



Centro Universitário de Brasília  
Núcleo de Pesquisa e Monografia

LUIS PAULO LOPES BORGES

**A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA  
DE PRISÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA  
LEI 11.343/2006**

Brasília  
2012

LUIS PAULO LOPES BORGES

**A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA  
DE PRISÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA  
LEI 11.343/2006**

Dissertação apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/NPM)  
como pré-requisito para obtenção do  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de  
Moura

Brasília  
2012



*Dedico a todos aqueles que estiveram presente na minha vida, em especial, Meus Pais e Minha Irmã, família.*

*In memoriam, dedico a minha avó Geralda Davi Guilherme, pelas lições de vida.*

## AGRADECIMENTO

*Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade de vida.*

*Agradeço aos meus Pais por todo incentivo e suporte em todos os momentos da minha vida.*

*Agradeço ao Professor Humberto pela atenção dispensada à orientação do presente trabalho.*

*Agradeço, finalmente, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a conclusão desta pesquisa.*

## RESUMO

A presente monografia busca analisar a questão constitucionalidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), a fim de tornar claro a controvérsia existente entre a Lei Antidrogas e a Constituição, e demonstrar que indivíduos em situações diferentes não devem ser tratados da mesma forma. Deste modo, desenvolveu-se uma pesquisa discorrendo sobre a finalidade da pena, apresentando as teorias que constituem o discurso oficial da pena criminal, bem como as teorias críticas criminológicas da pena. Sendo a aplicação da pena foco da pesquisa, abordou-se quais as penas admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Por ora, estudamos a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) em razão da possibilidade de aplicação desta lei aos crimes de tráfico de drogas, as penas restritivas de direitos e os requisitos necessários à substituição. Por fim, quando apresentado o tema da constitucionalidade da substituição da pena prisão por restritivas de direitos, estudamos os argumentos contrários à substituição e os argumentos favoráveis à substituição, a posição do Supremo Tribunal Federal relativa a esse tema, e reação dos tribunais diante da decisão da Suprema Corte.

### **Palavras-chave:**

Constitucionalidade. Substituição da pena. Pena de prisão. Penas restritivas de direitos. Lei 11.343/2006. Lei Antidrogas

## ABSTRACT

This monograph seeks to analyze the constitutionality of the replacement issue of deprivation of liberty by restricting rights in Law 11.343/2006 (Anti-Drug Law), in order to clarify the controversy between the Anti-Drug Law and the Constitution, and demonstrate that individuals in different situations should not be treated the same way. Thus, we developed a survey discussing the purpose of punishment, presenting the theories that constitute the official discourse of the criminal penalty as well as the critical criminological theories of punishment. As the application of the penalty is focus of the research, which was addressed to penalties allowable in the Brazilian legal system. For now, we study the Heinous Crimes Law (Law N°. 8.072/1990) because of the possibility of applying this law to the crimes of drug trafficking, the penalties restricting rights and requirements for the replacement. Finally, when presented with the issue of constitutionality of the substitution of imprisonment for restricting rights, we studied the arguments against the arguments for replacement and the arguments that admits the replacement, the position of the Supreme Court on this issue, and reaction of the courts before the decision the Supreme Court.

### **Keywords:**

Constitutionality. Replacing the pen. Imprisonment. Penalties restricting rights. Law 11.343/2006. Anti-Drug law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. DA FINALIDADE DA PENA .....</b>	<b>13</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	13
1.2 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA .....	16
1.2.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena .....	18
1.2.2 Teorias relativas ou preventivas da pena .....	20
1.2.2.1 Prevenção geral .....	22
1.2.2.2 Prevenção especial .....	24
1.2.3 Teoria mista ou unificadora da pena .....	26
1.2.4 Teoria da prevenção geral positiva .....	27
1.2.4.1 A prevenção geral positiva fundamentadora .....	27
1.2.4.2 A prevenção geral positiva limitadora .....	28
1.3 AS TEORIAS DA FUNÇÃO DA PENA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
1.4 O DISCURSO CRÍTICO DA TEORIA CRIMINOLÓGICA DA PENA .....	30
1.4.1 A crítica negativa / agnóstica da pena criminal .....	31
1.4.2 A crítica materialista / dialética da pena criminal .....	32
1.4.2.1 A pena como retribuição equivalente do crime .....	33
1.4.2.2 A prevenção especial como garantia das relações sociais .....	35
1.4.2.3 A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante .....	43
1.4.3 As teorias unificadas com integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal .....	48
1.5 SÍNTESE .....	49
<b>2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PENAS ADMISSÍVEIS.....</b>	<b>54</b>
2.1 TIPOS DA PENA ADMITIDOS .....	54
2.2 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/1990) .....	56
2.3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS .....	60
2.3.1 Requisitos para substituição da pena .....	62
2.4 LEIS ANTIDROGAS (REGIME ANTERIOR E REGIME ATUAL) .....	65
2.4.1 Regime anterior (Lei nº 6368 de 21 de outubro de 1976) .....	65
2.4.2 Regime atual (Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006) .....	67
2.5 A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NA LEI Nº 11.343/2006 .....	69
2.5.1 Argumentos contrários à substituição .....	69
2.5.2 Argumentos favoráveis à substituição .....	71
2.5.3 Posição do Supremo Tribunal Federal .....	74
2.5.4 Reação dos tribunais após a decisão do Supremo Tribunal Federal .....	79
2.5.5 Posicionamento do Autor .....	82
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>86</b>

**REFERÊNCIAS ..... 90**

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo esclarecer a questão da constitucionalidade da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, haja vista a vedação expressa constante do art. 33, §4º e art. 44, ambos da Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006). Ao discorrer sobre o tema busca-se verificar se tal substituição contraria ou não a ordem fundamental, que é a Constituição Federal.

A análise do tema é importante para esclarecer a controvérsia da lei, que está fundada na seguinte hipótese: a vedação da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei 11.343/2006 está ou não em desacordo com o texto constitucional. Há duas correntes juridicamente defensáveis, uma entende que não é possível aplicação da substituição, considerando que tal benefício é inaplicável aos delitos de tráfico de entorpecentes. Por outro lado, há uma segunda corrente considerando que a vedação da substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas estaria de acordo com o texto constitucional. O que as correntes tentam demonstrar é se a substituição da pena fere princípios constitucionais ou não.

Outro aspecto importante para presente monografia é compreender se indivíduos em situações distintas podem receber tratamento igual. Logo, busca-se aclarar se uma lei infraconstitucional (Lei nº 11.343/2006) pode determinar um tratamento padrão para os autores de crimes de tráfico ilícitos de entorpecentes, considerando as diferenças que cada indivíduo e situação possui.

Desta forma, a presente monografia divide-se em dois capítulos. No primeiro capítulo, trataremos da finalidade da pena, apresentando as teorias da função da pena: (i) teorias absolutas ou retributivas da pena, como forma de retribuir o condenado pelo crime praticado com imposição da pena; (ii) teorias relativas ou preventivas da pena, consubstanciadas na ideia de que a pena evita o cometimento de novos delitos. Essas teorias bipartem-se em prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa); (iii) teoria mista ou unificadora da pena, funde-se nesta as teorias absolutas e relativas; e (iv) teoria da prevenção geral positiva, que possui duas vertentes, a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora. Vale observar que,

todas essas teorias, de acordo com a criminologia crítica, estão baseadas no discurso oficial da função declarada ou manifesta da pena criminal.

Ainda no primeiro capítulo, estudaremos o discurso crítico da teoria criminológica da pena, com o intuito de demonstrar a função real ou latente da pena criminal. Deste modo, analisaremos a crítica negativa / agnóstica da pena criminal, que tem por fundamento modelos ideais de estado de polícia e estado de direito, e a crítica materialista / dialética da pena, que se divide em três pontos importantes: a pena como retribuição equivalente do crime, a prevenção especial como garantia das relações sociais e a prevenção geral como afirmação da ideologia dominante.

Evidente que, abordar as teorias da pena e seus discursos críticos é interessante para averiguar se tanto a pena de prisão quanto as penas restritivas de direitos cumprem sua finalidade, considerando os argumentos apresentados pelas teorias.

Discorreremos no segundo capítulo sobre as penas admissíveis na Constituição Federal de 1988 com o objetivo de verificar quais as penas possíveis no nosso ordenamento jurídico. Mais adiante, faremos referência à Lei do Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), uma vez que o tráfico ilícito de entorpecente é crime equiparado aos hediondos. Por conseguinte, é importante trazer à tona esta lei, pois as regras desta aplica-se subsidiariamente aos crimes de tráfico de drogas, de acordo com o art. 2º, da Lei nº 8.072/1990. Um outro ponto relevante que abordaremos, também no segundo capítulo, será a questão das penas restritivas de direitos, tratando da origem das mesmas e dos requisitos necessários à substituição da pena.

Como o tema da presente monografia trata da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), estudaremos, ainda no segundo capítulo, regime anterior e o regime atual, pois mister fazer a apresentação do regime anterior (Lei nº 6.368/1976) para tomarmos ciência de como era tratado o assunto, e fazer explanação daquela com o objetivo investigar como está sendo discutido essa questão atualmente.

Por último, como foco principal da monografia, de modo a concluir o segundo capítulo, apresentaremos os argumentos que entendem não ser possível a substituição devido a afronta a ordem constitucional, ou seja, argumentos contrários à substituição; e por outro

lado, os argumentos favoráveis à substituição. Ainda, traremos o posicionamento dos tribunais frente a essa questão.

## Capítulo 1 - DA FINALIDADE DA PENA

Como a presente monografia tem por escopo estudar a questão da constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Antidrogas), será necessário a análise das teorias que tratam da função da pena, em razão da importância da pena para este trabalho.

Assim, para dar início ao exame dessas teorias, interessante fazer algumas considerações relevantes para o desenvolvimento deste trabalho.

### 1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Neste primeiro ponto, trazer a ideia de que o convívio harmônico entre os membros de uma sociedade depende da instituição de regras para orientar as ações dos mesmos, e que quebra de uma das regras surge para o Estado o direito de punir perante aquele que violou a norma é importante para compreender melhor o trabalho ora exposto. Cumpre esclarecer, ainda, que o Estado deve encontrar limites na medida da punição, não deixando de observar princípio da necessidade, uma vez que pretende assegurar os direitos daqueles que o integra.

Pena é a reação de um determinada sociedade politicamente organizada frente a um fato que viola uma das normas fundamentais que preenche a sua estrutura e, assim, é tratado na lei como crime. (MASSON, 2010)

Para Cleber Rogério Masson (2010, p. 522), pena é:

“[...] espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar prática de novos crimes ou contravenções.”

Conceituando pena, Damásio Evagenista de Jesus (2006, p. 519), diz que “[...] é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor da infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo o fim é evitar novos delitos.” Luiz Regis Prado (2004, p. 513) afirma que a pena é “[...] a mais importante das consequências do delito.”

A cessão de parte da liberdade individual é o ato que funda o Estado, construindo e justificando o poder de punir. Logo, o conjunto de pequenas porções de liberdade de cada indivíduo é o fundamento do direito de punir. (CARVALHO, 2003)

O direito de punir surge quando há violação de uma regra, estabelecida para propiciar um convívio mais harmônico entre os membros de uma sociedade. “Destaca-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade.” (BITENCOURT, 2009, p. 83)

Salo de Carvalho (2003, p. 120) menciona que a “[...] principal matriz teórica moderna, ao afirmar a necessidade da pena, decorre de interpretações do contrato social, concebendo-a como instrumento de indenização pela ruptura obrigacional.”

Importante destacar que a pena “[...] é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando um agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer seu *ius puniendi*.” (GRECO, 2009, p. 485).

No entanto, um Estado que obedece os direitos individuais e procura ser garantidor dos direitos daqueles que o integra, é necessário encontrar limites no seu direito de punir.

O Estado, também, deve tutelar o autor delitos contra punições arbitrárias e desiguais, “[...] garantindo-lhe uma aplicação segura (princípio da legalidade) e igualitária (princípio da igualdade) da lei penal.” (ANDRADE, 2003, p. 139)

Os limites da cominação e da aplicação penal, bem como o exercício do poder punitivo do Estado, desde a Escola Clássica da criminologia, são marcados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade. A medida da pena deve constringer no mínimo a liberdade individual que ela implica. (BARATTA, 2002)

O Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. O Direito Penal mínimo traduz uma ideia de que este só poderá ser aplicado em último caso, quando não houver outras medidas capazes de satisfazer a pretensão desejada. (BITENCOURT, 2009)

Pressupõe que o direito penal tem o objetivo de proteger os interesses e necessidades – bens jurídicos de maior relevância – própria de toda comunidade.

A tutela de bens jurídico assume uma posição bilateral. Por um lado, o delito representa a lesão de bens jurídicos que a lei penal pretende proteger; por outro lado, a pena envolve essencialmente a lesão de bens jurídicos do autor do fato (de sua liberdade, por exemplo, no caso de prisão). (ANDRADE, 2003)

Portanto, tal privação de bens jurídicos do autor objetiva asseverar os bens jurídicos dos demais cidadãos. (ANDRADE, 2003)

O constituinte brasileiro consagrou o princípio da necessidade da pena. Assim, a aplicação e a adoção desta medida decorre do princípio da necessidade. Afirma Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 649), que “[...] a aplicação da pena e a determinação de sua medida hão de se louvar pela ideia de necessidade.” Ora, havendo a violação de uma norma é importante verificar se há necessidade da aplicação da pena como forma de punir o transgressor.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 84), “[...] é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade.”

A Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade. O Direito penal representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação. Logo, a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessíveis da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal. (SANTOS, 2005)

O Estado, por meio do Direito Penal, determinando certas condutas consideradas crimes, pretende proteger bens jurídicos relevantes para uma organização socioeconômica específica. Sendo atingido algum bem juridicamente protegido, o Estado utilizando-se de seus mecanismos e verificando-se a necessidade, poderá aplicar a pena cabível obedecendo os limites dos direitos individuais.

O Estado estabelece regras com o escopo de propiciar uma relação mais harmônica entre os membros de uma determinada sociedade, violada uma dessas regras abre-se a possibilidade para aquele impor uma pena como resposta ao indivíduo que transgrediu a norma, consistente num fato típico, ilícito e culpável.

O direito de punir do Estado, quando da aplicação da sanção penal, permite restringir ou privar determinados bens jurídicos do condenado. A pena, portanto, é um mal necessário à harmonização do convívio social. Vale ressaltar que, a medida tem de ser necessária e suficiente para prevenir o cometimento de novos delitos.

Feitas as considerações importantes para o desdobramento da pesquisa, passemos a examinar alguns aspectos das teorias que tratam da função da pena criminal.

## **1.2 TEORIAS SOBRE A FUNÇÃO DA PENA**

A fim de esclarecer os aspectos relacionados à finalidade da pena cabe apresentar as teorias que abordam o assunto. Logo, vale salientar que existe diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade da pena, entretanto, são consideradas mais importantes as teorias absolutas, as teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e as teorias unificadoras ou ecléticas.

As teorias absolutas estão relacionada a ideia de retribuição ou de expiação, reparação ou compensação do mal do crime. Já as teorias relativas reconhecem que a pena tem um caráter de prevenção ou profilaxia criminal. Dentro desta última encontra-se uma divisão que aborda a prevenção geral (positiva ou negativa) e prevenção especial (positiva ou negativa). (MENDES, 2009)

De outro lado, as teorias mistas ou unificadoras tendem a agrupar conceitos das duas teorias, absoluta e relativa, a intenção é recolher os aspectos mais destacados destas. (MENDES, 2009)

Alessandro Baratta, cita no seu livro (Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal )Theodor Reik, fundador da teoria psicanalítica do direito penal, baseada sobre a dupla função da pena: “[...] (a) a pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; (b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através da sua inconsciente identificação com o delinquente.” (BARATTA, 2002, p. 51)

Portanto, o efeito catártico<sup>1</sup> da pena e o processo de identificação da sociedade com o delinquente, são dois aspectos relevantes para a teoria psicológica do direito penal segundo a qual “[...] as duas concepções fundamentais da pena, a concepção retributiva e concepção preventiva, não são mais que racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana.” (BARATTA, 2002, p. 51)

As teorias retributivas destacam a função da pena em face da sociedade (prevenção geral) e em face do autor do delito (prevenção especial). Ambas pretendem um resultado futuro, que consiste em influenciar a coletividade ou o autor do delito. (BARATTA, 2002)

É sabido que a política penal desenvolvida pelo Estado se baseia na teoria da pena, estruturada pelos discursos de retribuição do crime e prevenção geral e especial da criminalidade, funções atribuídas à pena pela ideologia penal oficial. Neste diapasão, para compreender a Política Criminal é importante o estudo das funções atribuídas à pena criminal, entendidas como instrumento principal do programa oficial do controle do crime e da criminalidade. (SANTOS, 2005)

Cumprir esclarecer que a análise das funções atribuídas à pena “[...] não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal.” (SANTOS, 2005, p. 02) Ao contrário, esse estudo deve abranger a aparência das funções declaradas ou manifestas, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal.

As funções reais ou latentes da pena criminal podem exprimir a existência, aplicação e execução nas sociedades segregadas em classes sociais opostas, fundadas na relação capital / trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho / meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas. (SANTOS, 2005)

As ideias de controle social compreendem uma dimensão real pela qual cumpre a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão ilusória pela qual permite ocultar ou encobrir a natureza da realidade reproduzida. (SANTOS, 2005)

---

<sup>1</sup> Conforme o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (1986, p. 368): “Catártico. *Adj.* Relativo à, ou próprio da catarse. Catarse. [...] 3. *Psicol.* Efeito salutar provocado pela conscientização de uma lembrança fortemente emocional e/ou traumatizante, até então reprimida.”

Destarte, tendo em vista a pena criminal, “[...] as funções declaradas ou manifestas constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; ao contrário, as funções reais ou latentes encobertas pelas funções aparentes da pena criminal, constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena.” (SANTOS, 2005, p. 03)

Após trazer de forma geral as teorias que cuidam da finalidade da pena criminal, e apontar a existência das funções manifestar ou declaradas e funções reais ou latentes, abordaremos cada teoria com a intenção de fazer uma análise mais detalhada daquelas.

### **1.2.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena**

No presente tópico será necessário analisar o discurso oficial a respeito das teorias absolutas. Apesar de existir diversos autores que tratam da teoria absoluta, os representantes de maior importância das teorias absolutas da pena foram Kant e Hegel.

Importante destacar a diferença que diz respeito a fundamentação das teorias. Para Kant é de ordem ética, enquanto para Hegel é de ordem jurídica. (BITENCOURT, 2009)

De acordo com as reflexões de Kant, entende-se que quem não cumpre as determinações legais não é digno de um direito de cidadania. Deste modo, deveria o soberano aplicar um castigo àquele que transgrediu a lei. (BITENCOURT, 2009)

Tendo em vista as proposições filosóficas de Kant, a pena deve ser aplicada em razão do agente ter cometido um ilícito, não deve ter como objetivo atingir outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade. (BITENCOURT, 2009)

Para Bitencourt (2009, p. 89), “[...] o homem, na tese kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização”. O homem não deve ser utilizado com simples meio, deve ser considerado, em todas suas ações, como fim em si mesmo.

Consequentemente, pretender que o Direito de castigar o delinquente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido. (BITENCOURT, 2009)

Seguindo as linhas filosóficas de Kant, a pena se faz necessária somente quando há violação de uma regra. Para tanto, sua finalidade seria somente para realizar o ideal de justiça.

Em resumo, Kant considera que o delinquente deve ser castigado simplesmente pelo fato de ter praticado um delito, sem nenhuma considerações sobre utilidade para ele ou para os membros da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva (especial e geral) da pena. (BITENCOURT, 2009)

Assim, a aplicação da pena só se mostra adequada quando houver a violação de uma norma, ou seja, o cometimento de um delito. Deste modo, percebe-se o caráter retribucionista da pena.

Por outro lado, temos a tese de Hegel que se resume em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do direito”. Ao contrário da fundamentação kantiana, Hegel estabelece que a pena encontra-se justificção na necessidade de manter e restabelecer um conformismo geral ou uma vontade geral, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. (BITENCOURT, 2009)

Por ora, a pena vem “[...] retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena.” (BITENCOURT, 2009, p. 90)

Segundo o pensamento de Hegel, o Direito vem a ser uma expressão da vontade racional (vontade geral), uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito. (BITENCOURT, 2009)

O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional (vontade particular), configura, assim, essa comum contradição entre as duas vontades. Quando há a prática de um delito, perfaz-se a vontade irracional (vontade particular ou especial), que condiz com ação do delinquente. Contudo, “[...] o delito é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que desse modo, restabelece o direito lesado.” (1986 apud BITENCOURT, 2009, p. 90)

A pena tem o propósito de restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinquente, pois a pena é a “[...] lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido [...]” (BITENCOURT, 2009, p. 91) quando da transgressão da norma.

Kant e Hegel foram os mais expressivos, mas não os únicos defensores das teorias absolutas da pena. Destacam-se, também, Carrara, Binding, Mezger e Welzel. (BITENCOURT, 2009)

A função retributiva da pena é a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena, carrega consigo um arcabouço histórico da pena retributiva, que parece ser inexplicável: “[...] a pena como expiação da culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo.” (SANTOS, 2005, p. 04)

A ideia de retribuição jurídica, atualmente, busca aplicar a pena proporcionalmente ao injusto culpável, seguindo o princípio da justiça distributiva. Quer dizer “[...] essa concepção não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional a magnitude do injusto e da culpabilidade.” (PRADO, 2004, p. 515)

A sociedade, em geral, se sente satisfeita com esta finalidade da pena, pois a sensação de “pagamento” ou compensação está configurada, desde que a pena atinja a liberdade do condenado, ou seja, a pena seja privativa de liberdade. (GRECO, 2011)

Realizada a exposição das teorias absolutas ou retributiva da pena, onde advogam a tese de que a pena tem um caráter de expiação / compensação do mal (crime), apresentaremos, neste próximo momento, as teorias relativas ou preventivas da pena.

### **1.2.2 Teorias relativas ou preventivas da pena**

Após explanação da função da pena trazida pela teoria absoluta, cabe apresentar o discurso oficial das teorias relativas ou preventivas da pena. Os adeptos da prevenção especial e geral formularam críticas ao discurso retributivo da pena e elaboraram as teorias relativas ou preventivas, que serão analisadas logo abaixo no decorrer da pesquisa.

Segundo Alessandro Baratta (2002, p. 42, grifo nosso), a Escola Clássica e Escola Positiva da criminologia, pregando a ideologia da defesa social, apresentavam alguns

princípios cardeais desta ideologia. Dentre eles, cabe mencionar, neste momento oportuno, o princípio da finalidade ou da prevenção, que assim diz:

“A pena não tem, ou não tem somente, a **função** de retribuir, mas a de **prevenir o crime**. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a **função** de criar uma justa e adequada **contramotivação ao comportamento criminoso**. Como sanção concreta, exercer a função de ressocializar o delinquente.”

A pena é imposta, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque o indivíduo cometeu crime. Nas teorias relativas emprega-se a pena para que o delinquente não venha a praticar novos atos delitivos. (BITENCOURT, 2009)

Desta forma, as teorias relativas da pena não têm o caráter retribucionista, isto é, retribuir o crime cometido, busca, na verdade, prevenir a prática de novos delitos contra a coletividade. (BITENCOURT, 2009)

Corroborando a ideia da prevenção, Luiz Regis Prado (2004, p. 515) alega que a pena “ [...] justifica-se por razões de utilidade social.”

Conclui-se que a pena busca a defesa social, isto é, a pena constitui, em relação ao impulso criminoso, um contra-estímulo. Deste modo, objetivando proteger a sociedade contra os delitos.

Um dos precursores das teorias relativas foi Sêneca, que, utilizando-se de Protágoras e Platão, afirmou: “[...] nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.” (1984 apud BITENCOURT, 2009, p. 92)

Para as duas teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, as teorias relativas ou preventivas não veem a necessidade da pena baseada no ideal de justiça, mas como forma de inibir, na medida do possível, o cometimento de futuros delitos. A função preventiva da pena divide-se em duas vertentes: prevenção geral e prevenção especial. (PRADO, 2004)

As teorias relativas ou preventivas segue no seguinte sentido, sustentando que a pena deve ser imposta para evitar a prática de novos delitos. Como já foi dito acima, essas teorias se bipartem em prevenção geral e prevenção especial.

Discorrendo sobre o tema das teorias relativas ou preventivas da pena, passemos a analisar, separadamente, a prevenção geral e prevenção especial.

### 1.2.2.1 Prevenção geral

Em razão da divisão da função preventiva da pena, prevenção geral e prevenção especial, necessário compreender uma de cada vez. Num primeiro momento interessante se faz examinar a prevenção geral.

Os defensores da teoria preventiva geral de maior relevância foram: Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach. Este último foi o idealizador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras teorias jurídico-científica da prevenção geral, teoria esta essencial para as justificações da função do Direito penal. (BITENCOURT, 2009)

A teoria elaborada por Feuerbach sustenta a ideia de que através do Direito Penal poderia solucionar os problemas relacionados à criminalidade. De acordo com a teoria, isto seria possível com a cominação legal, ou seja, ameaça de imputação de pena, explicitando aos membros da sociedade quais as condutas que produziram uma reação de reprovação. Não deixando de confirmar a ameaça quando da aplicação da pena. (BITENCOURT, 2009)

No entendimento de Feuerbach, a pena é, realmente, uma “ [...] ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma ‘coação psicológica’ com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.” (BITENCOURT, 2009, p. 93) Alega Salo de Carvalho (2003, p. 117) que “[...] não existe ordem jurídica sem coerção.”

Entendia-se que “[...] o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga.” (1986 apud BITENCOURT, 2009) Já não se observa mais a parte da execução da pena, que muitas vezes imposta com crueldade. O fim pretendido é atingir alma / psicológico do delinquente.

A justificação se dá na busca de produção de efeitos inibitório à execução de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de modo abandonarem a ideia de praticar atos ilícitos em razão do receio de sofrer uma imposição de uma sanção penal. Assim, supõe um indivíduo que a todo momento pode apreciar, cuidadosamente, os prós e os contras da realização do delito e da imposição da pena. (PRADO, 2004)

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 09), a ideia da prevenção geral fundamenta-se em duas proposições básicas, quais sejam: “[...] evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna.”

Assim, apresenta-se a forma tradicional de intimidação penal, que representa a prevenção geral negativa, onde o “[...] Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça penal.” A pena aplicada ao infrator tende a refletir na sociedade. (SANTOS, 2005, p. 09)

Por outro lado, a função preventiva geral adquiriu uma forma pós-moderna, cujo o objetivo é demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico, assim, permitindo reafirmar a validade das normas. (SANTOS, 2005)

A função preventiva geral apoiada na forma tradicional e pós-moderna, representa as funções declaradas ou manifesta da pena, consubstanciadas no discurso oficial. (SANTOS, 2005)

O delito, provocando e estimulando a reação social, estabiliza e mantém vivo o sentimento coletivo que sustenta, na generalidade dos consócio, a conformidade às normas. (BARATTA, 2002)

Luiz Regis Prado (2004, p. 516) entende que são três efeitos principais que se pode observar na atuação de uma pena baseada na prevenção geral positiva:

“[...] em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.”

A crítica jurídica à prevenção geral negativa da pena consiste na ineficácia da função inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça penal, como demonstra a inutilidade das penas cruéis corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. (SANTOS, 2005)

Além disso, é possível apontar dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral negativa, quais sejam: a falta de critério limitador da pena e a natureza exemplar da pena, como prevenção geral negativa, viola a dignidade da pessoa humana, pois acusados reais são punidos de forma exemplar como o intuito de influenciar na conduta dos acusados potenciais,

ou seja, emprega um sofrimento maior aos acusados reais para desincentivar o comportamento criminoso dos acusados potenciais. (SANTOS, 2005)

A prevenção geral fundada na forma tradicional de intimidação (prevenção geral negativa) e na forma pós-moderna de inviolabilidade do ordenamento jurídico e reafirmação da validade das normas, constitui o discurso oficial, como fora exibido.

Para dar continuidade, traçaremos as linhas de raciocínio da prevenção especial (negativa e positiva).

### **1.2.2.2 Prevenção especial**

Agora, em seguida à apresentação da prevenção geral, passa-se a verificar a prevenção especial. Esta procura evitar a prática de delitos, tendo em vista a pessoa do delincente em particular, com intuito que este não volte a delinquir.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 97) “[...] a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.”

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 96), Von Liszt foi quem deu origem ao pensamento sobre a prevenção especial, assim, “[...] a necessidade da pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delincente, à intimidação daqueles não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.”

O interesse jurídico-penal não mais se fundamenta em restaurar o ordem jurídica ou a intimidação geral do membros da sociedade. A pena, conforme as ideias da prevenção especial, possui um caráter de defesa da sociedade. (BITENCOURT, 2009)

Dessarte, “o delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um *dano social*, e o delincente é um *perigo social* (um anormal) [...]” que põe em risco a ordem social. (BITENCOURT, 2009, p. 97)

A prevenção especial, defendida por alguns doutrinadores, cuida-se de observar a pessoa do delinquente com o fim de evitar que este venha a praticar novos delitos. (GRECO, 2011)

A prevenção especial possui duas direções, vejamos: prevenção especial negativa consistem em separar, segregar ou neutralizar o delinquente. A prevenção especial positiva ou de socialização busca inserir o criminoso na sociedade, conduzi-lo a socialização ou ressocialização. (MENDES, 2009)

A crítica jurídica relativa à prevenção especial positiva funda-se no pensamento de que os programas de ressocialização devem respeitar a vontade do preso, ou seja, o reeducando deve ter interesse em ser ajudado. (SANTOS, 2005)

O Estado não pode obrigar o condenado a se reeducar. Desta forma, “[...] o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.” (SANTOS, 2005, p. 08)

Ainda, afirma Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 08), que “[...] o generalizado reconhecimento da ineficácia corretiva e dos efeitos nocivos da pena privativa de liberdade é disfarçado ou encoberto, [...], por frequentes declarações simplistas de que ainda não temos nada de melhor do que a prisão.”

A prevenção especial, dividida em duas linhas: prevenção especial (positiva e negativa), de acordo com os autores que cuidam do tema, focaliza a pessoa do delinquente. A aplicação da pena, fundada na prevenção especial, busca evitar que o delinquente volte a praticar novos crimes por meio da segregação / neutralização, bem como intenta ressocializar o condenado para reinseri-lo no meio social.

Feita a abordagem das ideias referentes às teorias relativas ou preventivas da pena, prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa), examinaremos, a seguir, a teoria mista ou unificadora da pena.

### 1.2.3 Teoria mista ou unificadora da pena

Como já mencionada acima, a teoria mista ou unificadora da pena busca aglomerar em uma única teoria as características das teorias absoluta e relativa da pena. Logo, é de grande relevo estudar tal teoria para melhor compreender a função da pena.

As teorias mista ou unificadoras têm o objetivo de consubstanciar em conceito único os fins da pena. Dessarte, esta corrente passa a concentrar os aspectos mais relevantes expostos pelas teorias absolutas e relativas. (BITENCOURT, 2009)

Conforme Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 98), “[...] Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante.”

A pena, tendo em vista as teorias mistas, possui a característica da retribuição e da culpabilidade, como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. Desta feita, “[...] a pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.” (BITENCOURT, 2009, p. 99)

Inicialmente essa teoria mista ou unificadora, devido as insuficiências das teorias absolutas e relativas, permitiu justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena. Num segundo momento, a atenção da doutrina se volta a observar outras construções que possibilitasse unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágio da norma (cominação, aplicação e execução). (BITENCOURT, 2009)

Essa teoria centraliza o fim do Direito Penal na ideia de prevenção. A retribuição assumiria um papel apenas limitador das exigências da prevenção. (BITENCOURT, 2009)

Portanto, procedeu-se a combinação das teorias absolutas e relativas, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante a fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e prevenção especial. Assim, segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 12), a pena representaria:

“[...] (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção / reforço da confiança na ordem jurídica etc.”

Em outra perspectiva, essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa correspondem à execução penal. (SANTOS, 2005)

#### **1.2.4 Teoria da prevenção geral positiva**

A doutrina verificando inúmeras inconsistências na teoria mista ou unificadora, que não eram, suficientemente, capazes de sustentar tal teoria, e com isso, passou a investigar outras alternativas para a teoria do fins da pena.

A teoria da prevenção geral positiva apresenta duas subdivisões: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora. (BITENCOURT, 2009)

##### **1.2.4.1 A prevenção geral positiva fundamentadora**

A passemos a examinar, neste passo, a prevenção geral positiva fundamentadora, onde Wezel e Jakobs, dentre outros, podem ser considerados como representantes da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora. (BITENCOURT, 2009)

Welzel entende que o Direito Penal cumpre uma função ético-social, pois para ele mais importante que a proteção aos bens jurídicos, é a garantia da vigência real de ação da atitude jurídica. Assim, afirma Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 101) que:

“A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa. A mais importante missão do Direito Penal é, no entanto, de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, de forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito.”

Portanto, a tese de Wezel consiste em buscar na coletividade a manutenção fiel aos mandamentos do Direito. Não obstante haja ocorrência de delitos, transgressão da norma, esta continua existindo, mantendo sua vigência. (BITENCOURT, 2009)

No mesmo sentido, Jackobs entende que as normas jurídicas tem o objetivo de estabilizar e institucionalizar as vivências sociais, servindo, assim, como uma orientação da

conduta que os cidadãos devem observar diante das suas relações sociais. (BITENCOURT, 2009)

Caso ocorra uma infração que viole as regras estabelecidas, estas permanecem vigentes, continuam existindo, mesmo após a infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora. (BITENCOURT, 2009)

Portanto, lembra Jackobs (1995 apud BITENCOURT, 2009, p. 101) que “a pena serve para destacar com seriedade, e de forma ‘cara’ para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma”. Assim, enquanto o delito configura uma atitude negativa, em razão da transgressão da norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, constitui uma medida positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

#### **1.2.4.2 A prevenção geral positiva limitadora**

Dando continuidade à pesquisa da prevenção geral positiva, iremos pôr à vista a corrente que defende a prevenção geral positiva limitadora alega que a prevenção geral tem a função de limitar o poder punitivo do Estado. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 103), a pena “[...] como forma de castigar e sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, às quais não se subordinam as demais sanções.”

Logo, a pena deve ser imposta dentro dos limites do Direito Penal, considerando o fato, a culpabilidade e a proporcionalidade, não deixando de observar o procedimento formal que permite garantir todos os direitos previstos na ordem constitucional.

Afirma Hassemer (1984 apud BITENCOURT, 2009, p. 103) que:

“Através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio (o direito penal não é somente uma parte do controle social). A juridicidade dessa resposta (o Direito Penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena.”

O Direito Penal está vinculado às normas. Deste modo, a formalização do Direito Penal, tendo em vista a aplicação da pena, encontra limites. O objetivo é limitar a ação jurídico-penal estatal em atenção aos direitos individuais do cidadão. (BITENCOURT, 2009)

Os limites em que o Estado deve atuar tem de observar uma realidade concreta. Tais limites se materializam por meio dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, entre outros. O Estado não tem

legitimidade para invadir a esfera dos direitos individuais dos cidadãos, ressalvado um Estado totalitário. (BITENCOURT, 2009)

Assim, pode-se conceituar a prevenção geral positiva desde que seja possível impor a sanção penal, pena, levando em consideração os limites existentes, ou seja, é necessário uma harmonia entre aplicação da pena e o respeito aos limites. (BITENCOURT, 2009)

Ainda, dispõe Mirg Puig (1986 apud BITENCOURT, 2009, p. 104) que para “[...] compreender uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações.” (BITENCOURT, 2009)

A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral, em seus sentidos intimidatórios e limitadores, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente. “Ao mesmo tempo que com a execução da pena se cumprem os objetivos de prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinquente.” (BITENCOURT, 2009, p. 98)

O instituto da ressocialização implica um processo de comunicação e interação entre o delinquente e a sociedade. (BITENCOURT, 2009)

Conclui-se que o *jus puniendi* de um Estado social e democrático conta necessariamente com freios e limites, tendo em vista os direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa forma, Cezar Roberto Bitencourt aduz que a pena (2009, p. 98) “[...] sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar limites[...].”

Em seguida à apresentação da teoria da prevenção geral positiva limitadora, num próximo passo, cumpre esclarecer qual teoria é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.3 AS TEORIAS DA FUNÇÃO DA PENA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Tratando-se do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 não adota, expressamente, uma teoria ou uma doutrina em relação a função da pena. Contudo, de acordo com Código Penal Brasileiro, as penas consistem em duas finalidades, reprovar a conduta praticada pelo agente que não condiz com as normas, bem com prevenir as infrações futuras.

O art. 59, do CP, diz que “[...] o juiz [...], estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...].” Portanto, a pena aplicada pelo juiz deve atender aos seus objetivos, ou seja, tem de ser necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime.

Assim, entende-se pela unificação das teorias absolutas e relativas, pois o Código penal adotou os critérios de retribuição e prevenção. Logo, adotou a teoria mista ou unificadora da pena. Não se olvide que a pena aplicada tem de ser proporcional a gravidade do delito. (GRECO, 2009)

Discorrido sobre as teorias adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, verificando a tendência da legislação brasileira, especificamente o Código Penal Brasileiro, em observar as teorias absolutas e relativas da função da pena. Introduziremos, logo a seguir, o discurso crítico da teoria criminológica da pena.

### **1.4 O DISCURSO CRÍTICO DA TEORIA CRIMINOLÓGICA DA PENA**

Depois de expor as teorias que têm por objeto a função da pena, conforme o discurso oficial, definida como função declarada ou manifesta da pena criminal. Importante trazer à baila o discurso crítico da teoria criminológica da pena, com o intuito demonstrar a função real ou latente da pena criminal.

O discurso crítico da teoria criminológica da pena é formado por duas teorias principais, com métodos diferentes e propósitos comuns: (a) a teoria negativa / agnóstica da pena, fundada na dicotomia estado de direito / estado de polícia, tendo como precursores Raul Zaffaroni e Nilo Batista; (b) a teoria materialista / dialética da pena, estabelecida na distinção

entre funções reais e funções ilusórias da ideologia penal nas sociedades capitalistas, instituída por Pasukanis, Rusche / Kirchheimer, Melossi / Pavarini e Baratta. (SANTOS, 2005)

Essa breve explanação nos permite ter uma ideia do que será tratado nos tópicos seguintes. Quer dizer, a seguir traremos críticas a respeito das teorias estudadas até aqui e colocaremos à vista o discurso não oficial das mesmas.

#### **1.4.1 A crítica negativa / agnóstica da pena criminal**

Desta feita, passemos a analisar a teoria negativa / agnóstica da pena criminal que tem por fundamento modelos de ideais de estado de polícia e de estado de direito. (SANTOS, 2005)

O modelo ideal de estado de polícia é caracterizado pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalista, que busca dirimir os conflitos humanos através das funções manifestas positivas de retribuição e de proteção da pena criminal, de acordo com a vontade hegemônica do grupo ou classe que detém o poder. (SANTOS, 2005)

O modelo ideal de estado de direito é caracterizado pelo exercício de poder horizontal / democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos fraternos, cujo o objetivo é solucionar os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia. (SANTOS, 2005)

Do ponto de vista científico, a teoria negativa / agnóstica da pena trata-se de uma teoria que nega as funções declaradas ou manifestas da pena criminal, consolidadas no discurso oficial de retribuição e de prevenção geral e especial (positivas e negativas).

Por outro lado, outrossim, é uma teoria agnóstica das funções reais ou latentes da pena, pois “[...] renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos.” (SANTOS, 2005, p. 16)

Haja vista o âmbito político criminal, o propósito da teoria negativa / agnóstica da pena é, segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 16), “[...] ampliar a segurança jurídica de

todos os habitantes mediante redução do poder punitivo do estado de polícia e correspondente ampliação do estado de direito, pelo reforço de decisão das agências jurídicas [...].”

Assim, é possível limitar, porém incapaz de suprimir o estado de polícia, cujo poder maior transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar e controlar ideias, movimentos e dissidências.

O objetivo de conter o poder punitivo do estado de polícia, intrínseco em todo estado de direito, justifica a teoria negativa / agnóstica da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal. (SANTOS, 2005)

Em razão do discurso crítico da teoria negativa / agnóstica, conclui-se que “ [...] definir a pena como ato de poder político, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da guerra e rejeitar como falsas as funções manifestas ou declaradas da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com discurso de lei e ordem do poder punitivo”. (SANTOS, 2005, p. 17)

O que se tem é uma teoria cuja intenção é de manifestar-se no que pertine aos modelos ideais de estado de polícia e estado de direito, buscando apontar os limites que o estado de polícia deve obedecer.

Vale lembrar que essa teoria reclama um Estado de direito democrático. Portanto, uma escala horizontal do poder.

Depois de fazer exposição no tocante a teoria negativa / agnóstica, seguiremos explicando a crítica materialista / dialética da pena criminal.

#### **1.4.2 A crítica materialista / dialética da pena criminal**

Neste passo estudaremos o discurso crítico materialista / dialética da pena criminal, que tem por objeto três pontos importantes que serão abordados, quais sejam: (i) a pena como retribuição equivalente do crime; (ii) a prevenção especial como garantia das relações sociais; e (iii) a prevenção geral como afirmação da ideologia dominante. Assim, passemos à análise.

### 1.4.2.1 A pena como retribuição equivalente do crime

Não obstante apresentação do discurso crítico da teoria negativa / agnóstica, vale ressaltar a importância do estudo do discurso crítico da teoria materialista / dialética. Portanto, mister examinar o discurso crítico elaborado por esta.

A ideia da forma de retribuição da “devolução do mal com o mal”, constante no modelo arcaico, condiz com a mais primitiva maneira de realizar justiça. (CARVALHO, 2003)

O discurso crítico da teoria materialista / dialética da pena criminal intenta revelar a natureza real ou latente da retribuição penal nas sociedades contemporâneas. (SANTOS, 2005)

A teoria criminológica materialista / dialética mostra a emergência histórica da retribuição equivalente como fenômeno sócio-estrutural específico das sociedades capitalistas. Deste modo, afirma Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 19), que:

“[...] a função de retribuição equivalente da pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital / trabalho assalariado, porque existe como “forma de equivalência” jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas.”

A estrutura material que compõe as relações econômicas no sistema capitalista se baseia no princípio da retribuição equivalente, em todos os níveis da vida social, ou seja, trata-se da retribuição do trabalho pelo salário na produção de bens e serviços; da mercadoria pelo preço na distribuição social de bens e serviços. Logo, “[...] as formas jurídicas da formação social capitalista instituem a retribuição equivalente [...]” (SANTOS, 2005, p. 21)

Tratando-se da esfera da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída, em tese, sob a forma da pena privativa de liberdade, como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida, conforme o critério de valor da sociedade capitalista. (SANTOS, 2005)

O valor de troca da pena criminal existe como retribuição equivalente do crime. Por outro lado, o valor de uso da pena criminal consistiria nas funções de prevenção especial e prevenção geral, no sentido de funções declaradas ou manifestas atribuídas pela ideologia penal, fundada no discurso oficial da pena, ao valor de troca pena criminal. (SANTOS, 2005)

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 23), “a prevenção especial negativa de neutralização do condenado e a prevenção especial positiva de correção do condenado, vinculam a retribuição equivalente às funções reais / latentes de disciplina da classe trabalhadora.”

Ainda, Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 23), alega que:

“[...] a prevenção geral negativa de intimidação de criminosos potenciais e a prevenção geral positiva de integração / prevenção da pena criminal, como afirmação de validade da norma, [...], ou como afirmação de valores comunitários, [...], vinculam a retribuição equivalente da pena criminal às funções reais / latentes de preservação da ordem social fundada na relação capital / trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.”

Por consequência, se o valor de troca da pena criminal se concretiza na retribuição equivalente (função real ou latente), o valor de uso da pena criminal constitui utilidade atribuída ao valor de troca pena criminal, sob as formas de prevenção especial e geral, onde as funções declaradas / manifestas são consideradas ineficazes. (SANTOS, 2005)

Entretanto, frente as funções reais / latentes de garantia das condições fundamentais da sociedade capitalista, pode-se dizer que são eficientes. (SANTOS, 2005)

Desta forma, o valor de uso conferido à pena criminal, “[...] inútil do ponto de vista das funções declaradas ou manifestas do sistema penal, é útil do ponto de vista das funções políticas reais ou latentes da pena criminal [...]” (SANTOS, 2005, p. 24), precisamente porque a desigualdade social e a opressão de classe verificada na sociedade capitalista, é asseverada pelo discurso penal da correção / neutralização individual e da intimidação / reforço da finalidade jurídica do povo.

A pena criminal, portanto, representa retribuição equivalente, levando em consideração a gravidade do delito, medida pelo tempo de liberdade suprimida, determinada pela conjunção de desvalor da ação e de desvalor do resultado, e ligada funcionalmente à exigência da acumulação capitalista. (SANTOS, 2004)

Então, conclui-se que a pena criminal como retribuição equivalente significa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista, que deve permanecer enquanto subsistir a sociedade de produtores de mercadorias.

Apresentada a crítica quanto à pena como retribuição equivalente do crime, passemos a dispor, desde logo, sobre a prevenção especial como garantia das relações sociais.

### **1.4.2.2 A prevenção especial como garantia das relações sociais**

Esclarecida as críticas sobre a pena criminal como retribuição do crime, cabe apresentar as críticas que diz respeito a prevenção especial (negativa e positiva).

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante a privação de liberdade, em princípio não se pode contestar, pois há segregação do indivíduo de modo a impedir que este venha a reiterar ações criminosas fora dos limites da prisão. (SANTOS, 2005)

Contudo, a prevenção especial possui aspectos contraditórios. Tais aspectos são explorados pela moderna crítica criminológica.

De acordo com as teorias críticas, a privação da liberdade produz maior reincidência seja pelos efeitos reais nocivos que a prisão causa ou pela seletividade desencadeada pela mera prognose negativa da condenação anterior. (SANTOS, 2005)

Ainda, a privação da liberdade exerce influência negativa na vida do condenado, uma vez que ocorre a desclassificação social objetiva, com redução das chances de um comportamento futuro adequado à lei e formação subjetiva de uma auto-imagem de criminoso. Por isso, “[...] habituado à punição [...].” (SANTOS, 2005, p. 25)

O cumprimento da pena privativa de liberdade conduz a máxima desintegração social, “[...] com a perda do trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado [...].” (SANTOS, 2005, p. 25)

Nesta ocasião, a subcultura existente nos estabelecimentos prisionais produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, sendo capazes de excluir a reintegração social e introduzir o condenado nas carreiras criminosas. (SANTOS, 2005)

Pois, os costumes da subcultura prisional, como qualquer outro modelo de comportamento, se aprende conforme contatos específicos aos quais está exposto o sujeito, no seu ambiente social. (BARATTA, 2002)

Fora elaborada a teoria das subculturas criminais, baseada nas diversidades de chances que dispõe o indivíduo, através de meios legítimos, para alcançar os fins culturais pretendidos. (BARATTA, 2002)

A teoria das subculturas criminais pretende demonstrar que numa determinada sociedade subsistem valores e normas gerais, consideradas “oficiais”, e existe, paralelamente, valores e normas específicas de diversos grupos sociais (subcultura). (BARATTA, 2002)

Neste sentido, aduz Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 201) que “[...] inexistem um único sistema de valores, mas soma-se série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos mediante mecanismos de socialização e aprendizagem específicos dos ambientes e grupos sociais particulares nos quais se inserem.”

Nestes grupos sociais (subcultura) há uma interiorização de cada indivíduo, por meio de mecanismos de interação e aprendizagem, dos valores e normas do grupo que determinam, portanto, o comportamento daquele, em concurso com os valores e normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral “oficial”. (BARATTA, 2002)

Conforme Alessandro Baratta (2002), a dificuldade de acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais possibilita a ocorrência do pluralismo de subgrupos culturais, que detêm normas e modelos de comportamento alternativos à cultura oficial.

Deste modo, explica Alessandro Baratta (2002, p. 70), que “[...] a distribuição das chances de acesso aos meios legítimos, com base na estratificação social, está na origem das subculturas criminais na sociedade industrializada, especialmente daquelas que assumem a forma de bandos juvenis.”

Todavia, cabe salientar que só aparentemente está à disposição do indivíduo escolher o sistema de valores ao qual adere. “Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas [...]” (BARATTA, 2002, p. 74), e a transferência ao indivíduo de modelos de comportamentos, valores, normas e técnicas, embora ilegítimos.

Para Richard A. Cloward (1959 apud BARATTA, 2002, p. 70), dentre os diversos critérios que determinam o acesso aos meios ilegítimos, “[...] as diferenças de níveis sociais são, certamente, as mais importantes [...]”

Conjecturas negativas baseadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em lugares miseráveis, desencadeiam estereótipos justificadores da criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, onde o cumprimento da pena permite adquirir experiência subcultural de

prisonalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futura reinserções sociais no sistema de controle. (SANTOS, 2005)

Os estereótipos de criminosos estão relacionados à variáveis (*status* social, raça, cor, condição familiar, etc.), na maioria das vezes atributos pertencentes a pessoas dos estratos sociais inferiores, que torna-os efetivamente vulneráveis, não obstante outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização. (ANDRADE, 2003)

Portanto, “[...] a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinqüir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinqüentes.” (ANDRADE, 2003, p. 270)

O grau de periculosidade do condenado está vinculado à duração da pena privativa de liberdade, ou seja, o quanto da pena de prisão é proporcional à gravidade do delito. Dessarte, a experiência do preso com a subcultura da prisão possibilita “[...] maior reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*.” (SANTOS, 2005, p. 26)

Interessante citar o modelo penalógico elaborado por Kant, sustentado no princípio básico de que a pena “[...] não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem [...].” (CARVALHO, 2003, p. 122)

A crítica criminológica relativa a prevenção especial positiva da pena criminal (reeducação; ressocialização), tem o objetivo de “[...] demonstrar o fracasso histórico do projeto técnico corretivo da prisão, caracterizado pelo reconhecimento continuado do fracasso e pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado [...].” (SANTOS, 2005, p. 26)

Além disso, o fracasso do projeto técnico-corretivo da prevenção especial positiva pode ser revelado pelo estudo dos momentos de aplicação e de execução da pena criminal. (SANTOS, 2005)

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 26), “a crise da aplicação da pena reside na contradição entre o discurso do processo legal devido e a realidade do exercício seletivo do poder de punir [...].”

Por um lado, o discurso do devido processo legal, regido pela dogmática como critério de racionalidade, identifica o crime como realidade ontológica preconstituída, onde o sistema judiciário identifica e processa. (SANTOS, 2005)

A outro giro, a realidade do exercício seletivo do poder de punir, encoberta pelo discurso de devido processo legal, possibilita, de acordo com Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 27),

“[...] (a) compreender o crime como realidade social construída pelo sistema de controle social, (b) definir criminalização como um bem social negativo distribuído desigualmente pela posição social do autor e (c) identificar o sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso.”

A conduta desviante é estipulada por membros pertencentes a um grupo, comunidade e sociedade que “[...] a) interpretam um comportamento como desviante, b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a esta interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes, c) põem em ação um tratamento apropriado em face desta pessoa.” (BARATTA, 2002, p. 94)

Logo, o caráter de uma conduta criminosa e atribuição de criminoso a certos indivíduos depende de determinados processos sociais de definição, que atribuem à mesma tal caráter, e de seleção, que rotula o delinquente. (ANDRADE, 2003)

Em vista disso, pode-se afirmar que a criminalidade é uma realidade social constituída socialmente através de processos de definição e de interação, de forma altamente seletiva e desigual pelo controle social. (BARATTA, 2002)

Assim, infere-se que o comportamento em si não é parâmetro para verificar, conforme uma reação, se o sujeito está agindo dentro das condutas normais ou desviantes. O aspecto relevante é a interpretação do comportamento como desviante para determinado grupo, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado. (BARATTA, 2002)

Sendo assim, “[...] é a interpretação que decide o que é qualificado *desviante* e o que não o é.” (BARATTA, 2002, p. 95) Comportamento desviante é aquele considerado oposto do comportamento “normal”.

Interessante notar que a normalidade é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas sociais, obedecendo certos modelos de comportamento, e correspondente ao papel e à posição de quem atua. (BARATTA, 2002)

A qualidade de delinquente é atribuída por um juiz, que revela consequências jurídicas (responsabilidade penal) e sociais (estigmatização, mudança de *status* e de

identidade social, etc.). Assim, a sentença produz uma nova realidade para o imputado, porque coloca-o em um *status* que, sem aquela, não possuiria. (BARATTA, 2002)

Uma qualidade atribuída a determinados indivíduos através de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção, acaba transformando o cidadão em criminoso. (ANDRADE, 2003)

Portanto, o crime como realidade social construída, a criminalização como bem social negativo e o sistema judiciário criminal como instituição ativa na distribuição social da criminalização podem ser explicados pela lógica das metas-regras. (SANTOS, 2005)

Sack considera (1991 apud ANDRADE, 2003, p. 277), seguindo as linhas de Cicourel, “partindo da distinção entre ‘regras’ e ‘metarregras’, ou seja, entre as regras gerais e as regras (ou práticas) sobre interpretação e aplicação das regras gerais, [...], que as primeiras correspondem às ‘regras superficiais’, e as segundas, às ‘regras básicas’.”

Meta-regras possuem mecanismos psíquicos de natureza emocional capazes de atuar no cérebro do operador do Direito, constituídos de estereótipos, preconceitos, traumas e outras influências pessoais do intérprete, são hábeis para esclarecer a concentração da repressão penal em setores marginalizados ou subalternos. (SANTOS, 2005)

Por conseguinte, confirma a presença da criminalidade, principalmente, nas classes sociais inferiores, e pouco percebida nas classes superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza. (BARATTA, 2002)

Desta forma, deixando de lado o setor próprio das elites, por exemplo, os crimes que envolvem a economia e a ordem tributário do país. Isso porque o poder econômico e político da sociedade concentra-se nas mãos dos integrantes da classe do poder (poder econômico e político). (SANTOS, 2005)

Nas precisas lições de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 279)

“Enquanto as redes dos tipos penais são, em geral, muito finas quando se dirigem às condutas típicas contra o patrimônio e o Estado, são freqüentemente mais largas quando os tipos penais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.”

O que ocorre, portanto, é imunização das classes altas e criminalização das baixas. Visualizando a população carcerária, é possível perceber a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres. (ANDRADE, 2003)

O que se tem é uma dada sociedade, onde determinados indivíduos, pertencentes a certos grupos sociais e representantes de certas instituições, que possuem o poder de definição, isto é, poder: estabelecer quais os crimes devem ser perseguidos (poder de estabelecer normas penais) e de estabelecer quais pessoas devem ser perseguidas (poder de aplicar a norma). (BARATTA, 2002)

Alessandro Baratta (2002) chega a conclusão de que este problema conduz às leis, aos mecanismos e às estruturas sociais objetivas que regulam o poder de definição, a sua distribuição, as modalidades de um exercício em um dado contexto social, enquanto outros indivíduos e grupos sociais estão submetidos a este poder de definição.

Logo, percebe-se que o grupo social que detém o poder de criar e aplicar normas, utiliza-se da seletividade, onde a estrutura social e o antagonismo dos grupos tem influência fundamental na distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos.

A função seletiva do sistema penal em face dos interesses específicos dos grupos sociais, a função de sustentação que tal sistema exerce frente os outros mecanismos de repressão e de marginalização dos grupos sociais subalternos, tendo como beneficiário os grupos dominantes, parece, portanto, colocar-se como motivo central para uma crítica da ideologia penal. (BARATTA, 2002)

A classificação como desviante é um *status* social que caracteriza o sujeito quando lhe é conferido com exatidão uma “[...] etiqueta de desviante ou criminoso pelas instâncias que detêm o poder de definição.” (ANDRADE, 2003, p. 201)

A imputação dessa etiqueta é um momento primordial não apenas na construção da seletividade da criminalidade mas pelo seus reflexos na identidade do sujeito etiquetado. (ANDRADE, 2003)

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 218),

“A ‘criminalidade’ se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.”

O que se intenta é observar a criminalização primária para atingir formas de desvios típicas das classes e grupos socialmente mais fracos e marginalizados.

O emprego do aparelho penal com o objetivo de controle social para determinar (lei penal), valorar (processo) e transformar (pena) personalidade consideradas perigosas conforta um projeto político-criminal “[...] antidemocrático, [...] , típicos de sistemas totalitários.” (CARVALHO, 2003, p. 141)

A crítica que deve ser feita a respeito da execução da pena é simples: “[...] a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão [...]” (SANTOS, 2005, p. 28), isto é, a prisão somente ensina a viver na prisão.

Assim, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, ao retornar a convivência social se depara com as condições adversas que determinaram a criminalização anterior, condições estas que poderão fazer com que o se torne reincidente. (SANTOS, 2005)

O processo simultâneo de desculturação e aculturação “[...] designa aqueles mecanismos de adaptação pessoal à cultura da prisão desencadeados pela rotulação oficial do cidadão como criminoso [...]” (SANTOS, 2005, p. 28) que converte a auto-imagem e deforma a personalidade do condenado, entendida como uma nova (re)construção social, orientada pelos valores e normas de sobrevivência na prisão.

Segundo Alessandro Baratta, Lemert fez a seguinte distinção: delinquência primária e delinquência secundária. Este desenvolveu tal distinção com o propósito de mostrar como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem o poder de estigmatizar / rotular / etiquetar, gerando, “[...] através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.” (BARATTA, 2002, p. 89)

Os desvios sucessivos decorrentes da reação social (compreendida a incriminação e a pena) relacionada à delinquência primária, “[...] são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma [...]” (BARATTA, 2002, p. 90) O processo de criminalização secundária não faz mais do que acentuar o caráter seletivo do Direito Penal.

O comportamento desviante sucessivo à reação social revela um meio de defesa, de ataque ou adaptação aos problemas manifestos e ocultos gerados pelo primeiro desvio. (BARATTA, 2002)

Após o cumprimento da pena, o retorno do condenado, que aprendeu a viver na prisão, para as mesmas condições sociais adversas determinantes da criminalização anterior encontra um novo elemento, a atitude dos membros da sociedade. (SANTOS, 2005)

Pois, a expectativa da sociedade que o condenado se comporte como fora rotulado, ou seja, “[...] que assuma o papel de criminoso praticando novos crimes [...]” (SANTOS, 2005, p. 29), interrompe as supostas possibilidades de reinserção social e completa o modelo sequencial de formação das carreiras criminosas.

É visível a estigmatização ocasionada pelo desvio primário que tem seus efeitos específicos refletidos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto de reação social.

Em certa passagem do seu livro, Alessandro Baratta (2002), faz menção ao teorema W.I. Thomas, que na sua formulação original diz: “ [...] se algumas situações são definidas como reais, elas são reais na suas consequências”. Em outras palavras, se considerarmos como criminoso uma pessoa, é provável que ela se torne criminoso.

A criminologia inspirada no *labeling approach*<sup>2</sup>, tendo vista o desvio secundário e as carreiras criminosas, confronta-se com o princípio do fim ou da prevenção e, especialmente, o caráter reeducativo da pena. (BARATTA, 2002)

Na verdade, aduz Alessandro Baratta (2002, p. 90) que os resultados mostram que “[...] a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação

---

<sup>2</sup> Segundo Alessandro Baratta (2002), no seu livro *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito penal*, o *labeling approach*, ou enfoque da reação social, trata-se de uma teoria que se preocupa precipuamente com as reações das instâncias oficiais de controle social, considerando suas funções constitutivas em face da criminalidade. Assim, pretende estudar a ação do sistema penal frente à criminalidade, pois é aquele que a define e reage contra a mesma. Essa teoria sustenta que não é possível compreender a criminalidade se não estudar a ação do sistema penal. Neste aspecto, tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juizes. Ainda, defende que a criminalidade é uma realidade construída. A pesquisa dos teóricos do *abeling approach* segue duas direções: direcionou seus estudos a formação da “identidade” desviante, isto é, o efeito da estigmatização / etiquetamento de “criminoso” sobre a pessoa que se aplica a etiqueta; outra direção foi conduzir o estudo ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e indivíduos, abordou também o problema da distribuição do poder de definição, observando os que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, direcionou os estudos às agências de controle social.

da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.”

De tal modo, o cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa. Nota-se, portanto, que a prisão não reeduca, não ressocializar e não diminui a criminalidade.

Verifica-se, na verdade, que “ [...] num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode ‘reduzir’ precisamente porque a sua função real é ‘fabricar’ a criminalidade e condicionar a reincidência.” (ANDRADE, 2003, p. 291)

Resumindo, o fracasso histórico da pena de prisão tem por objeto as funções declaradas ou manifestas da pena (correção, ressocialização e reeducação), atribuídas pela ideologia do sistema punitivo. Funções estas impossibilitadas de serem atendidas através da instituição carcerária. Não se pode considerar o sistema carcerário um sistema de reinserção social. (SANTOS, 2005)

As funções reais ou latentes de controle seletivo da criminalidade, fundada em indicadores sociais negativos, e de garantia de relações sociais desiguais, baseadas na relação capital / trabalho assalariado, representam incontestável êxito histórico. (SANTOS, 2005)

Por fim, resta concluir que, não obstante as sociedades e as organizações sociais se manterem unidas pelo consentimento, um contrato universal, é bem verdade que a coação praticada por alguns sobre outros exerce forte influência na relação social.

Concluídas as críticas em relação a prevenção especial como garantia das relações sociais, iremos observar o discurso crítico que diz respeito à prevenção especial.

#### **1.4.2.3 A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante**

Depois dos esclarecimentos a respeito das críticas inerentes a prevenção especial (positiva e negativa), importante trazer o que os estudiosos da criminologia crítica tem a nos dizer sobre a prevenção geral (positiva e negativa).

A criminalidade não é o comportamento de uma restrita minoria, como é sustentado por uma concepção (ideologia da defesa social), mas, ao contrário, está presente no

comportamento da maioria dos membros da nossa sociedade, indivíduos que compõem a massa.

Consequências das pesquisas inerente à criminalidade do “colarinho branco” e “cifra negra” conduz a afirmar que “[...] a conduta criminal é ‘majoritária’, ou seja, o comportamento de muitos ou até da maioria do membros de nossas sociedades.” (ANDRADE, 2003, p. 264)

A criminalidade está presente em todos o níveis sociais. O que acontece é que a criminalidade é, constantemente, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. (ANDRADE, 2003)

A prevenção geral negativa com fulcro na intimidação geral dos cidadão, utiliza-se o indivíduo penalizado como “bode expiatório” a serviço do poder. (CARVALHO, 2003)

Isto nos permite deduzir que a pena baseada na prevenção geral fere o princípio da dignidade da pessoa uma, visto que utiliza o indivíduo com meio para conseguir atingir os fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia. (PRADO, 2004)

Neste sentido, a prevenção geral negativa como ameaça penal poderia gerar efeito desmotivador na prática de crimes de reflexão (crimes econômicos, ecológicos, tributário etc.), característicos do Direito Penal simbólico, mas não geraria qualquer efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo) próprios da criminalidade comum, presentes diariamente nos meios de comunicação de massa. (SANTOS, 2005)

Assim, preleciona Juarez Cirino dos Santos (2005, p.30), dizendo que:

“[...] a inibição de impulsos anti-sociais pela ameaça penal somente seria relevante no Direito Penal simbólico, destituído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado – mediante criação / difusão de imagens ilusórias de eficiência repressiva na psicologia do povo –, mas é absolutamente irrelevante no Direito Penal instrumental, cujo o objeto é delimitado pela criminalidade comum, área de incidência exclusiva da repressão penal seletiva.”

Já a prevenção geral positiva é fenômeno contemporâneo ao Direito Penal simbólico, influenciado pela pressão corporativista de sindicatos, associações de classes, partidos políticos, organizações não-governamentais, entre outros. (SANTOS, 2005)

O Direito Penal simbólico “[...] representado pela criminalização de situações sociais problemáticas nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, em que o Estado não parece interessado em soluções reais, mas em soluções penais simbólicas

[...]” (SANTOS, 2005, p. 31), onde é possível apontar a frequente subordinação de direitos humanos à exigências de funcionalidade de sistema econômico, ecológico, por exemplo.

Logo, fica evidenciado que o Direito Penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas, isto é, criação de imagens ilusórias no psicológico do povo. (SANTOS, 2005)

Deste modo, alega Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 32) que:

“[...] o segmento legal conhecido como Direito Penal simbólico, caracterizado pela criminalização do risco em áreas cada vez mais distantes do bem jurídico – a pós-moderna criminalização do perigo abstrato –, não tem função instrumental, apenas função simbólica de legitimação do poder político.”

Tendo em vista as áreas das situações problemáticas, o Direito Penal parece interessado em produzir símbolos no imaginário popular, com o objetivo oculto de legitimar o poder político do Estado e utilizando o Direito Penal como instrumento de política social. (SANTOS, 2005)

A legitimação do poder político do Estado se consagra com a criação de uma aparência de eficácia repressiva, quando da luta contra o crime, considerado como inimigo comum, “[...] que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político.” (SANTOS, 2005, p. 32)

Um exemplo, elaborado por Juarez Cirino do Santos (2005, p. 32), diz que “[...] apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável exclusivamente por sua conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos políticos de conservação / reprodução do poder.”

Por fim, cabe salientar que a legitimação do Direito Penal pelo papel ideológico de criação de símbolos no imaginário do povo é simbólica, porém identifica-se o efeito instrumental. (SANTOS, 2005)

A legitimação considera-se simbólica porque a penalização das situações problemáticas não significa solução real do problema, mas simples solução penal para satisfação da opinião pública. (SANTOS, 2005)

Não propicia nenhuma solução, mas possui efeito instrumental, pois “[...] legitima o Direito Penal como programa desigual de controle social, agora revigorado para a repressão

seletiva [...]” (SANTOS, 2005, p. 33) em razão dos indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em bairros mais humildes etc.

Os interesses que estão na base da formação e da aplicação do Direito Penal remete a interesses dos grupos sociais que tem o poder de influenciar no processo de criminalização. Deste modo, “[...] os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todo os cidadãos;” (BARATTA, 2002, p. 119)

Este conflito de interesse é abordado pelas teorias conflituais da criminalidade, as quais desejam demonstrar esse conflito de interesses / poderes.

Definindo o objetivo das teorias conflituais, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 202) entende que estas têm o propósito de “[...] localizar as verdadeiras variáveis do processo de definição nas relações de poder e nos grupos sociais, tomando em conta a estratificação social e os conflitos de interesse.”

Ainda, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 202) aduz que:

“Estas teorias puderam determinar em ditas relações a base não só da desigualdade de distribuição do *status* de criminoso, mas também a desigual distribuição entre os grupos sociais de poder de definição, do qual aquele *status* e as mesmas definições legais de criminalidade dependem.”

Diante disto, torna-se uma relação política de domínio de alguns indivíduos sobre outros. (BARATTA, 2002)

Então, a desigualdade restaria configurada “[...] através da violência que exerceram uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes correspondia.” (1998 apud CARVALHO, 2003, p. 129)

Neste sentido, crime é “[...] o comportamento político, e o criminoso torna-se, na realidade, um membro de um ‘grupo minoritário’, sem base política suficiente para dominar e controlar o poder de polícia do Estado.” (BARATTA, 2002, p. 128)

Portanto, a criminalidade e todo o direito penal têm, sempre, natureza política. E a pena pode ser compreendida como “[...] instrumento jurídico-político de manifestação do poder no controle social.” (BARATTA, 2002, CARVALHO, 2003, p. 119)

Diga-se de passagem, que o discurso efficientista da prevenção geral positiva possibilita justificar a redução ou exclusão de direitos e garantias constitucionais de liberdade,

igualdade, presunção de inocência, entre outras garantias pertinentes ao processo penal constitucional. (SANTOS, 2005)

Ainda mais, permite encobrir ou disfarçar a relação criminalidade com a estrutura de desigualdade da sociedade contemporânea, estabelecida pelo Direito e garantida pelo poder do Estado. (SANTOS, 2005)

A aplicação seletiva das sanções penais, conferida por membros do grupo dominante, principalmente o cárcere, é “[...] um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade.” (BARATTA, 2002, p. 166)

Tais sanções atinge, sobretudo, o *status* social dos indivíduos integrantes dos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. (BARATTA, 2002)

Como é sabido, a estrutura social não possibilita, na mesma medida, que membros de uma mesma sociedade reproduzam comportamentos ao mesmo tempo conforme às normas e valores. Não obstante a estrutura sócio-econômica ofereça aos indivíduos, pertencentes a diferentes níveis do estrato social, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar suas metas. (BARATTA, 2002)

A desproporção existente entre fins culturalmente perseguidos e meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, [...] está no origem dos comportamentos desviantes.” (BARATTA, 2002, p. 63)

Logo, a posição que indivíduo ocupa na sociedade é relevante, pois se dispusesse de meios legítimos para alcançar seu objetivo, teria menos possibilidade de praticar um comportamento desviante. Dessarte, somente em nível de igualdade substancial seria possível afirmar ser livre a opção do indivíduo em negar a regra. (BARATTA, 2002)

Destarte, induz a concluir que a função declarada ou manifesta da pena de prevenção geral negativa, como ameaça penal (intimidação), ou de prevenção geral positiva, consubstanciada na proteção de valores sociais fundamentais ou afirmação da validade da norma, atribuídas pela ideologia do discurso oficial do sistema penal criminal, é o discurso encobridor da função real ou latente da pena criminal. (SANTOS, 2005)

Nesta ocasião, a função real ou latente da pena criminal busca garantir a ordem social capitalista, fundada na separação força de trabalho / meios de produção, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas. (SANTOS, 2005)

Numa sociedade desigual a forma mais correta de exigir que as normas sejam observadas é distribuindo a riqueza e a educação, igualmente, entre as massas. (CARVALHO, 2003)

Depois de discorrer sobre o discurso crítico das prevenção geral como afirmação da ideologia dominante, o foco será as teorias unificadas como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal. Deste modo, passemos a analisar.

### **1.4.3 As teorias unificadas como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal**

Por derradeiro, mister fazer a explanação a respeito das teorias unificadas da função da pena criminal, observando as críticas jurídicas e criminológicas.

A crítica jurídica e criminológica inerente às teorias unificadas alega que os defeitos de cada teoria isolada não desaparecem com a reunião das funções de compensar ou expiar a culpabilidade (retribuição), de corrigir e neutralizar o criminoso, e de intimidar o autores potenciais e de manter / reforçar a validade do Direito. (SANTOS, 2005)

Logo, completar a função de retribuição com a prevenção especial ou geral implica reconhecer a insuficiência da retribuição, assim, autoriza disfarçar a retribuição sob forma de prevenção. (SANTOS, 2005)

Além disso, entender que a pena criminal possui diferentes funções, determinada pela junção das teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, “[...] significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.” (SANTOS, 2005, p. 34)

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 34), o argumento da crítica criminológica pode ser sintetizado em duas razões basilares:

“[...] primeiro, o feixe de funções conflitantes das teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada ou manifesta da pena criminal – ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico

capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.”

Destarte, tendo em vista a crítica jurídica criminológica, as teorias unificadas da pena criminal são consideradas inconsistentes. Portanto, impossibilitada de atender as funções reais ou latentes da pena.

## 1.5 SÍNTESE

Depois de apresentar todas as teorias que tratam da finalidade da pena e os discursos críticos relativos às mesmas, importante fazer algumas considerações a fim de concluir o presente capítulo.

Criminologia crítica demonstra que o Direito Penal é um sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções.

Assim, em se tratando de definição de crimes, busca-se proteger os bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes sociais do alto escalão nas relações de produção / circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas. (SANTOS, 2005)

Já abordando o âmbito da aplicação da pena, é possível verificar a estigmatização seletiva dos indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social. (SANTOS, 2005)

Agora, ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção / distribuição material, mas com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo. (SANTOS, 2005)

Portanto, fica evidenciado o significado de conservação e de reprodução social realizado pelo programa desigual e seletivo do Direito Penal, cujas as sanções estigmatizantes interpretam duas funções, quais sejam: “[...] de um lado, a função política de garantir a escala social vertical; de outro lado, a função ideológica de encobrir / imunizar comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade” (SANTOS, 2005, p. 35).

De sorte que, a criminalização primária, em razão da ideologia de proteção aos bens jurídicos, oculta a realidade da proteção seletiva de bens jurídicos relevantes para atender os interesses e privilégios das classes sociais hegemônicas. (SANTOS, 2005)

Por isso, ocorre a criminalização dos comportamentos típicos das classes sociais subalternas – especialmente marginalizados sociais –, e exclusão dos comportamentos socialmente maléficos das classes hegemônicas da formação social.

Visando a criminalização secundária, a posição do acusado no processo penal – [...] encoberta pela posição processual de autor ou partícipe do fato punível [...] (SANTOS, 2005, p. 36) – representa variável decisiva do processo penal.

Admite-se, pois, duas direções: concentração das chances de prática de crimes nos marginalizados sociais e nos assalariados de baixa renda (subproletariados), e imunização da responsabilidade penal das elites do poder econômico e social. (SANTOS, 2005)

Desta forma, preconiza Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 36, grifo nosso):

“Em linhas gerais, pode-se dizer o seguinte: a) por um lado, a pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa, executada mediante a função de neutralização de condenados reais – eventualmente, com função complementar de intimidação de autores potenciais; b) por outro lado, a função de prevenção especial positiva de correção individual através da execução penal – destruída pela experiência histórica e arquivada pelo *labeling approach* –, assim como a função de prevenção geral positiva de afirmação da validade da norma – desmantelada pela demonstração materialista / dialética da correlação sistema penal / mercado de trabalho, porque os sistemas de produção descobrem a punição correspondente às suas relações produtivas [...] e porque a disciplina do sistema punitivo, como mecanismo de poder para produzir indivíduos dóceis e úteis, constitui instrumento de controle diferencial das ilegalidades [...], com o objetivo de adequar a força de trabalho às necessidades do capital, determinada pela correlação cárcere / fábrica [...] – **constituem discurso oficial legitimador das funções reais ou latentes da pena criminal, que garantem a desigualdade e a opressão social da relação capital / trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.**”

Considerando o pensamento do Juarez Cirino dos Santo, ora exposto, podemos dizer que a relação capital / trabalho, no seio de uma sociedade capitalista e contemporânea, está intimamente ligado ao discurso oficial que legitima as funções reais ou latentes da pena, as quais possibilitam manter uma relação de desigualdade social, assim como permitem que uma classe – que detêm o poder – exerça o domínio sobre a classe mais baixa.

Por consequência, a pena criminal consiste na retribuição equivalente visando as sociedades capitalistas, “[...] fundadas no valor de troca medido pelo tempo (a) de trabalho social necessário, na economia e, por isso, (b) de liberdade suprimida, no Direito [...]” (SANTOS, 2005, p. 37), que não pode ser esclarecida ou justificada pelas teorias

preventivas isoladas ou unificadas da pena criminal, como valores de uso atribuídos à retribuição equivalente da pena.

Não se olvide que a pena como retribuição equivalente do crime exprime um Direito Penal desigual, onde a criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, determinados pelos indicadores sociais negativos que produzem estereótipos, preconceito e outras idiosincrasias pessoais do agente que está submetido ao controle social, “[...] cuja natureza mais ou menos inconsciente contribui para deformar os mecanismos psíquicos dos protagonistas do sistema penal, excluindo ou reduzindo a função de critério de racionalidade atribuído à dogmática penal.”(SANTOS, 2005, p. 37)

As teorias da pena criminal fundada na pretensão de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle e redução da criminalidade, tendo em vista pesquisas empíricas nas quais a reincidência é uma constante, apresenta-se como uma promessa falsa, melhor dizendo, não verificadas nem verificáveis empiricamente. (ANDRADE, 2003)

De modo a concluir as críticas inerentes às teorias sobre as funções da pena, Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, 2005, p. 38), faz o seguinte questionamento: “[...] parece inevitável a pergunta: por que fazer dogmática penal?”

E a resposta: o significado da dogmática penal depende do critério que informa o trabalho científico em Direito Penal. Assim, fazer dogmática penal como critério de racionalidade do sistema punitivo, significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral. (SANTOS, 2005)

De outro modo, fazer dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado na esfera da liberdade individual – e portanto, capazes de impedir ou de amenizar o sofrimento humano produzido pela desigualdade e pela seletividade do sistema penal – constitui tarefa científica de grande significado democrático nas sociedades contemporâneas. (SANTOS, 2005)

Para Tobias Barreto (1996 apud CARVALHO, 2003, p. 146) “[...] o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.” Resta concluir que a questão criminal como um todo é uma questão eminentemente política!

Para arrematar e dar continuidade à pesquisa é fundamental relacionar a finalidade da pena com a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos. Desta forma, foi de extremo relevo discorrer sobre as teorias da pena e seus discursos críticos com o escopo de averiguar, caso seja necessário a substituição da pena, tendo em vista o tráfico de drogas, se esta irá cumprir a função almejada. Função esta que está baseada na reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 59, do Código Penal.

Discorreremos no segundo capítulo sobre as penas admissíveis na Constituição com o intuito de verificar quais as penas possíveis no nosso ordenamento. Do mesmo modo, faremos uma análise no tocante à Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), uma vez que o tráfico ilícito de entorpecente é crime equiparado ao hediondo. Por conseguinte, é importante trazer à tona esta lei, pois as regras desta aplica-se subsidiariamente aos crimes de tráfico de drogas, de acordo com o art. 2º, da Lei nº 8.072/1990.

Um outro ponto relevante que será abordado a seguir será a questão das penas restritivas de direitos, buscando apresentar a origem das mesmas e os requisitos necessários à substituição.

Como o tema trata da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006, mister fazer a apresentação do regime anterior (Lei nº 6.368/1976) para tomarmos ciência de como era tratado o assunto, e fazer explanação daquela com o objetivo investigar como está sendo discutido essa questão atualmente.

Apresentaremos os argumentos que entendem não ser possível a substituição devido a afronta a ordem constitucional; e por outro lado, existe uma corrente que defende ser possível a substituição, apoiando-se em princípios constitucionais. Portanto, o objetivo é compreender melhor a controvérsia existente na Lei Antidroga perante a Constituição.

Por último, como foco principal do trabalho, essencial trazer a posição do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, tendo em vista a lei vigente (Lei nº 11.343/2006).

Como a presente monografia tende a esclarecer a questão da constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidroga), importante foi estudar as teorias da pena e as teorias criminológicas das penas (teorias críticas) com intuito de verificar se a substituição da pena atingirá o fim desejado.

A Constituição Federal de 1988 pretende ser uma ordem fundamental mais garantista, isto é, objetiva assegurar o bens jurídicos de mais relevância, assim, impondo limites a atuação Estatal. Todavia, havendo necessidade da atuação do Estado, este deve restringir no mínimo o direito do indivíduo.

Observando o tema da presente monografia, substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, para que o Estado prive no mínimo a liberdade do indivíduo, sem ser com a prisão, aplicar-se-á um pena alternativa. Conforme a Constituição Federal, a regra é a liberdade do cidadão, exceção é encarceramento do mesmo. Portanto, se o delinquente possui características que permitem a substituição da pena, interessante adotar medidas menos nocivos ao condenado, pois como é sabido a prisão pode trazer vários fatores maléficos à vida deste, assim, refletindo na vida social.

## Capítulo 2 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PENAS ADMISSÍVEIS

Como o assunto da presente monografia, a constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), está relacionado à pena, importante por à vista as penas admitidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, já que se trata da carta fundamental.

### 2.1 TIPOS DA PENA ADMITIDOS

O constituinte, quando da elaboração da carta maior, estabeleceu no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que “[...] a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; (e) suspensão ou interdição de direitos;”

Por outro lado, no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, informa quais as penas proibidas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o dispositivo constitucional determina que “[...] não haverá penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, [...]; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; (e) penas cruéis;”

No que diz respeito à pena de morte, é da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la. José Afonso da Silva (2011, p. 201), afirma que “uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte.”

A vedação da pena de morte no ordenamento jurídico é derivada da função do contrato social, com a qual aquela contrastaria logicamente, já que é “[...] impensável que os indivíduos espontaneamente coloquem no depósito público não só uma parte da própria liberdade, mas sua própria existência.” (BARATTA, 2002, p. 35)

Todavia, a Constituição Federal admite tão somente a aplicação da pena de morte nos casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Pois, neste caso, “[...] a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial.” (SILVA, 2011, p. 201)

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 650), “[...] em razão do aumento da criminalidade, tem surgido propostas de emenda constitucional com o objetivo de introduzir-lá entre nós para aplicação aos crimes comuns.”

Daí surge a pergunta se seria possível acolher tal medida tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, uma vez que esta-se diante de um “[...] postulado que não poderá ser flexibilizado ou relativizado em face da proibição da cláusula pétrea.” (MENDES, 2009, p. 650)

Da mesma forma repudia-se a pena de caráter perpétuo, pois prevê o Código Penal que a pena máxima a ser aplicada para cumprimento não pode ultrapassar o limite máximo de trinta anos.

Cabe salientar que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando se trata de extradição em relação aos crimes para os quais é cominada pena de morte ou de prisão perpétua, não concede a extradição, condicionando o deferimento da extradição à conversão da pena. (MENDES, 2009)

A proibição das penas de caráter perpétuo levanta uma questão também sobre a proporcionalidade da pena, em razão da idade ou o estado de saúde do condenado. (MENDES, 2009)

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 650), a proibição da pena perpétua repercute em outras relações fora da esfera propriamente penal, “[...] tendo o Supremo Tribunal Federal já asseverado ser inadmissível aplicação de pena de proibição de exercício de atividade profissional com caráter definitivo ou perpétuo.”

A Constituição Federal proíbe, igualmente, a pena de trabalhos forçados. O trabalho eventualmente exercido pelo preso há de ser remunerado, conforme determina o art. 39, do Código Penal. (MENDES, 2009)

Importante trazer uma questão relativo à pena de prestação de serviço à comunidade, introduzida pela Lei nº 7.209/84. Neste contexto, não há que se falar em trabalho forçado, pois trata-se de uma pena que impõe uma restrição de direito consistente na prestação de uma atividade de interesse social. (MENDES, 2009)

A Carta Magna procura vedar também a pena de banimento, que consiste, como previsto no Código Penal de 1890, “[...] na privação dos direitos de cidadania brasileira e na proibição de habitação em território nacional.” (MENDES, 2009, p. 650)

Da norma constitucional infere-se também que é vedada aplicação de qualquer pena que imponha ao condenado a proibição de residir em dado local ou deixar de residir em determinado lugar (pena de degredo ou desterro). (MENDES, 2009)

Embora a Constituição elenque, de forma exemplificativa, as penas aplicáveis ou não, é certo que não adota uma doutrina ou teoria quanto à função da pena. (MENDES, 2009)

## **2.2 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/1990)**

Após explanar sobre as penas admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, com base na Constituição Federal, neste tópico procura-se trazer à tona a questão dos crimes hediondos e equiparados (ou assemelhados).

Como a temática apresentada pela monografia trata da constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Antidrogas), importante abordar a questão dos crimes hediondos, em virtude do crime de tráfico ilícito de entorpecente ser considerado crime equiparado aos hediondos.

Assim, deve-se observar todas as restrições e peculiaridades previstas na Lei nº. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), quando houver a prática do crime de tráfico de drogas.

A Lei dos Crimes Hediondos fora criada com o objetivo dar uma resposta a crescente onda de crimes violentos, especialmente o crime de extorsão mediante sequestro, em razão da “[...] pressão dos meios de comunicação social que clamavam pela adoção de medidas mais severas [...]” (ALMEIDA, 2004, p. 116).

Com isso, foi editada a Lei nº. 8.072/1990 consistente na ideia do direito penal simbólico, pois pretendia dar uma satisfação à opinião pública, sem, contudo, alcançar qualquer resultado prático na redução dos índices de criminalidade. (ALMEIDA, 2004)

A Lei ora em comento, em seu art. 1º, traz uma enumeração taxativa dos crimes que são considerados hediondos. Assim dispõe:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, [...], consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2.º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, §3.º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2.º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1.º e 2.º);

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1.º e 2.º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, §1.º);

VII-A - (*Vetado*)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e § 1.º, § 1.º A, § 1.º B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2-7-1998).

Parágrafo Único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.”

O legislador adotou o critério legal, estabelecendo taxativamente quais os crimes considerados hediondos e equiparados, isto é, somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. No art. 2º, a lei menciona outros delitos igualmente graves, que recebem o mesmo tratamento dos crimes acima referidos, e que são denominados de crimes equiparados (ou assemelhados) a hediondos. (ANDREUCCI, 2011)

Segundo Fernando Capez (2010, p. 198), “[...] de acordo o art. 2º da Lei, são crimes equiparados [...]” aos crimes hediondos: os crimes de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006), tortura (Lei n. 9.455/97) e terrorismo (art. 20 da Lei n. 7.170/83). Não foram incluídos no rol legal, portanto, não são considerados crimes hediondos, mas equiparados / assemelhados.

Então, o legislador, tendo em vista a gravidade desses delitos, optou por conceder tratamento igualmente severo, possibilitando a aplicação da Lei nº 8072/1990, pois trata-se de crimes equiparados aos hediondos.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, XLIII, enumera determinados crimes que necessitam de um tratamento mais severo, assim, “[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos com crimes hediondos [...]”.

Ainda, traz o art. 2º da Lei nº 8.072/90 que : “[...] Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; [...]”. Portanto, a lei especial reafirmou a vedação imposta pela Constituição Federal da concessão dos institutos aos crimes hediondos e equiparados.

Destarte, os crimes de tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. O legislador originário dispensou uma atenção especial em relação a estes delitos, portanto, preocupou-se em dar um tratamento mais rigoroso, pois entendeu que seriam crimes que causam uma reprovação social de maior relevância. (CAPEZ, 2010)

Originariamente, o art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/1990 determinava que os crimes hediondos e os equiparados seriam insuscetíveis de liberdade provisória e a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, vedando-se qualquer espécie de progressão de regime. Por conseguinte, não seria possível substituir a pena de prisão por restritivas de direito, tendo em vista a necessidade de cumprimento da pena integralmente em regime fechado. Essa previsão legal, tal como ocorreu com outros dispositivos, causou discussões acaloradas na doutrina e jurisprudência. (ANDREUCCI, 2011)

Em decisão polêmica o Supremo Tribunal Federal, em julgamento, na sessão de 23 de fevereiro de 2006, ao apreciar o HC 82.959/SP, reconheceu, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por entender que feria o princípio da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e de penas cruéis.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que “[...] **conflita com a garantia da individualização da pena** – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do **cumprimento da pena em regime integralmente fechado** [...]”. (STF, 2006, grifo nosso).

Portanto, diante de uma nova orientação a cerca do princípio da individualização da pena, “[...] em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”. (STF, 2006).

Deste modo, o Supremo Tribunal afastou a proibição da progressão de regime de cumprimento de pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, cabendo ao juiz da execução penal, analisar os pedidos de progressão, considerando o comportamento de cada apenado (o que caracteriza a individualização da pena) que é imprescindível para análise da concessão ou não do benefício. (ANDREUCCI, 2011)

De toda sorte, a possibilidade de substituição da pena só se tornou possível quando o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990.

Com intuito de eliminar tal problemática sobre o cumprimento da pena prevista para os crimes hediondos e equiparados, adveio a Lei nº 11.464/2007, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 8.072/1990, a qual informou que não mais se exige o cumprimento da pena integralmente em regime fechado. Entendeu-se que “ [...] **o regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a ideia de individualização.**” (MENDES, 2009, p. 658, grifo nosso).

A nova redação do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990 (grifo nosso), dada pela Lei nº 11.464/2007, determina que “ [...] a pena por crime previsto nesse artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado”.

Deste modo, passou-se a permitir a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para os crimes considerados hediondos e equiparados, como é o caso do tráfico de drogas, já que o regime exigido para o cumprimento da pena é inicialmente fechado.

Quando exigia-se o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, independentemente do montante da pena fixada ao infrator, teria este que cumprir toda a pena em regime fechado, ou seja, cumprimento da pena na prisão. Assim, limitava a possibilidade de concessão conversão da pena prisão em restritivas de direitos.

Todavia, há divergência na doutrina e jurisprudência com relação à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista os crimes hediondos e equiparados. (ANDREUCCI, 2011)

Considerando que o tráfico de drogas faz parte da discussão da presente monografia, apresentar as questões relevantes da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) fora de suma importância, porque o crime de tráfico de drogas é considerado crime equiparado aos hediondos. Logo, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes deve observar as regras da Lei nº 8072/1990.

## 2.3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Neste tópico iremos expor sobre as penas restritivas de direitos, pois como o tema da presente monografia trata da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos, explorar estas ultimas é interessante para o desenvolvimento da pesquisa.

As penas restritivas de direitos apareceram tardiamente no nosso ordenamento jurídico brasileiro, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal. O objetivo era substituir as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, visando eliminar os malefícios do cárcere. (BOSCHI, 2004)

Entretanto, foram recebidas com receio, pois a mitigação do rigor punitivo, no que tange as penas privativas de liberdade, “[...] poderia gerar-se risco de intensa reprodução da violência, da criminalidade e da impunidade, já que ‘poucos iriam para a cadeia’.” (BOSCHI, 2004, p. 367).

Cabe ressaltar que, na verdade, as penas restritivas não eram novidade, porque nosso país já havia adotado, no passado, espécies de penas restritivas, por exemplo, o banimento. Mas só passou a compor a ordem jurídica com a Reforma da Parte Geral do Código Penal. (BOSCHI, 2004)

No direito estrangeiro, há tempo já adotavam tais medidas. Assim, nas lições de José Antônio Paganella Boschi (2004, p. 367):

“A Rússia, desde 1926, já adotava a pena de trabalhos à comunidade, e a Inglaterra, em 1948, passou a impor a pena de fim de semana para menores infratores. A Alemanha fez o mesmo em 1953, a Bélgica adotou o arresto de fim de semana para penas detentivas inferiores a um mês, em 1963, e, no ano de 1967, o Principado de Mônaco instituiu uma forma de execução fracionada de pena de liberdade, semelhante à limitação de fim de semana.

Políticas de desprisionalização já estavam em curso na Austrália, em 1972, em Luxemburgo, em 1976, no Canadá, em 1977, na Dinamarca e em Portugal, em 1982, e na França, em 1983 [...]”

A desconfiança que se tinha do não atendimento da função das penas restritivas e o conseqüente aumento da violência, da criminalidade e da impunidade no Brasil, teve menos ligação com o novo sistema de penas e mais com a mutação do perfil do país, isto é, a industrialização, migração dos campos para as cidades, desemprego, falta de habitação e a ausência de políticas públicas voltadas à solução dos crônicos problemas sociais daí decorrentes (falta de educação, saúde, desemprego e miséria). (BOSCHI, 2004)

Afirma José Antônio Paganella Boschi (2004, p. 368), “[...] ante o fracasso da penitenciária como ambiente ‘ideal’ de ressocialização, que o caminho na direção de um novo sistema penal orientado pela prevenção e reintegração passa pelas penas restritivas.”

O fundamento que as penas restritivas se utilizam se baseia na ideia de que os autores de crimes de menor impacto social devem permanecer em regime de liberdade, de modo a não sofrer os efeitos danosos causados pela prisão. (BOSCHI, 2004)

Assim, consta da Exposição de Motivos do Código Penal, Lei nº 7.209, 11 de julho de 1984, no item 26 e 27 (ANGHER, 2011, grifo nosso):

“26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de **restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.** Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. **O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.**

27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa de liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as **consequências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere,** a servícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.”

Percebe-se que essa concepção busca evitar o efeito pernicioso, estigmatizador e desumano da prisão. Embora a efetividade das penas restritivas dependa ainda de maior investimento de recursos financeiros para a organização, estruturação e o funcionamento de serviços de fiscalização e de acompanhamento na execução. (BOSCHI, 2004)

Portanto, “[...] se o Estado não tem o direito de mudar os presos, porque isso seria totalitário, é imperioso, entretanto, que crie condições para para não torná-los piores.” (BOSCHI, 2004)

A falência do projeto de prisão ressocializadora vem, indiscutivelmente, dando espaço ao desenvolvimento das políticas de penas alternativas no âmbito mundial. (BOSCHI, 2004)

As penas restritivas de direitos podem sim significar uma saída para o agonizante e caótico sistema penitenciário, não obstante ser notável que elas isoladamente não asseguram a solução de todos os problemas. (BOSCHI, 2004)

De acordo com José Antônio Paganella Boschi (2004, p. 370), para que as penas alternativas atinjam seus efeitos pretendidos, “[...] o pressuposto fundamental é a criação de serviços especiais de acompanhamento e fiscalização dos condenados [...].”

Na redação originária do art. 43 do Código Penal, as espécies de penas restritivas de direito eram a prestação de serviço à comunidade, interdição de direitos e a limitação de fim de semana. Esse rol foi ampliado pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. A pena de interdição de direitos passara a contar com uma espécie nova, a da proibição de frequentar determinados lugares. (BOSCHI, 2004)

A Lei nº 9.714/98 também trouxe inovações no que diz respeito duas outras penas, quais sejam: prestação pecuniária e perda de bens e valores (art. 43, I e II, CP). (BOSCHI, 2004)

Pode-se concluir que a redução da severidade punitiva desacompanhadas de novas políticas públicas só servirá para agravar problema da criminalidade e da violência, escondendo, quem sabe, o dever do Poder Público de melhorar as condições de vida do povo e, em relação aos presos, de respeitar seus direitos e de tornar humanos ambientes em que vivem. (BOSCHI, 2004)

### **2.3.1 Requisitos para substituição da pena**

As penas restritivas de direitos são genéricas, autônomas e substitutivas. Entende-se por genéricas porque a aplicação dessas medidas independe da natureza do crime ou da espécie de pena privativa de liberdade, desde que, salvo nos crimes culposos, o *quantum* individualizado na sentença não ultrapasse a 4 anos. (BOSCHI, 2004)

São autônomas, porque não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade. E, por último, são substitutivas, pois são executadas no lugar dessas últimas, ainda que cumuladas com multa em dias-multa. (BOSCHI, 2004)

O Código Penal traz as espécies de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro. As penas podem ser privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa. O art. 32, do Código Penal, expõe “[...] As penas são: privativas de liberdade; restritivas de direitos; de multa.”

As penas privativas de liberdade para os crimes são reclusão e detenção. As penas restritivas de direito são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim semana. (GRECO, 2009)

De acordo com o art. 33, *caput*, do Código Penal, “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

Destarte, as penas devem ser cumpridas em regime fechado, encarceramento do indivíduo, regime semiaberto, o indivíduo permanece solto durante o dia e durante a noite tem de estar presente no estabelecimento prisional, e regime aberto, cumpre a pena em liberdade.

O art. 33, §2º do Código Penal determina que as penas deverão ser cumpridas em forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado, observando certos critérios para fixar o regime inicial de cumprimento de pena, ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

Então, o condenado a pena de reclusão superior a oitos anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; e o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

É importante frisar que a substituição da pena de prisão por restritivas de direito para concretizar seus efeitos tem de ser capaz de realizar os dois objetivos inerentes à pena, ou seja, tem de atender a função de reprovação da conduta e prevenção de uma conduta futura.

A substituição tem uma dupla finalidade, qual seja, evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo o contato com preso que tenha praticado crime mais grave, impedindo, também, contato com ambiente degradante; e tem de atender o seu efeito preventivo. Portanto, tal substituição deve atender tanto o condenado quanto a sociedade.

O art. 44, do Código Penal, informa quais o requisitos necessário para atender a substituição da pena de prisão por restritivas de direito. São requisitos que devem estar presentes cumulativamente para que seja procedida a substituição.

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

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

Segundo Rogério Greco (2009, p. 534, grifo nosso), “ [...] são de ordem de objetiva (incisos I e II do art. 44) e o terceiro de natureza subjetiva (inciso III do art. 44)”.

Tratando-se do requisito objetivo constante do inciso I do art. 44, do Código Penal, dá o entender de que “[...] substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos independe da espécie de crime atribuído ao acusado.” (BOSCHI, 2004, p. 373)

Ainda, no inciso I do art. 44, denota-se outro requisito objetivo, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A exclusão dos crimes violentos da substitutividade se mostra uma atitude válida, pois traduz a ideia de privilegiar a vida, a integridade física e psicológica, entre outros bens jurídicos essenciais para o ser humano. No inciso II, do art. 44, exige-se a inexistência da reincidência em crime doloso. (BOSCHI, 2004)

O terceiro requisito que se encontra no inciso III, do art. 44, “[...] serve de norte ao julgador para que determine a substituição somente nos casos em que se demonstrar ser ela a opção que atenda tanto o condenado como a sociedade.” (GRECO, 2009, p. 536)

Deste modo, para que indivíduo faça jus ao benefício da substituição será imprescindível que atenda todos os requisitos exigidos pelo art. 44, do Código Penal. O tema da monografia, ora em apresentação, trata da possibilidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, tendo em vista o tráfico ilícito de entorpecentes. Portanto, importante fazer essa exposição no tocante aos requisitos necessários para a substituição da pena.

## **2.4 LEIS ANTIDROGAS (REGIME ANTERIOR E REGIME ATUAL)**

Neste momento, exibiremos o que determina a Lei Antidrogas, regime anterior (Lei nº 6368/1976) e regime atual (Lei nº 11.343/2006), no que diz respeito à substituição da pena de prisão por restritivas de direitos quando da prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

### **2.4.1 Regime Anterior (Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976)**

No que toca a antiga Lei Antidrogas, importante apresentar como estabelecia a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A Lei nº 6368/1976, antiga Lei Antidrogas, todavia, foi revogada pela Lei nº 11.343/2006.

Assim, a referida lei dispunha “*sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.*”

Segundo Paulo Alves Franco (2003, p. 15), entorpecente é “[...] tudo aquilo que entorpece, qualquer substância tóxica e que produz uma espécie de inibição dos centros nervosos, da qual advém um estado de inércia física e moral; estupefaciente.”

Na vigência da Lei nº 6.368/76, havia uma discussão no que concerne a determinar quais as condutas seriam consideradas tráfico. Várias posições foram suscitadas. Alguns autores entendiam que todas as condutas previstas nos artigos 12, 13 e 14 seriam consideradas tráfico de entorpecentes. Já, por outro lado, entendiam outros que somente os artigos 12 e 13, continham explícitas hipóteses de tráfico de drogas, deixando de lado o artigo 14. Ainda uma terceira posição defendia que somente o artigo 12 compreendia o tráfico ilícito de entorpecentes. (ALMEIDA, 2004)

Os precedentes dos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, na época, caminhavam no sentido de que a figura típica do artigo 14 não era equiparada a crime hediondo, uma vez que não configuraria o tráfico. Assim, a regra proibitiva da progressão de regime prevista na Lei dos Crimes hediondos refere-se ao crime de tráfico de entorpecentes e não se aplica ao delito autônomo da associação, capitulado no art. 14 da Lei de Tóxicos. (ALMEIDA, 2004)

Antes de ser declarada inconstitucional a regra contida no § 1º, artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, não havia a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da exigência feita pelo legislador de cumprimento da pena integralmente em regime fechado. (ALMEIDA, 2004)

Tal entendimento possibilitava o “[...] surgimento de uma classe de presos sem esperança, revoltados, e que se constituem no maior problema do sistema penitenciário.” (ALMEIDA, 2004, p. 173)

Neste caso, a pena passa ser tão somente castigo, retribuição, meio cruel de vingança do Estado contra aqueles que violaram a norma legal incriminadora. (ALMEIDA, 2004)

Determinados autores entendiam que a condição imposta pela norma feria o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal) e o princípio da humanidade da pena (art. 5º, inciso III e XLVII). (ALMEIDA, 2004)

Apesar da regra vedar expressamente a progressão de regime, havia precedentes decidindo de duas formas: por um lado, admitindo a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, e por outro lado, não admitindo aplicação das penas alternativas contidas no art. 44 do Código Penal. (ALMEIDA, 2004)

Vale salientar que, a lei especial (Lei Antigrugas) não fazia nenhuma referência à questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Deste modo, cabe trazer precedente entendendo pela impossibilidade de substituição:

“[...]”

Demonstrando a prova produzida que a substância entorpecente apreendida com o acusado - 217g de maconha - destinava-se ao tráfico, mantém-se o juízo de reprovação. A existência de três anotações referentes a fatos de 1981, 1982 e 1997, sem qualquer esclarecimento sobre o resultado, não justifica o reconhecimento de "antecedentes que denotam conduta desviante e personalidade voltada para o crime", a motivar a fixação da pena-base em 05 anos, que fica reduzida para o mínimo, 03 anos, na ausência de outras circunstâncias desfavoráveis. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, na forma do art. 44, do C.P., com a redação da Lei n. 9714, de 25.11.98, aos crimes mencionados no art. 2., da Lei 8072, de 15.7.90 (crimes hediondos), aos quais equipara-se o tráfico ilícito de entorpecentes, cuja pena tem o regime integralmente fechado. Vencido nesta parte o Relator, que substituiu a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e multa de 10 DM, pois a nova redação do art. 44, do C.P. só exclui a possibilidade de substituição quando a pena é superior a quatro anos e o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (inciso I), preenchendo o apelante os demais

requisitos dos incisos II e III. Esse direito à substituição da pena não se pode excluir, sem previsão legal, ao crime de tráfico de entorpecentes, se o acusado preenche as novas condições impostas pelo art. 44, do C.P.”

A outro giro, subsistia precedentes reconhecendo a possibilidade de substituição, é o que se expõe:

“[...]”

Demonstrando a prova que a substância entorpecente apreendida com os acusados destinava-se ao tráfico, mantém-se a condenação, assim como as penas. Substitui-se, porém, a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e 10 DM, na forma do art.44, par. 2., do C.P. Se os acusados preenchem as novas condições impostas pelo art. 44, do CP., não se pode excluir a possibilidade de substituição por tratar-se de crime do art. 12, da Lei n. 6368/76, equiparado a crime hediondo. A nova norma só obstaculiza a pena substitutiva quando a privativa de liberdade for superior a 4 anos ou o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Esta nova regra da parte geral do C.P. aplica-se "aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso" (art.12, C.P.). A lei especial não dispõe de modo diverso, e a Lei n. 9.714/98 não faz qualquer exceção à sua aplicabilidade, atingindo até o reincidente (art. 44, par. 3.). Se a nova norma não diferencia, não restringe, não exclui, não poderá fazê-lo o Juiz. Recurso provido parcialmente.”

Importante mencionar que ambos os acórdãos supratranscritos são da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que os julgamentos foram realizados em datas, relativamente, próximas (30/09/99 e 07/10/99, respectivamente), bem como em ambos os casos não restou dúvida de que a substância apreendida destinava-se ao tráfico.

Desta forma, conforme se verifica, para que o réu seja condenado ou absolvido, conseguir ou não a substituição, depende-se sobretudo da sorte do mesmo, uma vez que cada juiz analisando o caso concreto formará seu entendimento.

Não obstante posições divergentes, calha lembrar que, na vigência da Lei nº 6.368/1976, revogada pela Lei nº 11.343/2006, e mesmo com o advento da Lei nº 8.072/1990, os precedentes do Supremo Tribunal Federal se mantinham firmes no sentido de admitir a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. É o que depreende-se dos seguintes precedentes: HC 103.068/MG, HC 96.923/SP e HC 91.600/RS.

#### **2.4.2 Regime Atual (Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006)**

Na vigência da Lei nº 6.368/1976, antiga Lei de Drogas, revogada pela Lei nº 11.343/2006, discutia-se sobre a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A questão não era pacífica na doutrina, não obstante, os Tribunais

Superiores entendessem pela possibilidade da concessão do benefício, tendo em vista a ausência de norma que abordasse o tema.

A atual Lei Antidrogas - Lei nº 11.343/2006 - que dispõe sobre “[...] medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.”

Relativamente à Lei de Drogas mais recente, Lei nº 11.343/2006, quando da sua elaboração, um dos objetivos do legislador era solucionar o conflito da possibilidade ou não da concessão do benefício da substituição da pena.

Logo, a Lei prevê expressamente, no art. 44, a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, nos casos dos crimes dos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 (equiparados ao tráfico). A mesma proibição vem estampada no art. 33, §4º, quando da incidência da causa de diminuição de pena.

Vale transcrever os artigos já mencionados, que assim dispõem:

“Art. 33. [...]”

§ 4.º Nos delitos definidos no *caput* e no §1.º deste artigo, [...], **vedada a conversão em penas restritivas de direitos** [...].

[...]

Art. 44. O crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, **vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito.**”

No que diz respeito ao crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tráfico de drogas, a vedação seria desnecessária, pois a cominação mínima da pena é de 5 anos de reclusão. Contudo, nos termos do §4º do referido artigo, “[...] as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços [...]”, assim, dependendo do *quantum* da redução abre-se a possibilidade para pleitear a substituição da pena.

Quanto aos crimes dos arts. 34 a 37 (exceção do crime de financiamento do tráfico, previsto no art. 36, que comina pena mínima de 8 anos de reclusão) equiparados ao tráfico de drogas, cuja a pena mínima é de 2 e 3 anos de reclusão, não haveria, em princípio, obstáculo à substituição, se a pena aplicada não excedesse 4 anos (art. 44, I, CP), tratando-se de termos objetivos.

Vale observar que a questão da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos é controvertida na doutrina e na jurisprudência. Portanto, relevante trazer os

argumentos contrários à substituição da pena, e os argumentos favoráveis à substituição, não deixando de tomar conhecimento da posição do Supremo Tribunal Federal.

## **2.5 A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NA LEI Nº 11.343/2006**

Aqui neste tópico, ponto principal da pesquisa, faremos abordagem dos argumentos da corrente que entende não ser possível a substituição da pena, tendo em vista que esta colide com a ordem constitucional; e por outro lado, da corrente que defende ser possível a substituição, fundamentando-se em princípios constitucionais. E, por fim, apontaremos qual a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa questão.

### **2.5.1 Argumentos contrários à substituição**

Agora adentraremos numa análise mais detalhada quanto ao discurso que não admiti a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, em termos de tráfico de drogas.

Importante destacar que existe duas correntes juridicamente defensáveis, uma entende que não é possível aplicação da substituição, considerando que tal benefício é inaplicável aos delitos de tráficos de entorpecentes, tendo em vista o óbice imposto pela Lei do Crimes Hediondos e a especialidade da Lei Antidrogas, objetivando, limitar a relação do indivíduo criminoso com o meio social, ou seja, cumprimento da pena no regime inicialmente fechado.

Em vista disso, num primeiro momento, cabe trazer a posição do Superior Tribunal de Justiça antes da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC 97.256/RS.

A primeira corrente caminha no seguinte sentido, considerando que a vedação da substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas estaria de acordo com a Carta Magna e com a realidade social brasileira, não prejudicando a individualização justa, equânime e adequada da pena cabível nesses crimes, visando o caso concreto. Desta forma, “[...]”

reconhecendo a **validade das referidas normas proibitivas da conversão da pena previstas no art. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/06**". (STJ, 2010, grifo nosso)

Pois, argumentava-se que a Lei nº 11.343/2006 vedava expressamente a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos seus artigos 33, § 4º, e 44. Além disso, sustentavam que a quantidade e a variedade da droga apreendida são interpretadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para concessão do benefício da substituição da pena.

Deste modo, vale citar precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2009, 2010, grifo nosso):

"[...]

**4. A Lei n.º 11.343/06 vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos delitos previstos nos seus arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37.** Precedente.

5. A previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

6. [...] (HC nº 128.256/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 26/10/2009)

"*HABEAS CORPUS*. [...]

[...]

**4. Não se mostra cabível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que tal benefício é vedado pelo art. 44 da Lei no 11.343/06, dispositivo reconhecido como constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal.**

5. [...] (HC 147.924/SP, Og. Fernandes, DJe 02.08.2010)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, da mesma maneira, fundamentava suas decisões na ideia de que a proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estava expressamente prevista na Lei nº 11.343/2006, assim, mostrando-se incabível a medida da substituição. Podemos observar este posicionamento nos seguintes precedentes da 1ª e 2ª Turmas desse Tribunal (TJDF, 2010a, 2010b, grifo nosso):

"[...]

[...] **A lei de regência veda expressamente o regime prisional aberto e substituição da pena por restritiva de direitos.** Além disso, as circunstâncias concretamente apuradas não recomendam tratamento diverso. Provimento parcial da apelação."

(Acórdão n. 414598, 20070110994899APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 25/03/2010, DJ 23/04/2010 p. 92)

"PROCESSO PENAL. [...]

**1. Enquanto não pacificado o tema no colendo STJ, segue-se a orientação de**

**que a Lei 11.343/06, nos artigos 33, § 4º, e 44, veda expressamente a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.**

3. [...]”

(Acórdão n. 419554, 20080110661807APR, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 22/04/2010, DJ 05/05/2010 p. 178)

Bem verdade que o traficante, de grande, médio ou pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis direto pela onda de crimes que avassala o país: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda de entorpecentes, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando inúmeros crimes patrimoniais para a obtenção de recursos visando à aquisição das drogas, crianças atuando como intermediárias do tóxico etc.

Deste modo (STJ, 2011),

“Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.”

É possível perceber que o tráfico de entorpecentes produz enormes danos no tecido social, uma vez que vários outros crimes são praticados em virtude das drogas, pelos mais diversos motivos, por exemplo, crimes contra o patrimônio cometido por usuário ou dependente, com o fim de angariar recursos para a aquisição da droga. Além disso, não se olvide os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves (2004), por todos esses motivos, a substituição por pena restritiva de direitos nunca é medida suficiente para a repressão e prevenção desse crime, de tal sorte que o traficante não atende os requisitos do mencionado art. 44, III, do Código Penal.

### **2.5.2 Argumentos favoráveis à substituição**

Em seguida à apresentação da não admissibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no tocante ao tráfico de drogas, introduziremos numa análise mais profunda no que diz respeito à possibilidade de

substituição da pena de prisão por restritivas de direitos quando houver a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Desta feita, passemos a expor sobre tal possibilidade.

A segunda corrente defende a possibilidade da concessão da substituição da pena, afirmando que a vedação da conversão das penas em restritivas de direitos, constante do §4º art. 33 e 44 da Lei Antidrogas, fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, a segunda corrente admiti que, “[...]respeitando-se o princípio da individualização da pena [...] vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico [...]” (STJ, 2010, grifo nosso).

Neste aspecto, cumpre esclarecer o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça antes do Supremo Tribunal Federal tomar uma posição no HC 97.256/RS. Portanto, mister apontar precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça com o objetivo revelar tal posicionamento (STJ, 2009, 2010, grifo nosso):

“[...]”

**II - Esta Corte, a partir da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que previa o cumprimento da pena para os condenados por crime hediondo em regime integralmente fechado, pelo Plenário do Pretório Excelso, passou a admitir, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, a substituição da pena aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.**

[...]” (REsp 1122982/MG, Felix Fischer, DJe 22.02.2010)

“*HABEAS CORPUS*. [...]”

1. [...] **é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena**, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

2. [...] **esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova de Drogas**. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, realizado no dia 6 de maio de 2010 (Informativo nº 433/STJ).

3. [...]” (HC 151.199/MG, Haroldo Rodrigues, DJe 05.10.2011)

Depreende-se dos precedentes acima que há uma atenção ao princípio da individualização, pois cada indivíduo merece um tratamento individual, isto é, quando indivíduos praticam o mesmo crime, o *quantum* da pena, a espécie da pena e o regime de cumprimento da pena deve se atentar à cada caso concreto.

Logo, cabe ao juiz em cada caso concreto avaliar a possibilidade, ou não, da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou seja, é ato discricionário do julgador. Não pode o aplicador da lei estabelecer que pessoas distintas que praticaram o mesmo crime recebam tratamento igual, deve-se observar as peculiaridades de cada caso em análise.

José Antonio Paganella Boschi (2004, p. 73), sustenta que “[...] o princípio da individualização, interagindo com os demais princípios penais, como vasos comunicantes, cumpre a função política de assegurar a punição pelo fato, resguardando as diferenças.”

Não parece razoável que condenados por crimes de tráfico e equiparados não tenha direito à substituição, enquanto outros condenados que tenha cometido delitos tão grave quanto ou mais grave possam receber a concessão do benefício. Assim, o tratamento desigual fere o princípio da isonomia e da razoabilidade, assegurados pela Constituição da República.

Por isso, não haveria lógica, por exemplo, que duas pessoas, igualmente primárias e sem antecedentes criminais, cometam crimes diversos que cominem a mesma pena ( 3 anos de reclusão), mas que tenham tratamento diferenciado, uma vez que o indivíduo que praticou o crime diverso do tráfico de entorpecentes fará jus ao benefício, e a vedação da concessão do benefício àquele que estiver envolvido com o crime de tráfico. De acordo com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, não seria uma medida razoavelmente proporcional.

Afeta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, também, por exemplo, o delinquente condenado a 2 (dois) anos de prisão (bons antecedentes) e outro a 8 (oito) anos de prisão, exigir-se que ambos cumpram a pena inicialmente em regime fechado, vedada a conversão da pena em restritivas de direito, não seria uma medida razoável e proporcional, em relação ao tratamento dado a cada um dos indivíduos.

Nas precisas lições de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 370, grifo nosso) **“qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade.”** Equivale dizer, que a restrição da liberdade há de ser proporcional à gravidade do delito.

Outro ponto que merece atenção é os malefícios trazidos pelo encarceramento. Portanto, verificado que o indivíduo preenche os requisitos do artigo 44, do Código Penal, é

importante conceder o benefício da substituição com o intuito de ressocializar o condenado evitando que este venha a adquirir os estigmas e os ensinamentos da prisão.

Em vista disso, substitui-se “[...] a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente **para evitar o encarceramento.**” (STJ, 2012)

Tendo sido feita a exposição das posições divergentes quanto a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observando a Lei nº 11.343/2006. Apontaremos qual a posição do Supremo Tribunal Federal que envolve esta questão.

### 2.5.3 Posição do Supremo Tribunal Federal

Uma vez que o interesse da pesquisa é abordar o tema que diz respeito a constitucionalidade da substituição da pena de prisão por restritivas de direitos considerando a Lei Antidrogas, é essencial trazer o posicionamento da Suprema Corte Constitucional acerca do assunto.

Questionava-se a constitucionalidade da vedação da conversão da pena previstas no art. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006. Sustentava-se que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida contrariava os princípios da individualização da pena, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (art. 5º, XLVI, XXXV e LIV), sendo todos fundamentais e assegurados pela Constituição Federal.

Desta feita, a controvérsia da causa está em saber se o dispositivo da nova lei antidrogas que veda a conversão da substituição da pena privativa de liberdade é constitucional, ou não.

Quando da impetração do *Habeas Corpus* (HC 97.256/RS) em face do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, sustentava a Defensoria Pública da União que há de se reconhecer a inconstitucionalidade da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, em (STF, 2010)

“[...] em observância, [...], aos princípios da **inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito** (inciso XXXV), da **individualização da pena** (XLVI) e da **razoabilidade** (inciso LIV), todos previstos no artigo 5º da Constituição da República.”

Aduzia, ainda, que em momento algum, o dispositivo do texto constitucional (artigo 5º, XLIII), faz menção a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. (STF, 2010)

O Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República – manifestando-se a respeito do feito (artigo 103, da Constituição Federal) entendia que não assistia razão o impetrante, sob o fundamento de que (STF, 2010):

“Sendo uma medida de política criminal, a substituição por pena alternativa pode ser negada pelo legislador nos casos em que a conduta ofende mais profundamente a ordem social, como ocorre sem dúvida com o tráfico de drogas. Demais, cuidando-se do crime cometido na vigência da Lei 11.343/2006, a vedação da substituição por pena restritiva de direito, prevista no art. 44, mostra harmonia com o disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que permite um tratamento mais severo para a punição dos crimes de tráfico de entorpecentes.”

Dando um parecer subsequente complementar, o membro do *Parquet*, não obstante tenha entendido pela não possibilidade de substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, verificou-se a possibilidade de concessão do regime aberto e da suspensão condicional da pena, em razão da quantidade da pena (1 ano e 8 meses), sendo favoráveis todas as circunstâncias avaliadas na individualização da pena, e observando os requisitos para tais benefícios decorrentes do Código Penal. Assim, o *Parquet*, na figura do procurador, pronunciou-se pelo deferimento parcial da ordem. (STF, 2010)

O Supremo Tribunal Federal, na data de 01.09.2010, diante deste *Habeas Corpus* (HC 97.256/RS), levou a questão ao Plenário e ao apreciar a matéria decidiu, por maioria e nos termos do voto do relator (Ministro Carlos Ayres Britto), conceder parcialmente a ordem, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio, para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, bem como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do parágrafo 4º do art. 33, do mesmo diploma legal. (STF, 2010)

Votaram a favor da substituição os Ministros Ayres Britto (Relator), Cezar Peluso (Presidente), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Consequente, declarou incidentalmente inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc* (seguindo as linhas do entendimento engessado no HC 82.959/SP), a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (STF, 2010)

Analisando a Lei nº 11.343/2006, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, em seu voto, procurou demonstrar que a proibição contida neste diploma legal “[...] não encontra suporte no sistema de comando da Constituição Federal.” (STF, 2010, p. 189)

Destacou-se, em primeiro lugar, que a Constituição Federal impõe tratamento igual aos delitos considerados hediondos e equiparados. Posto isto, afirmou que “[...] embora o Magno Texto Federal habilite a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um **limite material: a não-concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos.**” (STF, 2010, p. 165)

Assim, para o Ministro Relator, estas, e somente estas, seriam as limitações, conferidas pelo legislador, a ser impostas àqueles que viessem a praticar crimes considerados hediondos. Desta forma, não incluindo nesse rol de restrições a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. (STF, 2010)

Segundo Carlos Ayres Britto (STF, 2010, p. 165), “[...] a Constituição da República fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o nela mesma previsto. Subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constringências sobejantes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte.”

Ainda, observando o postulado de que a norma constitucional restritivas de direitos ou garantias fundamentais deve ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador. (STF, 2010)

Chega a afirma que “[...] em matéria de crimes hediondos, não há como reforçar o discurso da própria Constituição da República quanto às excludentes de punibilidade ou à proibição de benefício penal a quem responder pela autoria deles.” (STF, 2010, p. 166)

Adicionado a este argumento constitucional, o Ministro Relator, salienta, ainda, o da garantia da individualização da pena, à qual a Constituição Federal não impôs qualquer restrição por conta própria. (STF, 2010)

Neste aspecto, asseverou que “[...] embora o preceito não prescindir da intercalação de diploma legal, **o núcleo semântico da garantia à individualização da pena não pode ser por ele nulificado.**” (STF, 2010, p. 167)

Acentuou que o processo de individualização da pena “[...] **é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado [...]**”, que se dá em três momentos

distintos e complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. (STF, 2010, p. 168)

E atinge a seguinte conclusão (STF, 2010, p. 169):

**“Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação [...] de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto [...] a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional.**

[...] uma necessária ponderação em concreto, **ditada pelo permanente esforço do juiz para conciliar segurança jurídica e justiça material.**

[...] o momento sentencial da dosimetria da pena não significa senão a imperiosa tarefa individualizadora de transportar para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto – a cena empírico-penal, *orteguiana* por definição – os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei. Vale dizer, nessa primeira etapa da concretude individualizadora da reprimenda (a segunda etapa concreta já se dá intramuros penitenciários), o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação de liberdade ou de restrição da liberdade de um condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado.”

O relator lembrou, ainda, afirmação feita pelo Ministro Eros Grau no julgamento do HC 82.959/SP, no sentido de que o Congresso Nacional não pode impor regra que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. (STF, 2010)

Por derradeiro, o Ministro Relator argumentou que a Constituição Federal prestigiou, mais que tudo, a liberdade física dos cidadãos, tratando o aprisionamento como exceção, e sustentou que (STF, 2010, p. 174, grifo nosso)

“Foi exatamente à luz dessa vertente constitucional da convalidação que, em 1998, por meio da Lei 9.714, o legislador ordinário ampliou as possibilidades de aplicação de uma outra modalidade de pena substitutiva do aprisionamento: a restritivas de direitos. Isso para conferir ao art. 44 do Código Penal a sua atual redação, que fixa as balizas da substituição com base em pressupostos de ordem objetiva e subjetiva. **Com o que, reitero, a lei densificou por mais um modo superlativa garantia constitucional da individualização de toda e qualquer reprimenda penal.**”

Neste sentido, em resumo, entendeu a colenda Corte Constitucional que a possibilidade do julgador analisar a viabilidade da substituição, em cada caso concreto, não poderia ser limitada pela lei, pois afrontaria o princípio da individualização da pena.

Importa esclarecer que, após a decisão proferida no HC 97.256/RS, os precedentes mais recentes vem seguindo o entendimento neste exposto, isto é, admitindo a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos, em tema de

tráfico ilícito de entorpecentes. Portanto, a título de exemplo cabe apontar os HC 106.665/MG, 101.205/RS e 104.423/AL.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 97.256/RS se coaduna com os argumentos apresentados pelas teorias que a criminologia crítica propõe, pois a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos evita que o condenado seja prejudicado pelos efeitos nocivos da prisão e aprenda os costumes da subcultura existente nos estabelecimentos prisionais. (ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002; SANTOS, 2005)

Ainda, segundo a crítica criminológica quanto à prevenção especial positiva da pena, reeducação / ressocialização, a prisão não ressocializa, não reeduca o condenado, e mais, não diminui a criminalidade. Na verdade, a prisão ensina a viver na prisão, constituindo carreiras criminosas. O fracasso histórico da pena de prisão, portanto, está ligado as funções declaradas ou manifesta da pena. (ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002; SANTOS, 2005)

Além disso, pode-se dizer que essa posição da Suprema Corte permite desafogar os presídios, pois como nós sabemos a maioria dos presídios estão superlotados e mandar mais um condenado que poderia ter a pena de prisão substituída só estaria agravando ainda mais a situação.

Importante salientar que decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada no controle difuso de constitucionalidade, ou seja, em tese, geraria efeito apenas *inter partes*.

No entanto, interessante mencionar o princípio da objetivação do controle difuso, lições do Ministro e Professor Gilmar Ferreira Mendes, o qual diz que o controle deixa de ter o caráter meramente subjetivo ou de interesse das partes, e passa a ter a função de proteger a ordem constitucional objetiva, de modo a produzir efeito *erga omnes*.

Não obstante a atenção ao princípio da objetivação do controle difuso, exposto por Gilmar Ferreira Mendes, diante do cenário que se passa, a questão ainda não foi superada no Supremo Tribunal Federal.

Logo, mister conduzir um procedimento formal, ou seja, declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da substituição da pena prisão por restritivas de direitos, atendendo controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que este controle produz, de fato, efeito *erga omnes*, isto é, os efeitos da decisão atingirá a sociedade em geral, valendo contra todos.

Embora os entendimentos na Suprema Corte vêm seguindo a linha da possibilidade da substituição, existe posições divergentes. Como é sabido a decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade não, necessariamente, deve atingir as instâncias inferiores, porque o efeito daquela é apenas *inter partes*.

Passemos a observar qual foi a reação dos tribunais após a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 97.256/RS.

#### 2.5.4 Reação dos Tribunais após a decisão do Supremo Tribunal Federal

Veremos aqui com vêm se comportando os Tribunais inferiores após a deliberação da Suprema Corte diante do HC 97.256/RS. Após declaração de inconstitucionalidade incidental pela Suprema Corte das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, parágrafo 4º, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44, ambas da Lei nº 11.343/2006, o argumento utilizado para impedir a concessão da benefício da substituição da pena por restritivas de direito fundamenta-se na quantidade e diversidade da(s) droga(s) apreendida com o indivíduo, não se mostrando socialmente recomendável a medida da substituição. Vejamos os precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2011, 2012) :

“[...]”

5. Na hipótese dos autos, contudo, **não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da elevada quantidade da droga apreendida**, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.o 11.464, de 29 de março de 2007.

6. [...]” (HC 213.313/SP, Laurita Vaz, DJe 01.03.2012)

“*HABEAS CORPUS*. [...]”

1. **O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei no 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4o do art. 33 da Lei de Tóxicos.**

2. **No caso, não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista a quantidade e a diversidade de droga apreendida na residência do paciente, a saber, cocaína e crack” (e-fl. 20).**

3. Tal fato indica que a negativa do benefício da substituição de pena encontra guarida na norma do art. 44, III, do CP. **Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito consubstancia infração ao princípio da proporcionalidade em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.** No caso, a saúde pública.

4. [...]” (HC 196.690/BA, Og. Fernandes, DJe 05.10.2011)

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vem seguindo as linhas de entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Isto é, inadmitindo a possibilidade de concessão do benefício da substituição de pena em virtude da quantidade e variedade da(s) droga(s) apreendida. É o que se infere da 1ª e 2ª Turmas Criminais (TJDFT, 2010, 2012, grifo nosso):

“[...]”

A recente declaração incidental de inconstitucionalidade parcial dos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/06 pelo Supremo Tribunal Federal (HC97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto) não significa que o condenado possui direito automático à substituição da pena corporal por reprimenda alternativa. **Conforme o referido julgamento, uma vez afastada a vedação legal, o julgador deve, no caso concreto, avaliar se as condições objetivas e subjetivas do condenado recomendam a substituição.** No caso, **embora o acusado seja primário e a pena inferior a quatro anos, a natureza (cocaína) e a grande quantidade de droga apreendida (quase meio quilo) impedem a substituição.** Óbice do inciso III do artigo 44 do Código Penal.

[...]” (Acórdão n. 575137, 20100111061290APR, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 21/03/2012, DJ 28/03/2012 p. 250)

“APELAÇÃO CRIMINAL. [...]

[...]

4. Conforme notícia veiculada na página do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 97256, em 01 de setembro de 2010, o Pretório Excelso decidiu serem inconstitucionais os dispositivos da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas.

5. **Na espécie, embora os réus não apresentem condenação anterior transitada em julgado e as reprimendas tenham sido fixadas em patamar inferior a quatro anos, destaca-se a natureza e a grande quantidade de substância entorpecente (cocaína) apreendida com os réus, além de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis em sua maioria, tornando inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

6. [...]” (Acórdão n. 451030, 20100110269690APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 23/09/2010, DJ 06/10/2010 p. 179)

A corrente que vem possibilitando a substituição da pena para os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes também tem como ponto fundamental a quantidade e diversidade da (s) droga(s). Vejamos os precedentes das 5ª e 6ª Turmas Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2011, 2012, grifo nosso):

“[...]”

1. **Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.**

2. **A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

3. Ordem parcialmente concedida para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3 (um terço), restando a sanção do paciente definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa, e **para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta.**” (HC 195.875/RJ, Jorge Mussi, DJe 06.03.2012)

“HABEAS CORPUS. [...]

[...]

3. **Considerando a pena corporal aplicada - 2 anos e 6 meses de reclusão -, a pequena quantidade de entorpecente apreendido (2 gramas de maconha), bem como a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível não só o estabelecimento do regime aberto, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

4. [...]” (HC 206.158/RS, Og Fernandes, DJe 03.08.2011)

Na mesma esteira desses entendimentos as 1ª e 2ª Turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vêm reconhecendo, também, a possibilidade de substituição da pena. Observemos os precedentes a seguir (TJDFT, 2012a, 2012b grifo nosso):

“[...]

1 Ré condenada por infringir o artigo 33 da Lei 11.343/06, eis que foi presa em flagrante ao vender **duas porções de crack com trinta e cinco centigramas**. A materialidade e a autoria foram comprovadas pelas condições do flagrante aliadas ao depoimento do usuário.

2 **Sendo favoráveis as circunstâncias judiciais** e a pena-base fixada pouco acima do mínimo legal, recomendada a redução no grau máximo, pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, **bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direito**. No entanto, o regime aberto não pode ser fixado no tráfico de drogas por expressa vedação legal.

3 [...]” (Acórdão n. 574447, 20110110394372APR, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/02/2012, DJ 28/03/2012 p. 255)

“APELAÇÃO. PENAL. [...]

[...]

2. **O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos estatuídos no artigo 44 do Código Penal, substituiu-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos.**

3. **Na espécie, o réu não é reincidente, a pena privativa de liberdade foi aplicada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, todas as circunstâncias judiciais foram apreciadas de modo favorável ao réu e a quantidade de droga [01 (uma) porção de “maconha”, com massa líquida de 38,42g (trinta e oito gramas e quarenta e dois centigramas), e 01 (uma) porção de “maconha”, com massa líquida de 8,12g (oito gramas e doze centigramas)] não é elevada, o que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

[...]

6. Dado parcial provimento ao recurso.” (Acórdão n. 576743, 20110111335648APR, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 22/03/2012, DJ 03/04/2012 p. 377)

Portanto, o que se percebe é que os Tribunais, após declaração de inconstitucionalidade incidental pela Suprema Corte das expressões “vedada a conversão em

penas restritivas de direitos”, constante do artigo 33, parágrafo 4º, e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44, ambas da Lei nº 11.343/2006, somente vêm admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando não for elevada a quantidade e variedade da(s) droga(s), cujas quais são circunstâncias que atuam em desfavor do delinquente, quando da avaliação do magistrado.

### **2.5.5 Posicionamento do Autor**

Depois de estudar as duas correntes que tratam da questão da substituição da pena no tráfico ilícito de entorpecentes. Importante expor a posição do autor no que diz respeito a esse tema. Primeiramente, entendemos ser cabível a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos quando praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desta forma, seguimos a corrente que admite a substituição.

Quando o legislador infraconstitucional decide proibir expressamente, na Lei nº 11.343/2006, a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos seus artigos 33, § 4º, e 44, colide frontalmente com os princípios da individualização, da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Todos nós sabemos que tais princípios são assegurados pela Constituição Federal, e ainda, consubstanciados no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Quer dizer, são garantias fundamentais dos cidadãos. Deve haver uma adequação entre esses princípios e a norma infraconstitucional, porque se violado um desses princípios pode-se considerar a norma inconstitucional.

Ademais, atendidos os requisitos exigidos pelo artigo 44, do Código Penal, e observada a quantidade e variedade da(s) droga(s), acreditamos que o juiz analisando cada caso concreto poderá deferir o benefício da substituição da pena. Deste modo, o julgador examinando cada caso concreto estará obedecendo o princípio da individualização da pena, sendo possível examinar a personalidade do agente. Assim, verifica-se se é possível aplicação da substituição.

Aspecto relevante para concessão do benefício é quantidade e variedade da(s) droga(s), são circunstâncias que vão permitir ao julgador examinar a grau de nocividade do traficante ao meio social. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de

entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Entretanto, se a quantidade e diversidade da(s) droga(s) forem inexpressivas, abre-se a possibilidade substituição da pena de prisão por restritivas de direito.

A regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal, é a liberdade; a prisão, é a exceção. Evidente que o objetivo é assegurar a liberdade do indivíduo como garantia fundamental.

Observando o art. 59, do Código Penal, a pena tende ser capaz reprovar e prevenir o crime. Quer dizer, se a substituição da pena (aplicação das penas restritivas de direitos) for medida socialmente recomendável capaz de reprovar e prevenir o crime poderá ser aplicada. Como demonstra a criminologia crítica, a prisão produz vários efeitos danosos na pessoa do condenado. Contudo, a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos permite evitar os malefícios trazidos pela prisão e aculturação dos costumes da prisão, visto que a prisão ensina a viver na prisão, produzindo carreiras criminosas. (ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002; SANTOS, 2005)

Interessante expor um precedente que tende a observar medidas mais brandas para os delinquentes sem periculosidade, que é o caso, por exemplo, do traficante de menor porte, privilegiado ou de menor gravidade. Assim dispõe (STJ, 2010, grifo nosso):

“[...]”

1. **Não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinquentes sem periculosidade.**
2. **As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.**
3. **O agravamento das penas, bem como a adoção de regime mais rigoroso para o seu cumprimento, por si sós, não constituem fator de inibição da criminalidade.**
4. Admite-se, em hipóteses tais, o emprego do art. 44 do Cód. Penal; em caso assemelhado, ver o HC-32.498, de 2004.
5. De mais a mais, se a progressão de regimes (cumprimento da pena) tem a ver com a garantia da individualização da pena, de igual modo, é óbvio, a substituição – as penas privativas de direitos substituem as privativas de liberdade.
6. Ordem concedida, admitindo-se a conversão de uma noutra pena menos gravosa.” (HC 118.776/RS, Nilson Naves, DJe 23.08.2010)

Um ponto relevante que vale a pena ser suscitado é a questão da reeducação / ressocialização do cárcere e o objetivo do mesmo de reinserir o condenado na sociedade. Não

tem surtido efeito a tentativa de “[...] realizar tarefas de socialização e de reinserção através do cárcere.” (BARATTA, 2002, p. 183)

Igualmente, Alessandro Baratta (BARATTA, 2002, p. 183) alega que “[...] a introdução de modernas técnicas psicoterapêuticas e educativas e transformações parciais na estrutura organizada do cárcere não mudaram, de modo decisivo, a natureza e as funções dos institutos de detenção, na nossa sociedade.”

Vale observar que a pena não é o único meio de defesa social. Antes o maior esforço da sociedade deve atentar-se à prevenção do delito, por meio do melhoramento e desenvolvimento das condições de vida social. (BARATTA, 2002)

Diante de todo exposto, de acordo com crítica das teorias criminológicas da pena, as teorias sobre as penas constitui o discurso oficial, assentado nas funções declaradas / manifestas da pena. O discurso oficial encobre as funções reais / latentes da pena.(SANTOS, 2005)

Deste modo, já que a Constituição da República busca um Estado democrático de direito, ponto também defendido pela criminologia crítica, e assegura igualdade entre todos, necessário fazer uma interpretação no sentido de tratar os que estejam em situações iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Para melhor compreender, se o indivíduo atende os requisitos do art. 44, do Código Penal, fazendo jus a substituição da pena, não pode ser tratado do mesmo modo que o sujeito que não atende os requisitos, ou seja, a lei infraconstitucional, considerando a Lei nº 11.343/2006, não pode estipular um tratamento padrão para todos os delinquentes em situações distintas, porque deste modo vai estar ferindo o princípio da individualização da pena, da igualdade e da razoabilidade, os quais são protegidos pela Constituição Federal.

Todos esses fatores levantados acima justifica a adoção de uma medida mais favorável e menos gravosa ao delinquente, ou seja, substituir a pena de prisão por restritivas de direitos do traficante eventual / privilegiado / menor potencial ofensivo, pois se atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, demonstra que aquele não apresenta muita periculosidade ao meio social. Muitas vezes esse traficante de menor gravidade não tem a personalidade voltada para o crime, e se encarcerado pode ser que venha adquirir os

ensinamentos da subcultura na prisão, possibilitando que venha direcionar sua personalidade para o crime.

Importante trazer quais crimes da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas) admitem que seja adotada a medida da substituição da pena. No que diz respeito ao crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tráfico de drogas, a vedação seria desnecessária, pois a cominação mínima da pena é de 5 anos de reclusão. Contudo, nos termos do §4º do referido artigo, “[...] as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços [...]”, assim, dependendo do *quantum* da redução abre-se a possibilidade para pleitear a substituição da pena no caso do art. 33.

Tratando-se dos crimes previstos nos arts. 34 a 37 (exceção do crime de financiamento do tráfico, previsto no art. 36, que comina pena mínima de 8 anos de reclusão) equiparados ao tráfico de drogas, cuja a pena mínima é de 2 e 3 anos de reclusão, não haveria, em princípio, obstáculo à substituição, se a pena aplicada não excedesse 4 anos (art. 44, I, CP), observando os requisitos objetivos.

Posto isto, entendemos que a vedação da conversão da pena prevista nos seus artigos 33, § 4º, e 44, da Lei nº 11.343/2006 é inconstitucional, pois contraria princípios constitucionais. Sendo assim, defendemos ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no que pertine ao cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e equiparados a este. Não podemos esquecer que a quantidade e variedade da(s) droga(s) devem ser inexpressiva, ou seja, irrelevante a ponto de considerá-las como circunstâncias desfavoráveis ao autor do crime.

## CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo elucidar e compreender melhor a questão da constitucionalidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando a vedação da conversão da pena prevista nos seus artigos 33, § 4º, e 44, da Lei nº 11.343/2006. Desta forma, restou evidenciado que indivíduos em situações distintas não podem receber um tratamento igual, uma vez que a pena deve ser aplicada de modo a atingir cada pessoa individualmente. Assim, não pode uma lei infraconstitucional (Lei nº 11.343/2006) determinar um tratamento padrão para os autores de crimes de tráfico ilícitos de entorpecentes em situações distintas.

Conclui-se no primeiro capítulo que as teorias que dizem respeito às funções da pena, teorias absolutas e relativas da pena, compõe o discurso oficial das funções da pena, definidas como funções declaradas ou manifesta da pena. A criminologia crítica revela que o discurso oficial das funções da pena é um discurso encobridor das funções reais / latentes da pena criminal. Esta funções condiz com a existência, aplicação e execução da pena nas sociedades segregadas em classes sociais opostas, sociedades capitalistas contemporâneas.

No primeiro capítulo, quando tratamos da pena como retribuição equivalente do crime chegamos a conclusão de que a pena é um retribuição sob forma de pena privativa de liberdade, tanto física quanto de direitos, como valor de troca pelo crime cometido pelo tempo de liberdade suprimida, considerando os critérios de valores da sociedade capitalista. A pena criminal, portanto, representa retribuição equivalente, observando a gravidade do delito, medida pelo tempo de liberdade suprimida, determinada pela conjunção de desvalor da ação e de desvalor do resultado, e ligada funcionalmente à exigência da acumulação capitalista.

No tocante à prevenção especial como garantias das relações sociais, abordada também no primeiro capítulo, de acordo com as teorias críticas, o que se percebe é uma sociedade, cuja qual determinados indivíduos, pertencentes a certos grupos sociais e de certas instituições, que possuem o poder de definição, ou seja, o poder de estabelecer quais crimes devem ser perseguidos (poder de estabelecer normais penais) e de estabelecer quais pessoas devem ser perseguidas (poder de aplicar a norma). Os estereótipos de criminosos estão ligados à características específicas, tais como *status* social, raça, cor, condição financeira e familiar, etc., onde na maioria das vezes atributos pertencentes às pessoas dos estratos sociais

inferiores, que torna-os efetivamente vulneráveis, apesar de existir outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização. Pode-se afirmar que a criminalidade é uma realidade socialmente construída por meio dos processos de definição e interação, de modo extremamente seletivo e desigual pelo controle social. Logo, verifica-se a seletividade do sistema penal diante dos interesses específicos de determinado grupo social.

Como apresentado pela teoria crítica criminológica, deduz-se que a prevenção especial negativa (segregação, neutralização) por meio da privação da liberdade produz maior reincidência seja pelos efeitos reais danosos causados pela prisão ou pela seletividade desenvolvida pela mera prognose negativa da condenação anterior.

Outro ponto importante que merece atenção é o objetivo da prisão, baseado na ideia de reeducação / ressocialização (prevenção especial positiva da pena criminal). Depreende-se que o fracasso do projeto técnico-corretivo da prevenção especial positiva pode ser revelado pelo estudo dos momentos da aplicação e de execução da pena criminal. Temos que a prisão não reeduca, não ressocializar, não diminui a criminalidade e não serve como instrumento de reinserção social. A prisão somente ensina a viver na prisão e influi na formação do condenado na carreira criminosa.

Quanto à prevenção geral como afirmação da ideologia dominante, tratado no primeiro capítulo, atentando-se à criminologia crítica, podemos concluir que persiste um Direito Penal simbólico reproduzido pela criminalização de situações problemáticas nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, onde o Estado não mostra interesse em soluções reais, mas em soluções penais simbólicas. Desta forma, fica claro que o Direito Penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas, criando imagens ilusórias no psicológico do povo. Tendo em vista as áreas das situações problemáticas, o Direito Penal parece interessado em produzir símbolos no imaginário popular, com o objetivo oculto de legitimar o poder político do Estado e utilizando o Direito Penal como instrumento de política social.

Além disso, podemos inferir que a prevenção geral fundada na forma tradicional de intimidação (prevenção geral negativa) e na forma pós-moderna de inviolabilidade do ordenamento jurídico e reafirmação da validade das normas, constitui o discurso oficial do sistema penal criminal, discurso que oculta a função real / latente da pena. Neste aspecto, a função real ou latente da pena criminal busca garantir a ordem social capitalista, fundada na

separação força de trabalho / meios de produção, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas.

No segundo capítulo conclui-se que a Constituição Federal cita expressamente de forma exemplificativa quais as penas possíveis de serem aplicadas diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do segundo capítulo, no que diz respeito à Lei dos Crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), observamos que esta aplica-se subsidiariamente aos crimes de tráfico de entorpecentes, uma vez que estes são equiparados ou assemelhados aos crimes hediondos.

Também no segundo capítulo, quando da apresentação das penas restritivas de direitos chegamos a conclusão que as mesmas se baseiam na ideia de que os autores de crimes de menos potencial ofensivo devem permanecer em regime de liberdade, de forma a não sofrer os efeitos maléficos causados pela prisão. A falência do projeto ressocializador da prisão deve dar espaço ao desenvolvimento das políticas de penas alternativas!

Logo, percebe-se que essa concepção busca evitar o efeito pernicioso, estigmatizador e desumano da prisão, como é retratado pela criminologia crítica, cuja qual corrente nos filiamos. Embora a efetividade das penas restritivas dependa ainda de maior investimento de recursos financeiros para a organização, estruturação e o funcionamento de serviços de fiscalização e de acompanhamento na execução, as penas restritivas de direitos podem sim significar uma saída para o agonizante e caótico sistema penitenciário, não obstante ser notável que elas isoladamente não asseguram a solução de todos os problemas.

Além disso, podemos concluir que a substituição tem uma dupla finalidade, qual seja, evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo o contato com preso que tenha praticado crime mais grave, impedindo, também, contato com ambiente degradante; e tem de atender o seu efeito preventivo. Ainda, evita as críticas da criminologia. Portanto, tal substituição deve atender tanto o condenado quanto a sociedade.

Importante dizer que para que delinquente faça jus ao benefício da substituição da pena é necessário que cumpra, cumulativamente, todos os requisitos exigidos pelo art. 44, do Código Penal.

Ainda no segundo capítulo, quando levantamos a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na Lei de Antidrogas, conclui-se que no

regime anterior (Lei nº 6.368/1976) a lei não se manifestou sobre essa questão, ou seja, não continha norma proibindo a substituição da pena. Já a Lei atual (Lei nº 11.343/2006) vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos seus artigos 33, § 4º, e 44.

No que diz respeito ao crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tráfico de drogas, a vedação seria desnecessária, pois a cominação mínima da pena é de 5 anos de reclusão. Contudo, nos termos do §4º do referido artigo, “[...] as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços [...]”, assim, dependendo do *quantum* da redução abre-se a possibilidade para pleitear a substituição da pena.

Quanto aos crimes dos arts. 34 a 37 (exceção do crime de financiamento do tráfico, previsto no art. 36, que comina pena mínima de 8 anos de reclusão) equiparados ao tráfico de drogas, cuja a pena mínima é de 2 e 3 anos de reclusão, não haveria, em princípio, obstáculo à substituição, se a pena aplicada não excedesse 4 anos (art. 44, I, CP), tratando-se de termos objetivos.

Posto isso, respondendo a pergunta entendemos que a vedação expressa da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei nº 11.343/2006 é inconstitucional, porque atinge os princípios da individualização da pena, da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que estes princípios são assegurados pela Constituição Federal como garantias fundamentais.

Assim, corroborando nosso entendimento, uma vez atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal, a substituição da pena mostrando-se socialmente recomendável, haja vista a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, considerando tráfico privilegiado / eventual e a quantidade e variedade da(s) droga(s), poderá o julgador analisando cada caso concreto, frente ao princípio da individualização da pena, entender pela substituição da pena de prisão por restritivas de direitos.

Por derradeiro, vale ressaltar que, um Estado democrático de direito deve tender a limitar o poder punitivo do Estado no tocante as garantias individuais dos cidadão. Assim, dar lugar a uma escala horizontal de poder, possibilitando igualdade entre o membros da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gevan. Crimes Hediondos e Assemelhados - Lei nº. 8072/90. In: ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 107 a 196.
- ALMEIDA, Gevan. Entorpecentes - Lei nº 6.368/1976. In: ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 231 a 376.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da descrição da fenomenologia da seletividade à sua interpretação estrutural. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 276-284.
- \_\_\_\_\_. Das funções instrumentais às funções simbólicas do Direito Penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 292-293.
- \_\_\_\_\_. Do *labelling approach* à Criminologia Crítica. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 214-222.
- \_\_\_\_\_. O *labelling approach* e o paradigma da reação social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 198-212.
- \_\_\_\_\_. Operacionalidade do sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 259-276.
- \_\_\_\_\_. O princípio da seleção. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 253-255.

\_\_\_\_\_. Pena. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 56-58.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica para quem?. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 138-140.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Crimes Hediondos - Lei Nº. 8072/90. In: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 176 a 189.

\_\_\_\_\_. Drogas – Lei 11.343/2006. In: ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207 a 297.

ANGHER, Anne Joyce. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA NOVA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL (Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984). In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 13 ed. São Paulo: Rideel, 2011. p 327 a 332.

\_\_\_\_\_. *Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 fevereiro 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino do Santos. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. AS FUNÇÕES DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral 1*. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83 a 105.

BOSCHI, José Antônio Paganella. As penas restritivas. Espécies. Substituição e Conversão. In: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 367 a 393.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei N° 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 fevereiro 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei N° 8072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei N° 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei N° 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 maio 2011. Acesso em: 06 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. Considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão - , reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte. 2. Muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no HC no 120.353/SP, a partir do julgamento do HC no 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, realizado no dia 6 de maio de 2010 (Informativo no 433/STJ). 3. Habeas corpus concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução. *Habeas corpus N° 151.199/MG*. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de justiça de Minas Gerais. Paciente: Dênis Caetano Gonçalves. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Brasília (DF), 10 de junho de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902059193&dt\\_publicacao=16/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902059193&dt_publicacao=16/08/2010)>. Acesso em: 06 maio 2011. 13:55.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. Com a ressalva do entendimento deste relator, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 4/11/09, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada por esta Sexta Turma, neste habeas corpus, reconhecendo a validade das normas proibitivas à conversão de pena previstas no art. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei no 11.343/06. 2. Remarque-se que a infração foi cometida em 17/5/07, na vigência, portanto, da Lei no 11.343/06. 3. Ainda que assim não fosse, o paciente não preenche o requisito previsto no art. 44, III, do Código Penal, já que a sentença reconheceu como desfavoráveis sua conduta social e personalidade, na ocasião da fixação da pena-base. 4. Ordem denegada. *Habeas corpus N° 120.353/SP*. Sexta Turma. Impetrante: Antonio Carlos de Toledo Santos Filho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: David Sean Maritz. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802487897&dt\\_publicacao=02/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802487897&dt_publicacao=02/08/2010)>. Acesso em: 06 maio 2011. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. 1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, os Pacientes não preenchem os requisitos legais. 2. Não pode ser afastada a aplicação da minorante apenas com fundamento no volume de drogas apreendido, a menos que isso revele tratar-se de integrante de organização criminosa ou de pessoa dedicada à criminalidade, como reconhecido na hipótese em tela. Precedentes. 3. Não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão de que os acusados se dedicam à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes. 4. A Lei n.º 11.343/06 vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos delitos previstos nos seus arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37. Precedente. 5. A previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, *b*, do Código Penal. 6. Ordem parcialmente concedida, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena imposta aos Pacientes. *Habeas corpus N° 128.256/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Ary Bicudo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: José Tarcisio Messias e Carlos Wellington de Oliveira. Relatora: Min.ª Laurita Vaz. Brasília (DF), 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900243102&dt\\_publicacao=26/10/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900243102&dt_publicacao=26/10/2009)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. No caso, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço), considerando a grande quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos – 33 (trinta e três) porções de cocaína, 53 (cinquenta e três) de

*crack* e 13 (treze) de maconha. Assim, não há falar em constrangimento ilegal. 3. Tendo em vista a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis; que a pena definitivamente arbitrada não alcança a 4 (quatro) anos de reclusão; e também o fato de o crime ter sido cometido antes da vigência da Lei nº 11.464/07 (o delito foi praticado no dia 24.10.06), deve ser estabelecido o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.

4. Não se mostra cabível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, uma vez que tal benefício é vedado pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, dispositivo reconhecido como constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal. 5. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício a fim de estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.. *Habeas corpus N° 147.924/SP*. Sexta Turma. Impetrante: Alexandre Augusto Ferreira Dutra. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Dario da Silva Vicente. Relator: Min. Og. Fernandes. Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009.

Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901830278&dt\\_publicacao=04/10/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901830278&dt_publicacao=04/10/2010)>.

Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1.A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44). Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.2.Recente entendimento do colendo STF afirma ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa; (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3.Não parece razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou. 4.O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena. 5.O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal. 6.Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC. 7.De outro vértice, se o delito ocorreu em 05.11.2009, após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes. 8.No que se refere ao sursis, entendo não ser cabível pela proibição expressa do

artigo 44 da Lei 11.343/06, uma vez que, lei especial prevalece sobre lei geral. 9. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, afastando-se a norma proibitiva da referida substituição, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. *Habeas corpus* concedido de ofício a fim de estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade.. *Habeas corpus N° 203.403/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Luiz Fernando Marques Gomes de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Tathiane Barbosa de Oliveira Ferreira. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília (DF), 21 de junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100823147&dt\\_publicacao=01/07/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100823147&dt_publicacao=01/07/2011)> . Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. De início, não procede a alegação defensiva ausência de manifestação do Tribunal de origem sobre a tese de absolvição do Paciente por fragilidade do acervo probatório, o que se verifica pela simples leitura do acórdão impugnado. 2. No caso, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade e diversidade de droga apreendida – 147 porções de crack, 60 papérolas de cocaína, e 11 porções de maconha – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3. 3. Não havendo ilegalidade na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. 4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes. 5. Na hipótese dos autos, contudo, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão da elevada quantidade da droga apreendida, razão pela qual deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007. 6. Ordem denegada. *Habeas corpus N° 213.313/SP*. Quinta Turma. Impetrante: Leandro de Castro Gomes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Rilzo Miranda Souza. Relatora: Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz. Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101640518&dt\\_publicacao=01/03/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101640518&dt_publicacao=01/03/2012)> . Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei n° 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. No caso, não se revela socialmente recomendável o deferimento do benefício da substituição de pena, tendo em vista a quantidade e a diversidade de droga apreendida na residência do paciente, a saber, cocaína e "crack" (e-fl. 20). 3. Tal fato indica que a negativa do benefício da substituição de pena encontra guarida na norma do art. 44, III, do CP. Eventual conversão da pena corporal em medidas restritivas de direito

consubstanciaria infringência ao princípio da proporcionalidade em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. No caso, a saúde pública. 4. Ordem denegada. *Habeas corpus* N° 196.690/BA. Sexta Turma. Impetrante: Rodolfo Mascarenhas Leão e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Paciente: Romildo dos Santos e Edmilson de Melo Freire. Relator: Min. Og. Fernandes. Brasília (DF), 27 de setembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100259187&dt\\_publicacao=05/10/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100259187&dt_publicacao=05/10/2011)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. Revela-se ilegal a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 ao condenado primário e sem antecedentes criminais, surpreendido na posse de pequena quantidade de entorpecente - 18 gramas de maconha - quando as instâncias ordinárias, com base na conduta criminosa que lhe foi atribuída e pela qual findou condenado, concluíram que fizesse da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do art. 33 da Lei 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da minorante em questão. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. 2. Embora tenha sido pequena a quantidade de entorpecente apreendido, sua natureza nociva e as particularidades do caso concreto autorizam a redução no patamar de 1/3 (um terço).. 1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, independentemente da quantidade de sanção firmada. 1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. 2. A gravidade inerente ao delito não constitui, por si só, motivação idônea para justificar o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 3. Ordem parcialmente concedida para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3 (um terço), restando a sanção do paciente definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 333 dias-multa, e para afastar a vedação legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta. *Habeas corpus* N° 195.875/RJ. Quinta Turma. Impetrante: Vânia Renalt B. Gomes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Ricardo da Silva Santos. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100190845&dt\\_publicacao=06/03/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100190845&dt_publicacao=06/03/2012)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – que iniciem a expiação no regime mais gravoso. 2. A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento da conversão de pena também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente. 3. Considerando a pena corporal aplicada – 2 anos e 6 meses de reclusão –, a pequena quantidade de entorpecente apreendido (2 gramas de maconha), bem como a primariedade e os bons antecedentes do paciente, cabível não só o estabelecimento do regime aberto, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Ordem concedida para, de um lado, fixar o regime aberto para início de desconto da sanção corporal; e, de outro lado, substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juízo das Execuções Criminais. *Habeas corpus* Nº 206.158/RS. Sexta Turma. Impetrante: Maria de Fátima Zachia Paludo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Luiz Leyner Ferreira da Silva. Relator: Min. Og. Fernandes. Brasília (DF), 28 de junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101042528&dt\\_publicacao=03/08/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101042528&dt_publicacao=03/08/2011)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. 1. Não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinquentes sem periculosidade. 2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso. 3. O agravamento das penas, bem como a adoção de regime mais rigoroso para o seu cumprimento, por si sós, não constituem fator de inibição da criminalidade. 4. Admite-se, em hipóteses tais, o emprego do art. 44 do Cód. Penal; em caso assemelhado, ver o HC-32.498, de 2004. 5. De mais a mais, se a progressão de regimes (cumprimento da pena) tem a ver com a garantia da individualização da pena, de igual modo, é óbvio, a substituição – as penas privativas de direitos substituem as privativas de liberdade. 6. Ordem concedida, admitindo-se a conversão de uma noutra pena menos gravosa. *Habeas corpus* Nº 206.158/RS. Sexta Turma. Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Lucas Rafael de Quadros e Jonas de Quadros Amaral. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília (DF), 18 de março de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802306198&dt\\_publicacao=23/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802306198&dt_publicacao=23/08/2010)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. I - O recurso excepcional, quanto ao permissivo da alínea "a", deve apresentar a indicação do texto infra-constitucional violado e a demonstração do alegado **error**, sob pena de esbarrar no óbice do verbete insculpido na Súmula n.º 284-STF (**Precedentes**). **In casu**, ao pleitear a desclassificação do delito, o recorrente não indicou expressamente o dispositivo legal que entende violado ou interpretado

divergentemente pelo Tribunal **a quo**. II - Esta Corte, a partir da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que previa o cumprimento da pena para os condenados por crime hediondo em regime integralmente fechado, pelo **Plenário do Pretório Excelso**, passou a admitir, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, a substituição da pena aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. III -Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo crime de tráfico (art. 44, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de **lex gravior**, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. *Recurso Especial Nº 1.122.982/MG*. Quinta Turma. Recorrente: Raimundo Heitor Vale. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900994453&dt\\_publicacao=22/02/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900994453&dt_publicacao=22/02/2010)>. Acesso em: 04 maio 2012. 14:00.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5o, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2o, § 1o, da Lei no 8.072/90. *Habeas corpus Nº 82.959/SP*. Plenário. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Oseas de Campos. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 maio 2011. 14:06.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente

traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art.33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. *Habeas corpus* N° 97.256/RS. Plenário. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília (DF), 01 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653717>>. Acesso em: 06 maio 2011. 14:16.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação. Demonstrando a prova produzida que a substância entorpecente apreendida com o acusado - 217g de maconha - destinava-se ao tráfico, mantém-se o juízo de reprovação. A existência de três anotações referentes a fatos de 1981, 1982 e 1997, sem qualquer esclarecimento sobre o resultado, não justifica o reconhecimento de "antecedentes que denotam conduta desviante e personalidade voltada para o crime", a motivar a fixação da pena-base em 05 anos, que fica reduzida para o mínimo, 03 anos, na ausência de outras circunstâncias desfavoráveis. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, na forma do art. 44, do C.P., com a redação da Lei n. 9714, de 25.11.98, aos crimes mencionados no art. 2., da Lei 8072, de 15.7.90 (crimes hediondos), aos quais equipara-se o tráfico ilícito de entorpecentes, cuja pena tem o regime integralmente fechado. Vencido nesta parte o Relator, que substituíu a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e multa de 10 DM, pois a nova redação do art. 44, do C.P. só exclui a possibilidade de substituição quando a pena é superior a quatro anos e o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (inciso I), preenchendo o apelante os demais requisitos dos incisos II e III. Esse direito à substituição da pena não se pode excluir, sem previsão legal, ao crime de tráfico de entorpecentes, se o acusado preenche as novas

condições impostas pelo art. 44, do C.P. *Apelação Nº 762/99*. 5ª Câmara Criminal. Apelante: Wanderlei Ramos da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Sérgio Verani. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199905000762>>. Acesso em: 15 de fevereiro 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação*. Demonstrando a prova que a substância entorpecente apreendida com os acusados destinava-se ao tráfico, mantém-se a condenação, assim como as penas. Substitui-se, porém, a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e 10 DM, na forma do art.44, par. 2., do C.P. Se os acusados preenchem as novas condições impostas pelo art. 44, do CP., não se pode excluir a possibilidade de substituição por tratar-se de crime do art. 12, da Lei n. 6368/76, equiparado a crime hediondo. A nova norma só obstaculiza a pena substitutiva quando a privativa de liberdade for superior a 4 anos ou o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Esta nova regra da parte geral do C.P. aplica-se "aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso" (art.12, C.P.). A lei especial não dispõe de modo diverso, e a Lei n. 9.714/98 não faz qualquer exceção à sua aplicabilidade, atingindo até o reincidente (art. 44, par. 3.). Se a nova norma não diferencia, não restringe, não exclui, não poderá fazê-lo o Juiz. Recurso provido parcialmente. *Apelação Nº 1.861/99*. 5ª Câmara Criminal. Apelante: Cláudio Wagner da Silva, Marcelo Caetano Gonçalves e Cosme Cesar da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Sérgio Verani. Rio de Janeiro, 07 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199905001861>>. Acesso em: 15 de fevereiro 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação*. Ré condenada por infringir o artigo 33, combinado com artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, ao ingressar no Presídio do Distrito Federal com sessenta e um gramas e cinquenta e cinco centigramas de maconha escondidos na vagina. Ela admitiu que levava a droga para fins de difusão ilícita. Sendo satisfatória a prova da materialidade e da autoria do delito, correta se apresenta a sentença condenatória. O aumento previsto no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 acima do mínimo de um sexto exige fundamentação convincente a qual, sendo inexistente, não justifica elevação superior. A lei de regência veda expressamente o regime prisional aberto e substituição da pena por restritiva de direitos. Além disso, as circunstâncias concretamente apuradas não recomendam tratamento diverso. Provimento parcial da *apelação*. *Apelação Criminal Nº 20070110994899*. 1ª Turma Criminal. Apelante: Gilvânia Honório da Silva. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. George Lopes Leite. Brasília (DF), 25 de março de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62581,3200,31069&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=414598>>. Acesso em: 04 de maio 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação*. O depoimento prestado por testemunha policial, quando em harmonia com as provas dos autos, não

contraditado ou desqualificado, é merecedor de fé na medida em que provém de agente público no exercício de sua função. Para a configuração do crime descrito pelo artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, tipo penal de conteúdo múltiplo, bastante a plena subsunção da conduta a um dos verbos ali presentes (“manter em depósito”, no caso). Conjunto probatório que ampara a condenação. Pena bem dosada, que atende os requisitos dos artigos 59 e 68 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas. A recente declaração incidental de inconstitucionalidade parcial dos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/06 pelo Supremo Tribunal Federal (HC97.256/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto) não significa que o condenado possui direito automático à substituição da pena corporal por reprimenda alternativa. Conforme o referido julgamento, uma vez afastada a vedação legal, o julgador deve, no caso concreto, avaliar se as condições objetivas e subjetivas do condenado recomendam a substituição. No caso, embora o acusado seja primário e a pena inferior a quatro anos, a natureza (cocaína) e a grande quantidade de droga apreendida (quase meio quilo) impedem a substituição. Óbice do inciso III do artigo 44 do Código Penal. Apelo do acusado provido e apelo do Ministério Público provido para revogar a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. *Apelação Criminal Nº 20100111061290*. 1ª Turma Criminal. Apelante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e outros. Relator: Des. Mario Machado. Brasília (DF), 21 de março de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62581,7223,24084&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=575137>>. Acesso em: 04 de maio 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. 1. Os elementos de convicção trazidos aos autos consistentes na prisão em flagrante do réu; na expressiva quantidade de droga encontrada com o apelante, consistente em 193,92g (cento e noventa e três e noventa e dois centigramas) de cocaína; além dos depoimentos em juízo dos agentes de polícia, sob o crivo do contraditório, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, inviabilizando a absolvição e/ou desclassificação para uso próprio. 2. O delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de ação múltipla, bastando para sua tipificação que o agente pratique uma das diversas condutas ali descritas, quais sejam, expor à venda, trazer consigo, guardar, ter em depósito, entre outras. 3. Avaliadas negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime e sendo relativamente expressiva a quantidade de droga apreendida, mostra-se adequada a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Ademais, com relação à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, diante da fundamentação idônea para a não aplicação do percentual máximo, impõe-se a manutenção da dosimetria da pena, porque se mostra consentânea com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 4. Conforme notícia veiculada na página do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97256, em 01 de setembro de 2010, o Pretório Excelso decidiu serem inconstitucionais os dispositivos da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por tráfico de drogas. 5. Na espécie, embora os réus não apresentem condenação anterior transitada em julgado e as reprimendas tenham sido fixadas em patamar inferior a quatro anos, destaca-se a natureza e a grande quantidade de substância entorpecente

(cocaína) apreendida com os réus, além de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis em sua maioria, tornando inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 6. Recursos conhecidos e não providos para manter a sentença que condenou os apelantes nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena, para cada um, de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 325 (trezentos e vinte e cinco) dias-multa para o primeiro réu e 335 (trezentos e trinta e cinco) dias-multa para o segundo, no valor unitário mínimo. *Apelação Criminal N° 20100110269690*. 2ª Turma Criminal. Apelantes: Suelber dos Santos Costa e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Roberval Casemiro Belinati. Brasília (DF), 23 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62581,7760,4865&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=451030>>. Acesso em: 04 de maio 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação*. 1. Os elementos de convicção trazidos aos autos (prisão em flagrante, após a apreensão de substâncias entorpecentes), além dos depoimentos firmes e harmônicos das testemunhas, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo réu se enquadra ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei n° 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), não sendo o caso de absolvição ou desclassificação da conduta de tráfico para a de consumo pessoal, descrita no artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas. 2. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Drogas que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos estatuídos no artigo 44 do Código Penal, substituiu-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos. 3. Na espécie, o réu não é reincidente, a pena privativa de liberdade foi aplicada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, todas as circunstâncias judiciais foram apreciadas de modo favorável ao réu e a quantidade de droga [01 (uma) porção de “maconha”, com massa líquida de 38,42g (trinta e oito gramas e quarenta e dois centigramas), e 01 (uma) porção de “maconha”, com massa líquida de 8,12g (oito gramas e doze centigramas)] não é elevada, o que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Tratando-se de condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido em 20/07/11, a eleição do regime prisional no inicial fechado decorreu de expressa previsão legal, nos termos do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/1990, não havendo constrangimento ilegal porque, nos termos da Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal, é vedado ao órgão fracionário afastar vigência a dispositivo de lei, por violar a cláusula de reserva de plenário. 5. O redimensionamento da pena de multa é medida imperiosa, a fim de prestigiar o critério da proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. 6. Dado parcial provimento ao recurso. *Apelação Criminal N° 20110111335648*. 2ª Turma Criminal. Apelante: Daniel Pereira do Couto Junior. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. João Timoteo de Oliveira. Brasília (DF), 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62581,10107,32702&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=576743>>. Acesso em: 04 de maio 2012. 9:25.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos de declaração. 1. Enquanto não pacificado o tema no colendo STJ, segue-se a orientação de que a Lei 11.343/06, nos artigos 33, § 4º, e 44, veda expressamente a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Embargos de declaração acolhidos sem alteração do resultado. *Embargos de declaração Nº 20080110661807*. 2ª Turma Criminal. Embargante: Euzínio de Jesus Santos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília (DF), 22 de abril de 2010. Disponível em: <http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62581,2734,17548&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=419554>. Acesso em: 04 de maio 2012. 9:25.

CAPEZ, Fernando. CRIMES HEDIONDOS - Lei N. 8072, DE 25 DE JULHO DE 1990. In: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Legislação penal especial*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194-266.

CAPEZ, Fernando. DROGAS - LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. In: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Legislação penal especial*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 748-838.

CARVALHO, Salo. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 117-152.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 368.

FRANCO, Paulo Alves. INTRODUÇÃO. In: FRANCO, Paulo Alves. *Tóxico: tráfico e porte*. 3º ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 15-22.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. CRIMES HEDIONDOS. In: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *CRIMES HEDIONDOS, TÓXICOS, TERRORISMO e TORTURA*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1 a 26.

GRECO, Rogério. Das Penas. In: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 11º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 485-589.

\_\_\_\_\_. Das Penas. In: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 13º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 473-480.

JESUS, Damásio E. de. Das Penas. In: JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 519-521.

MASSON, Cleber Rogério. Pena: aspectos gerais. In: MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 521-537.

MENDES, Gilmar Ferreira. Individualização da pena e progressão do regime penal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 652-660.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da proporcionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355-373.

\_\_\_\_\_. Tipos da pena admitidos e proibição de penas cruéis ou da pena de morte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 648-652.

PAULO QUEIROZ. Vedação de pena restritiva de direito na nova lei de drogas. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/vedacao-de-pena-restritiva-de-direito-na-nova-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 04 de maio de 2012.

PRADO, Luiz Regis. TEORIA DOS FINS DA PENA: CONSIDERAÇÕES GERAIS. In: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 513 a 526.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal e Direito Penal. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena - Fundamentos e Aplicação judicial*. 21º ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 01 a 38.

SILVA, José Afonso da. Pena de Morte. In: SANTOS, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 201 e 202.