinqüentes, visivelmente, não é a melhor opção que se apresenta à sociedade, já que as chances de um condenado transformar-se num criminoso mais violento na prisão e para além dela, são muito grandes, criando e aumentando potencial insegurança à comunidade. Assim tomemos como exemplo um garoto com dezoito anos recém completos e preso por crime de furto, apenado e encarcerado numa penitenciária

com outros criminosos praticantes de latrocínio, roubo de veículos, roubo de cargas, extorsão mediante seqüestro, estelionato, tráfico de armas. Logo, esse contato pernicioso só o colocará a par de uma enormidade de meios e de contatos propiciadores do cometimento de futuros delitos ao ganhar a liberdade. Crimes que começam a ser ali planejados.

- Pesquisa realizada pelo ILANUD – Instituto Latino Americano nas Nações Unidas para o tratamento do Delinqüente¹⁸ e Datafolha em dezembro de 1997 (portanto, já há quase dez anos atrás) indica que a aplicação das penas alternativas é defendida por 55% da sociedade. Frise-se que quanto maior a escolaridade e a renda do entrevistado, maior o apoio ao “serviço comunitário” e menor o apoio à pena de prisão em regime fechado. Conforme Stern, citado por ROLIM¹⁹, existe pesquisa de comparação entre vários países sobre a questão: “Qual a sentença justa para um jovem de 21 anos que arrombou uma residência e roubou uma TV em cores, sendo este seu segundo crime?” Uma sentença alternativa à prisão para o caso é sugerida por 86% das pessoas na Áustria (o índice mais alto), por 84% na França e por 83% na Catalunha. Os dados demonstram que a sugestão de uma pena alternativa é preferida por mais de 50% em 13 países. Os mais baixos indicadores são obtidos nos EUA, 38% e no Reino Unido, 44%. Da mesma forma, as pessoas não confiam que o sistema penal possa ser uma solução para o crime. Quando perguntados sobre quais as melhores medidas para se reduzir a

¹⁸ ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do delito e tratamento do delinqüente.

¹⁹ ROLIM, Marcos. Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. Foundation Visiting Research Fellow in Human Rights, University of Oxford Centre for Brazilian Studies, March 2004

criminalidade, as pessoas não respondem “mais prisões”, e sim “mais educação, mais empregos para os jovens”.

- Podem receber prestadores de serviço, desde que desempenhem atividades de interesse público, as entidades sociais ou de caráter filantrópico. Note-se ainda o pouco ou nenhum aproveitamento do apenado ou mesmo de egressos em obras públicas, o que muito foi verificado nas décadas de 70 e 80.

1.6.3 Para o apenado

- Pode-se afirmar que o maior benefício das penas alternativas, para o apenado, é a possibilidade de reintegração. Mantendo-se um indivíduo encarcerado, nas condições que atualmente se verifica em nosso país somos inclinados a acreditar que, estando o indivíduo em completo abandono, seja no cumprimento da pena (inexistência de programas de qualificação profissional para presidiários); seja ainda, após sua saída da prisão. E assim, não vislumbrando de dentro do cárcere, possibilidades de emprego, readaptação à vida social, e estando o Estado, ausente, penderá aquele condenado para o lado mais forte e que lhe dê um pretenso suporte, ou seja, o criminoso que pode mandar auxílio até sua família do lado de fora ou que dali de dentro pode lhe dar condições de realizar empreitadas criminosas quando ganhar a liberdade. Dessa forma, evitando o contato de criminosos de menor periculosidade com esse ambiente hostil e promíscuo, estará a sociedade dando grandes passos rumo à regeneração de determinados apenados. A prisão, enquanto pena, além de não atingir satisfatoriamente os objetivos de

ressocialização maximiza a exclusão social. Possibilita-se com as penas alternativas, o desenvolvimento, por parte do condenado, de atividades laborais nas instituições em que estiver prestando serviços. Propicia-se, ainda, o aprendizado de novas atividades que poderão vir a auxiliá-lo no futuro, bem assim a manutenção de contatos diretos com outras pessoas, gerando um convívio social salutar no interregno da pena.

- O prestador de serviços por vislumbrar uma situação concreta, mensurará muito antes de voltar a delinquir, sendo essas possibilidades de reincidência bem menores. De mais a mais o condenado beneficiário de pena alternativa é o criminoso não violento ou eventual.
- E, no desempenho de atividades comunitárias, poderá desenvolver o espírito de trabalho, o que dificilmente aconteceria dentro da prisão, tendo em vista o convívio com pessoas violentas e o ambiente pernicioso à sua saúde física e mental. Ali, até poderá desenvolver o espírito de trabalho e a solidariedade voltados ao cometimento de delitos e apoio a outros detentos.
- O desempenho de atividades propicia ao apenado grandes chances de ser reaproveitado na mesma instituição em que estiver cumprindo a sua pena para ali continuar trabalhando.
- As penas restritivas de direitos sempre deverão ser aplicadas tendo em vista as aptidões pessoais de cada apenado, possibilitando um direcionamento de cada pessoa a instituições relacionadas às suas habilidades, fazendo com que o condenado perceba-se útil no curso da pena.

- O criminoso eventual, para o qual são destinadas as penas alternativas como regra, que possui emprego ou atividade escolar/acadêmica não se vê obrigado a abandoná-los por força da condenação, podendo conciliar o seu horário de trabalho com o da prestação de serviços, o que seria impossível se fosse condenado ao encarceramento. Além disso, ele não se afasta do convívio familiar, o que lhe pode ser auxiliar na fase do cumprimento da pena. De maneira geral, há uma enorme aceitação da pena alternativa pelo condenado, que a percebe como uma nova chance e a prefere à reclusão. O próprio art. 482, alínea “d” da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vaticina que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a condenação criminal do empregado, transitada em julgado, desde que não tenha havido a suspensão da execução da pena. Comentando referido dispositivo legal, colhemos lição de Alice Monteiro de Barros²⁰:

“O só fato de o empregado encontrar-se preso não autoriza a dispensa por justa causa, mas apenas a suspensão do contrato. Se sobrevier a condenação criminal, com pena privativa de liberdade, haverá, em princípio, impossibilidade física de o empregado continuar trabalhando; logo, incorrerá na prática da justa causa classificada na letra “d” do art. 482 da CLT (...) só configuram justa causa as condenações criminais passadas em julgado quando sujeito o trabalhador à pena privativa de liberdade. Se ela for substituída por multa ou penas restritivas de direito, não impedirá a continuidade da prestação de serviços pelo empregado condenado; logo, não constitui motivo para a resolução contratual. Excetua-se a hipótese de a pena restritiva ser de interdição de direito (art.

²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª- edição. São Paulo: LTR, 2.006,

43, II, e art. 47 do Código Penal), de execução incompatível com a continuidade da prestação de serviços na empresa, como, por exemplo, na hipótese de uma pena de reclusão de 10 meses ser substituída pela proibição de exercer atividade, ofício, profissão ou cargo na empresa. Nesse caso, o empregado estará incapacitado para o desempenho de suas atividades durante aqueles 10 meses, e, evidentemente, a justa causa, configurar-se-á...”

Permite-se, assim que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e, ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, afeitas às condutas e normas de cidadania, o que protege o apenado da contínua e isolada convivência com marginais de toda espécie, fato que por si só, desvaloriza sua personalidade.

A convivência antes suscitada possibilita o surgimento, no Sistema, de organizações criminosas altamente perigosas para a ordem pública, que podemos exemplificar com Comando Vermelho, Falange Vermelha, Terceiro Comando, Amigos dos Amigos, Primeiro Comando da Capital, dentre várias outras.

As sanções alternativas, quando empregadas para prevenção e repressão dos crimes de potencial ofensivo de baixa gravidade, têm maior utilidade como meio de recuperação do criminoso, já que conserva o delinquente no meio social, ao mesmo tempo em que expiando seu erro, através da pena imposta, dá-se-lhe o valor de membro útil à comunidade em que está inserido, como agente de transformação social.

As penas restritivas de direito não marcam o apenado com a pecha de ter passado por um presídio, o que certamente restringe muitas chances. E, enquanto instrumento de reeducação, verificamos que a pena de prisão não mais apresenta aptidão para a consecução de tais objetivos, estando hoje na prática,

mais do que medida educadora, comportando-se como verdadeiro banimento do criminoso do convívio social, uma medida protetora e vingativa por natureza que as circunstâncias atuais lhe imprimiram.

O ideal seria que toda pena fosse cumprida no meio social, com vistas a ressocializar o delinqüente e não, dessocializá-lo (efeito do encarceramento / isolamento). Porém, alguns indivíduos, por terem se desviado dos padrões normais de convivência de tal modo que representam um perigo à sociedade, ensejam tal isolamento. Esses, somente, é que deveriam ser segregados de nosso meio, como antes o eram os “leprosos” e os doentes mentais, cuja terapêutica atual aconselha a convivência entre nós, e não o seu banimento. O crime é um problema diferente, e anti-social por natureza. E, os recentes episódios no Estado de São Paulo, relacionados aos ataques do PCC²¹ demonstram que as atuais concepções de crime e criminosos já não diagnosticam com tanta eficiência toda a gama de motivos que levam ao cometimento de crimes que se apresentam, e daí, não indicarem a eficaz terapêutica a aplicar.

Pode-se verificar que delinqüentes apenados com sanções restritivas de direitos apresentam percentagem menor de reincidência, se comparados com criminosos punidos com o encarceramento, daí a necessidade de se aperfeiçoar os sistemas alternativos de penas, em nosso ordenamento jurídico.

As penas reclusivas, devem ser reservadas aos indivíduos de incontestável periculosidade além do que uma aplicação das penas alternativas trará como conseqüência o desafogamento do sistema carcerário, além do já comentado lucro para a sociedade que não terá de arcar com as despesas de um recluso, que poderia ser de outro modo apenado, com custo menor. Apesar de verificarmos que uma série de rebeliões ocorre de maneira planejada e

²¹ PCC- Primeiro Comando da Capital- Facção criminosa com principal base de atuação o estado de São Paulo.

orquestrada por facções dominantes, e como objetivos definidos, seja a transferência estratégica de presos importantes para a organização de um presídio para os outros, é verdade que a grande massa carcerária acaba sendo utilizada como massa de manobra, e assim sendo, o desafogamento do sistema com a redução do número de reclusos do País, propiciará um melhor controle no gerenciamento de nossos cárceres.

É uma moderna tendência da política criminal a punição com prisão somente dos crimes de grande potencial ofensivo.

Grande exemplo de evolução do direito penal moderno, quem sabe o maior deles, é a prestação de serviços à comunidade, já que está a se redimir pelo trabalho, ao mesmo tempo em que está exercitando sua cidadania e interagindo com o meio social que em dado momento de sua vida tendeu a desestabilizar, sendo esta modalidade de pena socializante por natureza.

1.7 O ESTADO DO CEARÁ E A VARA DE PENAS ALTERNATIVAS

A Lei Estadual nº 12.862 de 25/11/98, seguindo o espírito da Lei nº 9714/98 instituiu de forma pioneira em nosso país a Vara de Penas Alternativas, independente da vara de Execuções penais. Tal vara passou a ter a seguinte competência:

“Art. 121. Ao Juiz da Vara de Execução de Penas Alternativas compete:

- I. promover a execução e fiscalização das penas restritivas de direitos e decidir sobre os respectivos incidentes, inclusive das penas impostas a réus, residentes na Comarca de Fortaleza, que foram processados e julgados em outras unidades judiciárias;
- II. cadastrar e credenciar entidades públicas ou com elas conveniar sobre programas comunitários, com vista à aplicação da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade;

- III. instituir e supervisionar programas comunitários para os fins previstos no inciso anterior;
- IV. fiscalizar o cumprimento das penas de interdição temporárias de direitos e de limitação de fim de semana”.

A lei instituidora restringiu a competência do Juízo da Vara de Execução de Penas Alternativas somente para executar e fiscalizar as penas restritivas de direitos, decidindo sobre seus incidentes, bem como para fiscalizar o cumprimento das penas restritivas previstas nos incisos V e VI do art. 43 do Código Penal.

Informa-nos a Promotora de Justiça Grecianny Carvalho Cordeiro²²

que:

“A Vara de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Fortaleza, além de se encontrar materialmente bem estruturada, conta com um corpo técnico capacitado, inclusive com psicólogo, assistente social e defensor público exclusivo, dispondo, portanto, de excelentes condições para fiscalizar de forma efetiva e eficaz o cumprimento das penas restritivas de direitos. Para se ter uma idéia, a Vara de Execução de Penas Alternativas conta atualmente com o número de 45 entidades credenciadas para a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, sendo 32 entidades já beneficiadas pelos serviços prestados pelos apenados”.

Cita-nos ainda que a quantidade de processos chegados para a aplicação das Penas Alternativas, ao se comparar com o número total, indica que há uma resistência à aplicação de tais medidas sancionatórias, mesmo quando presentes todos os requisitos para a aplicação, quando entende-se que haveria aí o direito público subjetivo do réu.

Estaria ainda, grande parte dos magistrados em nosso Estado a inobservar as inovações trazidas no Código Penal através da Lei 9714/98, ignorando-as por completo, acabando por aplicar incorretamente as regras do

regime aberto ou o *sursis* a réus que possuem o direito público subjetivo à substituição, ao invés de aplicar uma pena alternativa.

A despeito deste incidente de aplicação, entendemos ser um avanço a passos largos o pioneirismo do Poder Judiciário Cearense em instituir uma vara específica para tratar do assunto em voga.

[

CAPÍTULO 2

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

2.1 DIREITO PENAL MÍNIMO

²² CORDEIRO, Grecianny Carvalho. A vara especializada de execução de penas alternativas. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo16.htm>.

A evolução social e consequentemente das ciências criminais tem favorecido o surgimento de correntes doutrinárias que passam a vislumbrar o Direito Penal enquanto ferramenta subsidiária de pacificação social, vindo a admitir a intervenção estatal somente quando os conflitos não possam ser resolvidos de outra maneira. Ou seja, o Direito Penal não pode ser tratado como uma panacéia, nem é solução para o problema da criminalidade e da crescente violência, apesar de ser um paliativo e algo sem o qual a sociedade não sobreviveria. Toda sociedade possui seus índices de violência em menor ou maior grau, e conseqüentemente seu sistema de repressão aos atos desagregadores.

A respeito do tema Zaffaroni²³ leciona ser a intervenção mínima uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito freqüentemente contraproducente da ingerência penal do estado. É uma tendência que por um lado utiliza-se de argumentos abolicionistas (abolicionismo penal) e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos em vez de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente à confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos, outrora discutida.

Além da visão de que o direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, devemos vislumbrar que a punição estatal deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade, somente se aplicando as penas privativas de liberdade quando necessárias para a prevenção geral e especial positiva quando se fizer necessária a atuação mais rigorosa, pela gravidade da conduta, lesão e risco social, prevendo-se alternativas penais para os demais casos, nos quais a ingerência penal se justifique com menor austeridade.

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro: parte geral. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

O princípio da intervenção mínima, e o direito penal mínimo, por consequência caminham juntos com o **garantismo penal**, que é um modelo normativo de direito que obedece a estrita legalidade, típico do estado democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo penal e do direito penal máximo²⁴. O modelo garantista tem possui os seguintes pressupostos: a) não há pena sem crime; b) não há crime sem lei; c) não há lei sem necessidade; d) não há necessidade de lei penal sem lesão; e) não há lesão sem conduta; f) não há conduta sem dolo e sem culpa; g) não há culpa sem o devido processo legal; h) não há processo sem acusação; não há acusação sem prova que a fundamente; j) não há prova sem ampla defesa²⁵. Alguns chegam a confundir direito penal mínimo com garantismo penal. Acreditamos que se complementem. Sobre a relação entre ambos Stipp²⁶ leciona que o garantismo penal se vincula, portanto, a filosofia política de um “direito penal mínimo”, e dessa maneira se apresenta como a única justificação racional do direito penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes. Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, o garantismo se presta a ser estendido a todo o âmbito de direitos das pessoas e não apenas àqueles afetados diretamente pelo poder punitivo do Estado.

Conforme acima ressaltado, podemos concluir que o princípio da intervenção mínima é a aplicação do princípio da proporcionalidade (adequação entre os meios e fins), em matéria de Direito Penal, notadamente no que

²⁴ Nucci, Guilherme, op. Cit. Pg 338

²⁵ Nucci, Guilherme, op. Cit. Pg 338, citando Ferrajoli. Direito e razão.

²⁶ Stipp, Álvaro. Garantismo. Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>

concerne aos direitos fundamentais de primeira geração (atinentes à liberdade), conforme escólio do Professor Paulo Bonavides²⁷:

“Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (*‘eine Übermasskontrolle’*) (...) Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério da limitação à liberdade individual. Diz Penalva, em oposição a Braibant, que a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, porquanto ‘é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados.”

Em resumo, é imprescindível para a sociedade a previsão de penas e medidas alternativas ou substitutivas, que elidam a aplicação das penas privativas de liberdade aos crimes de menor gravidade, em observância ao entendimento de

²⁷ BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª- edição. Malheiros. São Paulo,

que pena é algo necessário, e não simplesmente um castigo, de modo a conferir-se a máxima efetividade na área penal ao princípio da dignidade humana e outras enunciadoras dos pilares da convivência social.

2.1.1 O princípio da intervenção mínima no Brasil

Em 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal, por meio da Lei nº 7.209, verificou-se por parte do legislador o atendimento aos anseios do desenvolvimento social e da conseqüente modernidade do Direito Penal que se fazia premente, por meio da inserção do sistema de penas restritivas de direitos, alternativas à pena privativa de liberdade, rompendo-se com a idéia de penas acessórias, que mantinha a privação da liberdade, constituindo-se um *bis in idem*.

Verificamos em nossa vigente Constituição, alguns princípios reveladores dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam, o da **igualdade** (art. 3º, inc. VI, e art. 5º, caput), o da **dignidade** (art. 1º, inc. III), o da **proporcionalidade** (arts. 1º, inc. III, 3º, I e 5º, caput, II, XXXV, LIV, etc.), o da humanidade (art. 5º, incs. III e XLVII), o do **devido processo legal** (art. 5º, inc. LIV), o do **juiz natural** (art. 5º, incs. XXXVII e LIII) e o da **individualização da pena** (art. 5º, inc. XLVI). São cânones que expressam a evolução e atual estágio do Direito Penal no Brasil. Embora a legislação infraconstitucional demonstre altos e baixos nesse tortuoso caminho para a evolução. A despeito de nossa sofrível legislação, somos de opinião que não é ela o nosso maior problema, vislumbrando-o mesmo na aplicação de tais leis. Diríamos que nosso problema não é de legislação, mas de aplicação, seja pela falta de meios, seja pela falta de estrutura dos órgãos encarregados desta aplicação.

A despeito do viés constitucional na direção da intervenção mínima, nosso legislador infraconstitucional, cedendo às pressões de lobby e do clamor público através dos séqüitos do movimento *law and order*, apartou-se dos desígnios constitucionais, endurecendo a terapêutica penal a alguns crimes. Tal momento era marcado por profunda revolta dos cidadãos brasileiros com a violência crescente em nosso país, e cujo fator conjuntural foi o homicídio de uma famosa atriz global, ocorrido com requintes de crueldade.

A expressão máxima deste caminho tortuoso foi a edição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos e assemelhados), consoante autorização contida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal. Pode-se encontrar no texto dispositivos conflitantes com a idéia do Direito Penal mínimo, do qual apresenta-se como paradigma a previsão do artigo 2º, parágrafo 1º que estipula o cumprimento da pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado, vedada a progressão de regime. Com constitucionalidade questionada desde o princípio pela melhor doutrina.

Entretanto, veio-se a ser observada posteriormente pelo nosso legislador a tendência ao minimalismo penal, destacando-se a Lei nº 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Criminais, e a Lei nº 9.714/98, tratando das penas restritivas de direitos.

Só para que se introduza o assunto, em geral os julgados que vedavam a aplicação de penas alternativas a condenados por crimes hediondos utilizavam-se do argumento de que, sendo vedada a progressão de regime não se poderia aplicar pena restritiva de direito posto que configuraria uma burla, já que acabaria por restar em liberdade o condenado a crime e que sendo aplicada pena restritiva de liberdade iria cumpri-la integralmente em regime fechado. Já as que julgavam para conceder o benefício argumentam que são momentos distintos, e uma vez

aplicada a pena restritiva de direito, de natureza diferente da pena detentiva, não há que se falar em progressão, posto que este instituto não integra o núcleo das penas alternativas. São momentos e instâncias distintos.

Porém, o STF²⁸ em 23 de fevereiro de 2006, após longa cizânia sobre o tema, modificou seu entendimento inicial, e, em decisão apertada e polêmica, por seis votos a cinco, julgou **inconstitucional a regra (Art. 2º, Lei nº 8.072/90) que proíbe a progressão de regime para condenado por crimes hediondos e assemelhados**, em sede de *habeas corpus*, por entender que malferia o princípio da individualização da pena, determinando que o juízo *a quo*, examinando o caso concreto perquirisse acerca do cabimento da progressão pleiteada, conforme abaixo assinalado:

“O Min. Gilmar Mendes, relator, concedeu o writ para que, afastada a proibição, em tese, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, o Tribunal a quo decida fundamentadamente acerca do preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, em concreto, para a substituição pleiteada. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no julgamento do HC 82959/SP, no sentido de que o modelo adotado na Lei 8.072/90 não observa o princípio da individualização da pena, já que não considera as particularidades de cada pessoa, sua capacidade de reintegração social e os esforços empreendidos com fins a sua ressocialização, e, salientando que a vedação da mencionada lei não passa pelo juízo de proporcionalidade, concluiu que, afastada essa vedação, não há óbice à substituição em exame, nos crimes hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais. Citou, ainda, a decisão proferida no HC 84928/MG (DJU de 11.11.2005), no qual assentado que, somente depois de fixada a espécie da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direito) é que é possível cogitar do regime de seu cumprimento. Acompanharam o voto do relator os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio. Em divergência, o Min. Joaquim Barbosa, acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, denegaram a ordem, invocando o entendimento perfilhado no julgamento do HC 83627/SP (DJU 27.2.2004) pela impossibilidade da substituição da pena, tendo em conta o disposto na Lei 8.072/90. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolhendo proposta do Min. Marco Aurélio, concedeu a liminar para que a paciente aguarde o julgamento em liberdade. Vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello que a indeferiam. O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Britto. HC 85894/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2005. (HC-85894)”(grifamos)

²⁸ STF: Informativo 411 (HC-85894). Crime Hediondo e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos – Título 2. Fev. 2006.

Oportuno é o projeto de lei do governo Federal relativo à nova lei dos crimes hediondos que prevê o cumprimento de 1/3 da pena para a progressão de regime em relação aos não reincidentes e ½ para reincidentes, adequando-se melhor tais requisitos ao citado princípio, conforme transcrevemos, e que foi enviado pelo Exmº Sr. Ministro da Justiça ao Presidente da república em 09 de março de 2006, constando em sua Exposição de Motivos, citação acerca de decisões correntes e que tem se tornado uma constante nas instâncias superiores do Poder Judiciário (STF, *HC no 69.950; HC 77052 / MG; HC no 79.204; HC no 82.903; HC-QO no 83.173; HC no 84.797-MC; HC no 84.884; HC no 85.036; HC no 85.900; HC 87343 MC; HC no 87.424; HC 87438 MC/SP. STJ, RHC 2556/SP; RHC 2996/MG*). O projeto original, sugerido pelo Ministério da Justiça seria o seguinte:

“PROJETO DE LEI

Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.2º

II – fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de um terço da pena, se o apenado for primário, e de metade, se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, EM nº 00023 – MJ

Brasília, 9 de março de 2006”.

Apesar de citar decisões precedentes atinentes à progressão de regime, e assim, modificar a lei para seguir-lhes a tendência verificada por nossos Sodalícios Superiores, não cogitou em nenhum momento acerca do cabimento das penas restritivas de Direitos. Talvez para não ter que arcar com o ônus político da eventual manifestação da opinião pública em contrário, seja mesmo

por entender cabível a substituição, nos casos elencados por lei, conforme a análise dos dispositivos concernentes à espécie, e do modo como também vêm decidindo nossas instâncias jurisdicionais superiores.

2.2 INTUITO DA LEI Nº 9.714/98

A legislação em comento cuidou de disciplinar, de forma mais abrangente, as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal Brasileiro, vindo ao encontro das mais modernas correntes doutrinárias. Seu grande mérito está no fato de proporcionar uma maior discricionariedade ao juiz no momento de aplicação da sanção penal, limitando, por consequência, a aplicação das penas privativas de liberdade, que ficarão restritas aos casos que ensejarem um maior rigor, seja porque o crime foi cometido com violência e grave ameaça à pessoa, seja porque o seu autor é de alta periculosidade²⁹.

Como bem salientou o então Ministro da Justiça Nelson Jobim, na exposição de motivos do projeto de lei (que resultou na lei 9714/98), *"a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinqüir"*. E segue:

"Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão"³⁰.

São vários os objetivos da lei 9714/98, entre os quais podemos elencar:

²⁹ Relatório da Comissão Instituída pela Portaria N.º 1.072-MJ, de 17 de novembro de 1998, como o objetivo de apresentar estudos sobre a lei das Penas Alternativas.

³⁰ Relatório da Comissão Instituída pela Portaria N.º 1.072, de 17 de novembro de 1998, como o objetivo de apresentar estudos sobre a lei das Penas Alternativas.

- Redução da população carcerária, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena, reduzindo os custos do sistema prisional;
- Favorecimento à ressocialização do autor do fato pelas medidas alternativas, evitando-se o contato hostil e degradante do meio carcerário, bem assim a conseqüente estigmatização do apenado;
- Redução da reincidência e, sempre que possível, de modo a preservar os interesses da vítima³¹.

Tais intentos se coadunam com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e outros textos internacionais, bem assim com a Constituição brasileira, que no seu art. 5º, inc. XLVI, prevê a pena de "prestação social alternativa".

Tal escopo coaduna-se inclusive com o próprio Estado de Direito. Definindo a esfera de atuação deste, o Professor Willis Santiago Guerra Filho³² preleciona:

"Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem, o interesse de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, -políticos, culturais ou outros."

2.3 O MODELO BRASILEIRO DE PENAS ALTERNATIVAS

No sentido oposto ao modelo penal clássico – que tinha por fundamento a crença de que a pena de prisão, por si só, resolveria a questão da violência –

³¹ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Penas Alternativas – A competência de sua aplicação. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>.

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª- edição. São Paulo: RCS Editora, 2.005, pág. 24.

vislumbra a possibilidade da substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, conforme a gravidade do delito foi inaugurado um novo modelo de Justiça Penal, podendo-se considerar como divisor de águas a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) trazendo um significativo reforço com as medidas alternativas.

A nova tese objetiva que a pena a ser aplicada, não deve servir somente como punição ao delito cometido, mas também deve se configurar numa medida educadora, capaz de ressocializar o apenado para que não delinqua por ocasião de seu retorno ao convívio em sociedade.

Constata-se que o modelo clássico não foi capaz de resolver os problemas de segurança pública do país, em vista do anacrônico sistema carcerário que se apresenta como realidade, que alija o preso da sociedade, sujeitando-o a uma vida degradante, incompatível com o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Ficamos a pensar se esse não seria o modelo que a sociedade “quer”, e em verdade consente para seus delinquentes, isso até que eventualmente se torne realidade dentro de cada uma de nossas famílias um membro passar a integrar esse Sistema.

Os séqüitos do direito penal máximo argumentam que a resposta estatal ao fenômeno criminal deva ocorrer nos limites e por meio do Direito Penal, porém, entendemos que a reação ao delito não deve ser exclusivamente desta seara do Direito, que somente deve ser chamado a intervir quando falharem todas as demais formas de controle social, isto é, deve ser utilizado como a *ultima ratio*. Deve ser, pois, encarado como um paliativo e não como uma solução. É assim, a intervenção mínima do Estado, para onde, esperamos, caminhem as mentes de nossos juristas e legisladores, bem como a sociedade em seu conjunto. Porém, ante a diminuição do Estado (característica do neoliberalismo), não se pode

confundir direito penal mínimo com a mínima intervenção do Estado nas relações sociais. Neste sentido é que a mínima intervenção do Estado (neoliberalismo) necessita da máxima intervenção na liberdade do indivíduo, pois reduz os investimentos em programas sociais, ao mesmo tempo em que aumenta os excluídos e a concentração de riqueza.

Desta forma, se de um lado não deixa de ser verdadeiro que até mesmo o modelo penal clássico já contava com medidas alternativas despenalizadoras, de outro, tampouco se pode negar que no nosso país, surge um novo e alternativo modelo penal que ocupa, por enquanto, não o lugar do sistema clássico (que não morreu, obviamente), senão uma posição excepcionadora que, se caracteriza pela introdução no nosso ordenamento jurídico de um dos programas mais avançados, ao menos no plano formal, de penas e medidas alternativas, face aos resultados negativos da pena privativa de liberdade.

Seguindo a lição do Prof. Luís Flávio Gomes³³, temos que dentro do sistema de Justiça Penal brasileiro subsistemas:

- O **clássico**, que privilegia o encarceramento porque acredita na função dissuasória da prisão; e
- O **alternativo**, que procura sancionar o infrator conforme a gravidade da infração, com penas e medidas alternativas, isto é, sem retirá-lo do convívio familiar, profissional e social.

O subsistema alternativo conta tanto com penas como com medidas alternativas à pena de prisão, conforme se verifica. Ao nos referirmos à penas e medidas alternativas em conjunto falamos em alternativas penais.

³³ GOMES, Luís Flávio. Op. Cit.

Conforme a classificação do citado mestre, as penas alternativas podem ser:

- **Consensuais:** são aquelas em que se exige o consenso do autor, como por exemplo, na transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil extintiva da punibilidade); ou
- **Não consensuais** – são assim chamadas porque são aplicadas diretamente pelo juiz, sem passar pela pena de prisão (é o caso da multa, por exemplo, no art. 135 do CP; bem assim o “sursis”, o perdão judicial); nas segundas o juiz primeiro fixa a prisão para depois substituí-la (v. CP, art. 43 e ss.). Classificam-se em diretas ou substitutivas. As substitutivas, por sua vez, compreendem as penas restritivas de direitos (hoje são nove as modalidades) e a multa.

CAPÍTULO 3

APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS

AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Uma série de discussões acerca da possibilidade de sua aplicação aos crimes definidos como hediondos na Lei nº 8.072/90, e aos assemelhados, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes surgiu coma edição da Lei nº 9.714/98, a

qual ampliou as espécies de sanções alternativas arroladas no artigo 44, do Código Penal. Essa recente redação prevê requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito (penas alternativas), podendo-se considerar como condições objetivas, as que sempre deverão ser observadas, quais sejam: I) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; II) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; III) réu não reincidente em crime doloso.

Operou-se ainda mudança no sentido de que agora, embora havendo contra o réu condenação anterior transitada em julgado por crime doloso, não sendo essa reincidência específica, a substituição da pena será possível, não obstante a observância de um requisito de ordem subjetiva, qual seja "a medida seja socialmente recomendável", em vista do disposto no § 3º, art. 44, CP.

Para determinação da substituição, o requisito subjetivo deverá sempre ser observado em vista da suficiência da medida, aferida por meio da análise dos elementos a seguir:

- Culpabilidade;
- Antecedentes;
- Conduta social e a personalidade do condenado;
- Motivos e as circunstâncias e do crime.

No caso em estudo, verificamos que para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes a pena mínima prevista é de três anos de reclusão e em tal fato típico não se encontram presentes em sua constituição a violência nem a grave ameaça, tornando-o apto, em tese, para a aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela de restritiva de direitos.

Grande parte de nossas cortes e magistrados de primeira instância argumentam em contrário considerando que por ser assemelhado aos crimes

hediondos, em vista de disposição constitucional, seria o delito em tela incompatível com a aplicação da pena alternativa, reservada apenas aos crimes de menor gravidade e que mesmo que não integrem o tipo a violência ou a grave ameaça este crime possui uma alta lesividade em abstrato, bem como por trás de sua exteriorização há organizações criminosas voltadas para a sua prática. Outro argumento utilizado é o de que sendo a lei dos crimes hediondos, lei específica; o princípio da especialidade impediria a aplicação da regra geral do Código Penal, posto que a Lei nº 8072/90 diverge desse ao estabelecer o cumprimento integral em regime fechado.

Os ponderáveis argumentos, conforme pudemos verificar, acabam por gerar uma sensação do não cabimento do benefício. Relativamente a casos específicos, pretendemos demonstrar neste capítulo o cabimento para o tráfico de entorpecentes, conforme se segue.

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se subordina ao atendimento de outros requisitos a não ser os já enumerados, sendo certo que as normas fixadas no estatuto penal, enquanto lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria de forma diversa, o que extraímos do art. 12, do CP.

É pressuposto básico de nosso Ordenamento Jurídico que as regras gerais do Código Penal são aplicáveis às leis especiais, se estas não dispuserem de modo diverso.

Nesta linha de pensamento, verificamos que a Lei nº 8.072/90, que é especial, definiu os crimes hediondos e seus equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes e, no pertinente às sanções penais, proibiu expressamente a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, disciplinando que o cumprimento da pena privativa de liberdade deverá

ser em regime integralmente fechado (art. 2º, I, II e § 1º), omitindo-se em relação à possibilidade ou incompatibilidade de substituição da pena de prisão pelas cognominadas penas alternativas.

Corroborando neste sentido, colhemos lição de Norberto Bobbio³⁴ ao propor solução para as antinomias jurídicas com base no critério da especialidade é mais perfeito que o cronológico e o hierárquico:

“A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente. Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológicos e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. O que significa que os dois primeiros critérios aplicam-se quando surge uma antinomia; o terceiro porque vem a existir uma antinomia.”

Assim, pelo fato de que entre as acima citadas proibições (concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, progressão de regime) não vedou o legislador igualmente a aplicação de penas alternativas e nem de sursis, consideramos que as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e dosimetria da pena, inclusive as atinentes à substituição das penas privativas por restritivas de direito, são aplicáveis³⁵ aos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90 (excluídos aqueles praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa),

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.999, págs. 96/97.

³⁵ RSTJ, 19/491.

com as ressalvas explícitas contidas no art. 2º, I, II e § 1º, já que aqui a norma especial elide a aplicação geral.

Segundo a lição do professor Luiz Flávio Gomes:

“Por força do art. 12 do CP as regras gerais do Código aplicam-se às leis especiais, salvo quando essas dispõem de modo contrário. Nem a Lei de Tóxicos nem a Lei dos Crimes Hediondos proíbem expressamente as penas substitutivas. Não existe nenhuma disposição em sentido contrário. Logo, são aplicáveis as regras gerais do CP”³⁶.

Seguindo a linha de raciocínio, o mestre vaticina que:

“Não se pode aceitar como norma jurídica a que o julgador gostaria que estivesse escrita. Enquanto a lei de tóxicos não proibir expressamente a substituição, não pode o julgador substituir o legislador nessa tarefa, sob pena de usurpação ilegítima de função. Direito posto não é direito desejado. Pretensões político-criminais *de lege ferenda* não podem ser introduzidas, contra o réu, na *lege data*”³⁷.

Uma leitura da lei em comento nos remeterá a uma noção de que se em nenhum momento o legislador restringiu para os crimes hediondos (só o fez em relação aos cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa), não cabe ao intérprete ocupar seu lugar e incluir no rol das proibições aquelas não trazidas originalmente pela lei, criando situações por ela não previstas, o que estaria por ferir as regras da melhor hermenêutica. E equivaleria a uma analogia *in mala partem*, vedada no direito penal, por se tratar de restrição de liberdades.

Não se concebe furtar ao condenado seu direito quando nem a Lei de Tóxicos nem a dos crimes hediondos veda a citada substituição. Conforme já comentado a lei dos crimes hediondos dispôs de modo diverso da regra geral do Código Penal sobre a progressão de regime, mas nada excetuou sobre sursis nem mesmo sobre a substituição por penas restritivas de direito, de modo que

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. Crimes Hediondos e Penas Substitutivas. Disponível em <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal125.htm>.

não cabe ao julgador aplicar analogia *in malam partem*, para vedar a substituição. O princípio da legalidade, de albergue constitucional garante que sanção alguma será aplicada se não houver previsão em lei anterior, assim o intérprete não poderá distinguir se a lei não distingue, principalmente se tal distinção importar em prejuízo ao réu.

Embora não haja, como regra geral, o direito público subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, acreditamos que uma vez preenchidos todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 e incisos do Código Penal, no caso concreto, passa a existir esse direito. Ressaltando-se que a exegese em torno das normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem-se interpretar de modo restritivo.

A previsão da Lei dos Crimes Hediondos acerca do cumprimento de pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado não possui por si só aptidão para gerar o entendimento de não que existe a possibilidade de substituição da pena de reclusão pelas restritivas de direito, já que são momentos diferentes de escolha de aplicação de pena e de fixação de regime por imposição legal. A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito deve ser verificada de ofício (inciso IV), e somente depois de quantificada aquela e fixado seu regime (inciso III). Por pressuposto lógico, se houve substituição, à pena substituidora não se deve cogitar de aplicar os pressupostos da substituída, entre eles o cumprimento em regime integralmente fechado; pois com a substituição opera-se de imediato o afastamento da pena privativa de liberdade.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. São Paulo: RT, 1999, p.122.

A balizar nosso entendimento, invocamos as lições do Professor Damásio de Jesus³⁸ prelecionando que as penas restritivas de direitos previstas na Lei n. 9.714/98 constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução, que são próprios do sistema progressivo das penas detentivas. De maneira que se apresentam dois caminhos ao Juiz: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo ou assemelhado, incide a Lei n. 8.072/90; se, presentes as condições legais, a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes de execução (fechado, semi-aberto e aberto). A Lei dos Crimes Hediondos disciplina a “*execução da pena privativa de liberdade*”, não contendo regras a respeito do sistema vicariante das sanções penais.

Ainda sob a égide das lições do nobre penalista³⁹, verifica-se que as penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos, posto que admitidas em alguns casos. Prescreve que o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 (que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado) não constitui óbice à aplicação das medidas substitutivas. As penas alternativas são medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução, que são próprios do sistema progressivo. Assim, o julgador teria duas opções: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a “*execução da pena privativa de liberdade*”, não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Será encontrado parâmetro no *sursis*, que também admite, em tese,

³⁸ JESUS, Damásio de. Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas? Extraído do site www.damasio.com.br.

sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Deste modo, a execução da pena imposta por crime hediondo, restando atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos, não guarda incompatibilidade com o instituto do *sursis*.

Já o Professor Luiz Flávio Gomes⁴⁰, entende que o regime integralmente fechado previsto pela lei dos crimes hediondos só é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entender que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se atinge a execução da pena de prisão, não se alcança a fase executiva. Deste modo não é o caso de se aplicar a regra do “regime” fechado. Só se há de cogitar “regime” na fase de execução da pena de prisão. Com a substituição desaparece a pena de prisão, não se devendo falar mais em regime.

Embora, não se podendo olvidar da gravidade em abstrato do delito de tráfico de entorpecentes, não há violência e nem grave ameaça à pessoa, bem como havendo o descumprimento da pena alternativa, o juízo operará o retorno do apenado à pena restritiva de direito e, portanto ao seu cumprimento em regime integralmente fechado. Ressalte-se que a recente decisão do STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da lei dos crimes hediondos que proíbe a progressão de regime, mas cujo caso específico e circunstância de cada réu que determinará ou seu direito ou não à concessão do benefício. No caso do descumprimento injustificado da pena alternativa e retorno à pena privativa de liberdade acreditamos que o juiz determinaria o retorno do apenado ao cumprimento em regime fechado, conforme previsão do artigo 33 e parágrafos do CP.

³⁹ JESUS, Damásio E. de. Penas Alternativas. SP: Saraiva, 1999, p. 95/96.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Crimes Hediondos e Penas Substitutivas. Disponível em <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal125.htm>.

Permite-se hoje a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ao condenado mesmo reincidente, se não se tratar essa sua circunstância de reincidência dolosa.

A se comentar sobre a carga de periculosidade ou repulsa, sentimentos que a sociedade em geral nutre em relação ao traficante, devemos considerar que também, enquanto sociedade, contribuímos para sua existência, já que oferecemos demanda, formamos e multiplicamos o mercado consumidor, o que é agravado muitas vezes por parte da mídia e artistas que glamourizam o uso de substâncias entorpecentes. O certo é que diferentemente de quem comete um crime de roubo, furto, extorsão mediante seqüestro, o traficante não adentra, em regra, nossas residências nos constrangendo a comprar ou consumir seus produtos, e pelo contrário, os usuários muitas vezes arriscam-se em morros, favelas e outros locais de equivalente periculosidade para adquirir o substrato de seu vício. Nem por isso devemos deixar de combater o traficante, mas devemos lançar luzes sobre a reflexão de qual sociedade queremos para as gerações vindouras contribuindo dia a dia e conscientizando o usuário de drogas que muitas vezes está mais próximo de nós do que imaginamos, de que quem usa drogas financia a violência, e alimenta um mercado que por sua dinâmica e adaptabilidade está hoje a financiar uma série de crimes que vão desde roubos a banco ao comércio de armas que propicia "seqüestros relâmpagos", roubos a residências, até o tráfico de órgãos e seres humanos.

Todo o sentimento e peso da palavra traficante pode causar espécie, em princípio, quando aqui cogitamos da aplicabilidade das medidas alternativas. Porém, a contenda deve ser bem pontuada, para assim, desde que atendidos os

pressupostos legais o réu condenado por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76⁴¹, com a possibilidade de ter sua pena de reclusão substituída por penas alternativas, deve receber, em nosso entendimento, tal benefício. Por certo, nas diversas condutas previstas no tipo penal do Artigo 12, haverá indivíduos de culpabilidade diminuta, como o viciado que pra sustentar o vício é usado como “avião”, o usuário que numa roda de amigos cede ainda que gratuitamente para outrem quantidade às vezes irrisória de droga, as famosas “mulas”, que transportam entorpecente entre Estados e mesmo entre países com a promessa de lucro fácil e que no mais das vezes não conhecem o fornecedor ou o comprador-trafficante. São casos a serem analisados pelo julgador, que necessita receber da lei comando autorizativo para realizar a melhor justiça.

Os que argumentam pela incompatibilidade das penas alternativas com o crime de tráfico de entorpecentes, por ser equiparado a hediondos, propõem que não pode ser considerado de menor gravidade e que somente estes delitos mereceriam a aplicação de penas "alternativas", diante da inteligência da lei propulsora da Lei nº 9.714/98.

“A distinção entre crime hediondo ou de especial gravidade com o crime de média gravidade ou mesmo de menor potencial ofensivo não se

⁴¹ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. § 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

encontra escrita de forma expressa nem mesmo implícita, no texto ou sequer na ementa da lei (e ementa não faz parte do comando normativo); ao contrário, na Lei n. 9.714/98 foram definidos os critérios legais para aferição da possibilidade de operar-se a substituição de forma geral, sem ressalva à classificação do crime por sua gravidade ou potencialidade lesiva (salvo aqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa)⁴².

O princípio da individualização da pena nos remete ao entendimento de que não se pode negar ao traficante, só por possuir este rótulo, a aplicação de medidas alternativas. Entendimento diverso de que o fato de ser traficante por si só geraria o não atendimento das condições subjetivas seria afastar-se de tal princípio, bem como a previsão do tipo penal (Art. 12, Lei 6368/76) estaria a aplicar a todos os incursos uma culpabilidade por igual, o que feriria os cânones do Direito Penal, operando por si só uma injustiça, por não estar retribuindo "a cada um o que é seu".

A garantia da dignidade da pessoa humana, prevista em nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, leia-se o direito à liberdade individual, só suporta ameaça diante da necessidade de outro bem jurídico concreto, devendo o Estado abster-se intervir nesta liberdade por conta de uma simples presunção legal acerca da gravidade do delito, diante da omissão do legislador relativamente à expressa proibição da substituição tão comentada até o momento. Argumentam os séqüitos da proibição que não se permitiria a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos porque sua exposição de motivos exclui crimes de maior gravidade, não deve ser aceita, por ser um

⁴² BARROS, Verônica de Mello. Aplicação das penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas. Universidade: UNIFMU - Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, 2002-Monografia (Graduação).

atentado aos princípios de índole constitucional a balizar a intervenção estatal na liberdade do cidadão.

Interessante é citar o argumento do Professor Luis Flávio Gomes⁴³ ao vaticinar que: “Se a Lei de proteção à Testemunha⁴⁴ (arts. 13 e 14), permite o PERDÃO JUDICIAL para os crimes hediondos, porque não caberia, em tese, a aplicação da Lei 9714/98 para o crime de tráfico de drogas?” (Vídeo EMERJ, 19/08/99). Registremos, por enquanto, tal argumento apenas para se lançar indagações sobre a matéria.

Reputamos inconstitucional a afirmação de que as penas substitutivas, complementadas com a Lei nº 9.714/98, não seriam aplicadas aos crimes de maior gravidade, hediondos e a estes equiparados, entre os quais tráfico ilícito de entorpecentes, somente pelo fato de a sua exposição de motivos (da Lei nº 9.714/98) não os teria incluído, ou mesmo pela alegada incompatibilidade com o regime integralmente fechado. Embora tenha sido omissa, na dúvida interprete-se em benefício do réu. Ou ainda, como argumentam outros partidários da aplicabilidade das medidas alternativas, se quisesse proibir, teria feito o legislador, como o fez expressamente para outros benefícios como a liberdade provisória, fiança, anistia, graça e indulto.

Argumenta-se ainda, em contrário, com esteio na Súmula nº 171 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, em vista de tal enunciado negar a substituição da prisão por multa quando a lei especial comina estas penas cumulativamente; o que resulta do lógico argumento de que é impossível ao magistrado suprir uma

⁴³ Prof. Luiz Flávio Gomes - II Encontro Nacional de Execuções Penais, realizado na EMERJ. Disponível em http://www.jurisnet.adv.br/pecas/pena_alternativa_hediondo.htm

⁴⁴ Lei 9.807/99-Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Publicada no DOU de 14.7.99.

⁴⁵ Súmula 171 STJ: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa."

pena trocando-a por outra quando o legislador expressamente determinou a aplicação de ambas, o que se afigura circunstância diversa daquela em que são aplicadas penas pecuniária e privativa de liberdade, substituindo-se somente esta por uma restritiva de direito.

A gravidade em abstrato do delito de tráfico de entorpecentes é utilizada como forte argumento a impossibilitar a concessão da medida, porém nossa corte maior firmou jurisprudência direcionada a que “a simples alusão à gravidade do delito em abstrato, sem suficiente fundamentação, não basta, por si só, para a fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso ao réu” (STF, HC 77.682-SP, rel. min. Néri da Silveira, in “Informativo STF” n. 128, de 19 a 23 de outubro de 1998, p. 1; v. No mesmo sentido STF, HC 77.790-6, rel. min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 27.nov.98, p. 10).

Tal entendimento deve balizar a questão da aplicação das penas alternativas, que sendo negadas carecem de decisão suficientemente fundamentada⁴⁶ (STJ, REsp 60.046-SP, rel. min. Vicente Leal, DJU de 06.09.99, p. 139)

Conforme já mencionamos, acerca da variedade de condutas típicas representadas pelos 18 núcleos do tipo penal do Art.12, Lei 6368/76, certamente neste rol há participações de menor e maior gravidade, a ensejar uma penalização diferente. Suficiente comentar que “importar ou exportar” e “fornecer ainda que gratuitamente” ou “entregar, de qualquer forma”, são diferentes formas de condutas típicas, a ensejar diferentes graus de reprovabilidade.

O usuário que muitas vezes, a fim de sustentar seu vício, é apanhado em situação flagrancial caracterizadora do crime de tráfico, merece punibilidade

⁴⁶ STJ, REsp 60.046-SP, rel. min. Vicente Leal, DJU de 06.09.99, p. 139, que decidiu: “Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido”

diferente daquele traficante que possui uma rede organizada para o transporte e distribuição de substância entorpecente. É pressuposto lógico que ao primeiro assegurem-se condições para que a pena propicie sua recuperação e libertação do vício, bem como que venha novamente a contribuir com o exercício da cidadania para a evolução de sua comunidade, até mesmo evitando seu encarceramento e contato danoso com criminosos mais perigosos e um fácil acesso a substâncias entorpecentes, conforme verificado em nossa realidade carcerária, evitando-se ainda que a assistência jurídica eventualmente dispensada pelo traficante que se utilizou de seus serviços gere um vínculo maior e uma dívida a ser cobrada posteriormente ou mesmo dentro do cárcere relativamente a esta ajuda, cujo Estado teima em prestar de modo deficiente. Ao passo que com relação ao traficante, de intuito lucrativo, deve ser aplicada pena exasperada com o fim de reprimir a entrada de outros no mundo do tráfico, bem como retribuir-lhe o mal causado à sociedade.

Ferir-se-ia o princípio de equidade intrínseca ao próprio direito valorar de modo igual e com tipo de pena igual as condutas de alguém que gratuitamente oferece drogas a amigos e a de alguém que tem no tráfico uma atividade profissional direcionada ao lucro. Desrespeitar-se-ia, por lógico, o princípio da individualização da pena, sob albergue constitucional.

Recentemente um economista de 25 anos com condenação por tráfico de drogas obteve, junto ao STJ, *habeas corpus* garantindo-lhe a substituição da pena de prisão por outra restritiva de direito. A decisão foi tomada pela Sexta Turma. Os ministros levaram em consideração o entendimento manifestado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que declarou inconstitucional trecho da Lei dos Crimes Hediondos (parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90), que impunha o regime totalmente fechado para os crimes de tortura, tráfico de

drogas e terrorismo, apesar do que, conforme já ponderávamos, em tese seria cabível. O paciente já havia cumprido dois anos da pena de quatro à qual fora condenado por portar quatro comprimidos de ecstasy. Quando da fixação da pena, o juiz não aplicou a Lei n. 9.712/98, que prevê a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade (prisão) por penas alternativas, como as restritivas de direito (a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, por exemplo). Estabelece o artigo 44 do Código Penal que a substituição é possível nos casos em que a pena de prisão não ultrapasse os quatro anos nas hipóteses e o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça.

O relator do processo, ministro Hélio Quaglia Barbosa, não analisou o pedido feito pela defesa do condenado, haja vista ainda restar pendente o julgamento da apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que configuraria supressão de instância se analisado pelo STJ. Entretanto seu voto foi no sentido de que se concedesse o benefício previsto no Código Penal, considerando a pertinência da argumentação da defesa, segundo a qual o preso satisfaria todos os requisitos exigidos pela lei para a substituição.

Os demais ministros da Sexta Turma acompanharam o entendimento do relator. Dessa forma, caberá ao juízo de primeiro grau definir a substituição da pena de prisão por uma restritiva de direito mais multa ou por duas penas restritivas de direito⁴⁷.

Assim, um dos mais fortes argumentos antes utilizados pelos partidários do não cabimento da substituição em sede de crimes hediondos foi, em nosso entendimento, sepultado com a decisão do STF que declarou inconstitucional vedação da progressão de regime já que aqueles advogavam que não se poderia substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos

pelo fato de que o crime hediondo sujeitaria o infrator ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado e seria ilógico substituí-la por uma restritiva de direitos a configurar o seu não encarceramento. Apesar da existência desse argumento, demonstramos em sentido contrário tratarem-se de instâncias e momentos diferentes a aplicação de pena alternativa e o regime de cumprimento de penas privativas de liberdade.

Uma das decisões mais citadas pelos defensores da substituição é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁴⁸, conforme se segue:

"Regularmente processado, foi condenado como incurso somente nas sanções do art. 12 da citada lei, a cumprir pena de três anos de reclusão e 50 dias multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade por igual período, nos termos do art. 44 do CP, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.714/98 (...)

O inconformismo referente à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito não procede. A simples alegação de ser crime hediondo não obsta a substituição da pena. Se o legislador não fez qualquer restrição nesse sentido, não cabe ao intérprete fazê-la. Preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, previstos no art. 44 do Código Penal, com as alterações da Lei 9.714/98, nenhum impedimento existe para que a pena privativa de liberdade, no caso do crime de tráfico, seja substituída por restritiva de direitos. (...)

A lei apenas exclui da possibilidade de substituição a pena relativa a crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, dentre os quais não se insere o tráfico ilícito de entorpecentes. É claro que o verdadeiro traficante, que vive desse pernicioso negócio e busca lucros financeiros sem qualquer pudor é perigoso e causa repugnância a todos. Cabe ao juiz, analisando as condições do art. 59 do CP evitar a impunidade, aplicando a pena adequada e não concedendo o benefício da pena restritiva de direitos àquele que representa risco à sociedade. O pequeno traficante, como o do caso presente, muitas das vezes é usado como instrumento nas mãos dos grandes e poderosos, inobstante a gravidade do delito, não deve ser tratado de igual forma, em razão de trazer menor risco à comunidade.

Também não constitui óbice à referida substituição o fato de o regime de cumprimento de pena ser integralmente fechado (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º). Uma coisa é a substituição de pena, outra, diversa, é sua execução, ou seja, a forma como vai ser cumprida. Conforme entendimento da Súmula nº 7 da jurisprudência predominante desta 1ª Câmara Criminal: 'A Lei 8.072/90 não veda a concessão do sursis'. Ora, se é permitida a suspensão condicional da pena em crime hediondo, também não há que se negar sua substituição por pena restritiva de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais" (grifamos)

⁴⁷ Notícias do STJ, quinta-feira, 20 de abril de 2006. Disponível em www.stj.gov.br.

⁴⁸ Apelação nº 148.427-8-(TJ/MG, Ap nº 148.427-8, Itanhandú, 1ª CCrim., rel. des. Zulman Galdino, j. 29.06.99; v.u.), in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 81, agosto/99, p. 377. (grifo nosso)

Para o fim de dirimir qualquer dúvida a respeito do tema, transcrevemos a informação contida no informativo nº 411 do STF, relativo ao julgamento do HC-85894, conforme se segue:

“O Min. Gilmar Mendes, relator, concedeu o writ para que, afastada a proibição, em tese, de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, o Tribunal a quo decida fundamentadamente acerca do preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, em concreto, para a substituição pleiteada. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no julgamento do HC 82959/SP, no sentido de que o modelo adotado na Lei 8.072/90 não observa o princípio da individualização da pena, já que não considera as particularidades de cada pessoa, sua capacidade de reintegração social e os esforços empreendidos com fins a sua ressocialização, e, salientando que a vedação da mencionada lei não passa pelo juízo de proporcionalidade, concluiu que, afastada essa vedação, não há óbice à substituição em exame, **nos crimes hediondos**, desde que preenchidos os requisitos legais. Citou, ainda, a decisão proferida no HC 84928/MG (DJU de 11.11.2005), no qual assentado que, somente depois de fixada a espécie da pena (privativa de liberdade ou restritiva de direito) é que é possível cogitar do regime de seu cumprimento. Acompanharam o voto do relator os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Marco Aurélio. Em divergência, o Min. Joaquim Barbosa, acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, denegaram a ordem, invocando o entendimento perfilhado no julgamento do HC 83627/SP (DJU 27.2.2004) pela impossibilidade da substituição da pena, tendo em conta o disposto na Lei 8.072/90. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolhendo proposta do Min. Marco Aurélio, concedeu a liminar para que a paciente aguarde o julgamento em liberdade. Vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Britto, Carlos Velloso e Celso de Mello que a indeferiam. O julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Britto. HC 85894/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.11.2005. (HC-85894)”(grifamos)

A realidade do Direito Penal, nas instâncias e lugares em que se operam as infrações penais é bem distante daquela preconizada nos livros de doutrina e na letra fria da lei analisada pelos magistrados. É sabido que existem pessoas que muitas vezes acabam por compactuar com o tráfico, não por simples opção, mas por falta de perspectivas e às vezes por que se vêem obrigadas por coação a participarem desse ilícito, sendo instrumentos nas mãos de traficantes para não perderem suas vidas, ou mesmo terem suas famílias molestadas. Muitos indivíduos que vivem próximos aos traficantes profissionais se recusam a

participar do comércio de drogas, acabam sendo vítimas, até mesmo fatais. Além disso, criminosos costumam prestar, conforme se tem exemplos, nos morros e favelas a assistência em termos de necessidades da comunidade (medicamentos, mantimentos, socorro médico, segurança). O que gera uma dívida que deveria ser uma contrapartida prestada pelo Estado, e que na sua omissão aqueles acabam por ocupar seu espaço.

Não estamos aqui a advogar a substituição da pena de prisão como regra geral para os condenados por tráfico de entorpecentes, mas como um instrumento do julgador para, no caso concreto, realizar a justiça necessária, onde se aferirá se o benefício é devido e se suficiente para a reprovação e prevenção do crime, ao teor dos art. 44, III, e art. 59, caput, do CP. Tal procedimento permitirá uma efetividade na individualização da sanção penal, em respeito a nossos princípios constitucionais que devem balizar a aplicação do direito como um todo, e mais especificamente no campo do Direito Penal por se tratarem de direitos fundamentais, quais sejam os de liberdade.

Nossa Legislação Antitóxicos agrupa no mesmo patamar punitivo grandes traficantes, chefes do tráfico, usuários, fornecedores iniciantes, mulas, aviões, entre outros. Dessa forma, um sistema que ignora as condições pessoais de um condenado, destinando todos ao cárcere, a vista da nocividade presumida do crime, está a desrespeitar princípios constitucionalmente previstos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos, embora de forma simplória e, sem a profundidade teórica característica dos renomados juristas citados neste trabalho, retirar algumas conclusões do quanto já foi exposto.

Em princípio, deveremos considerar que a regra da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, por força da Lei nº 9.714/98, deve ser aplicada ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, claro, quanto tal medida for recomendável e atendidos todos os pressupostos objetivos e subjetivos. A recente decisão do STF que declarou inconstitucional lançou melhores luzes sobre o tema, apesar do que alguns partidários do não cabimento da substituição das penas de prisão por alternativas ainda relutem no sentido do não cabimento. Tal decisão mostrou uma tendência daquela corte que deverá em breve firmar sólida jurisprudência a respeito do tema.

Os efeitos deletérios provocados pela pena de prisão na pessoa do condenado são irreversíveis. Além de todos os adjetivos negativos que poderemos comentar, ela tem se mostrado anacrônica e contraproducente, devendo ser utilizada como última opção. E, em contraponto, verificamos os efeitos positivos da aplicação das penas alternativas, que contribuem (se bem utilizadas e fiscalizadas) de modo bastante proveitoso para a recuperação e ressocialização do apenado.

Devem ser avaliados, no caso concreto, pelo julgador, os critérios do inc. III do art. 44 do Código Penal, objetivando a substituição da pena de prisão, distinguindo-se situações materialmente diferentes, sempre visando aferir a suficiência para a reprovação e prevenção do delito.

Verificamos que a despeito da modernidade que podemos constatar em nossa legislação sobre o assunto, subsiste nas várias instâncias e nos diversos rincões do país a resistência dos magistrados em aplicar as medidas alternativas, por diversos motivos que vão da falta de estrutura de fiscalização até

o conservadorismo muitas vezes gerado pelo tecnicismo jurídico e apego à letra fria da lei.

A aplicação das idéias aqui expendidas, tende a conduzir à plenitude do nosso Estado Democrático de Direito, na medida em que acarreta na aplicação de diversos princípios de índole constitucional, tais como: a eqüidade e a proporcionalidade (cujo corolário, no Direito Penal é a individualização da pena), além da questão sociológica do estigma do apenado e no caráter anti-social do nosso atual sistema carcerário, que impede o desenvolvimento de atividades produtivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª- edição. São Paulo: LTR, 2.006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas – Análise político criminal das alterações da lei nº 9.714/98*. Pág. 29. 3ª ed. Saraiva. São Paulo, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.999.

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª- edição. Malheiros. São Paulo, 2.006.

CARVALHO, Alexandre Victor. E MARCHI JÚNIOR, Antônio Padova. *Lei 9.714/98: Efeitos em Relação à Execução da Pena Privativa de Liberdade Aplicada aos Condenados por Crimes Hediondos e Assemelhados*. Boletim IBCCrim, São Paulo, jul. 99, 80:4.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Lei 9.714/98 – Penas Restritivas de Direitos: Aplicação aos Crimes de Tráfico de Entorpecente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 26, p. 115.

BRASIL, Legislação Federal. Exposição de motivos da Lei nº 7.209, item 28.

GRECO, Rogério. Curso de direito Penal- Parte Geral. 6ª Ed. Impetus. RJ. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes Hediondos e Penas Substitutivas*. Disponível em <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal125.htm>.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Penas Alternativas – A competência de sua aplicação*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br>.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: RT, 1999, p.122.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª- edição. São Paulo: RCS Editora, 2.005.

IBCCRIM. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 81, agosto/99, p. 377. Disponível em: <http://www.julita.lemgruber.com.br>.

JESUS, Damásio E. *Penas Alternativas*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. Págs. 55 e 56, 74 e 75, 95 e 96.

JESUS, Damásio de. *Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas?* Disponível em www.damasio.com.br.

LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal*. v.III/109 apud BARBOSA, Marcos Elias de Freitas. *Da Resposta Penal na Legislação de 1984*. Nov/85. RT 601:275.

MALULY, Jorge Assaf. O Crime de Tráfico de Entorpecentes e a Aplicação das Penas Restritivas de Direitos. Boletim do IBCCrim, nº 77, p. 5.

MONTEIRO Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*. 17ª ed., SP: Saraiva, 1978, p. 38.

MONTESQUIEU, C. L. de S, b. de la B. et de, 1689 – 1755. *O Espírito das Leis*, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leônio Martins Rodrigues. Brasília: Editora da UnB, 1982, p.52.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. Revista dos Tribunais. 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. p. 7.

Penas alternativas e substitutivos penais, Papers, São Paulo, Centro de Estudos Konrad Adenauer, 1996, 28:43.

Revista do ILANUD nº 07. *Implementação de Programas de Prestação de Serviços à Comunidade*.

Revista do Superior Tribunal de Justiça, Ed. Brasília Jurídica, v. 88, p. 298.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Pena Alternativa e Tráfico De Entorpecente*. Extraído do site http://www.bpdireadv.br/nartigo_80.htm

ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil*. Foundation Visiting Research Fellow in Human Rights, University of Oxford Centre for Brazilian Studies, March 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de Serviços à comunidade*. p. 13.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. *A importância das penas alternativas na recuperação do condenado*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br>

SOUZA NETTO, Marcelo Ferreira de. Parecer do Ministério Público in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 26, p. 221.

SOUZA, Raquel Freitas de e NOGUEIRA, Hélio Egydio de Matos. *A aplicabilidade das Penas restritivas de Direitos ao Condenado por Tráfico Ilícito de Entorpecentes*. Boletim IBCCrim São Paulo, abr. 99, 77:6.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito Penal brasileiro: parte geral. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.