

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

RENATA ANGÉLICA GOMES DE AZEVEDO

**A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

**Análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas
Corpus 97.256/RS**

Brasília

2020

RENATA ANGÉLICA GOMES DE AZEVEDO

**A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

**Análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas
Corpus 97.256/RS**

Artigo Científico apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília

2020

RENATA ANGÉLICA GOMES DE AZEVEDO

**A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS**

**Análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas
Corpus 97.256/RS**

Artigo Científico apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Brasília, _____ de _____ 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos (orientador)

Prof. José Carlos Veloso Filho (examinador)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS.....	07
2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	16
2.1 Espécies de penas restritivas de direitos.....	20
2.1.1 Prestação pecuniária.....	21
2.1.2 Perda de bens e valores.....	22
2.1.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.....	23
2.1.4 Interdição temporária de direitos.....	26
2.1.4.1 <i>Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.....</i>	<i>26</i>
2.1.4.2 <i>Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.....</i>	<i>27</i>
2.1.4.3 <i>Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos.....</i>	<i>28</i>
2.1.4.4 <i>Proibição de frequentar determinados lugares.....</i>	<i>29</i>
2.1.4.5 <i>Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.....</i>	<i>29</i>
2.1.5 Limitação de fim de semana.....	30
3 A DOSIMETRIA DA PENA E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	32
3.1 A pena de multa.....	45
3.2 O regime inicial de cumprimento de pena.....	46
4 A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA DECISÃO DO HC 97.256/RS.....	49
4.1 Análise dos votos dos ministros no HC 97.256/RS.....	47
4.1.1 <i>Voto do relator: Ministro Ayres Brito.....</i>	<i>55</i>
4.1.2 <i>Voto Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>65</i>
4.1.3 <i>Voto Ministra Carmem Lúcia.....</i>	<i>70</i>
4.1.4 <i>Voto Ministro Ricardo Lewandowski.....</i>	<i>70</i>

<i>4.1.5 Voto Ministro Cezar Peluso</i>	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	72

A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 97.256/RS

Renata Angélica Gomes de Azevedo

RESUMO

Este artigo aborda a constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgar inconstitucional trechos da Lei n. 11.343/06, que proibiam a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade. Para tanto, será dividido em quatro partes. Inicialmente apresenta-se um panorama histórico de como se apresentou a legislação sobre a temática das drogas ao longo do tempo no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda parte aborda a temática das penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Seguidamente, analisa-se a relação entre a dosimetria da pena e sua aplicação aos crimes de tráfico de drogas. Por fim, será exposto o Habeas Corpus (HC) 97.256/RS que resultou na alteração do entendimento a respeito da aplicação da pena em crimes de tráfico de drogas.

Palavras-chave: Lei 11.343/06. HC 97.256/RS. Penas restritivas de direitos. Tráfico de drogas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como objeto de estudo a aplicabilidade das penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade nos crimes de tráfico de drogas, por meio da análise constitucional da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus (HC) 97.256/RS.

A Lei de Drogas, Lei n. 11.343/06, proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas. A decisão pela inconstitucionalidade da norma se deu por seis votos a quatro e definiu a remoção do óbice legal, remetendo a aplicação da

substituição ao juiz de execuções do caso em análise, caso o condenado possuísse os requisitos necessários para a conversão da pena.

O pedido de habeas foi impetrado pela Defensoria Pública da União, por entender que o dispositivo legal feria os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade abrange a ponderação dos bens e valores jurídicos implicados no caso jurídico específico. Cabe ao Poder Judiciário aplicar a norma estabelecida pelo Poder Legislativo, moderando a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma a garantir um equilíbrio entre os poderes constituídos, garantindo, assim, segurança jurídica.

Cabe ao legislador estabelecer a quantidade e a qualidade da pena, enquanto ao juiz cabe a relação entre a natureza da sanção e a gravidade do delito. A ambos cabe estabelecer o nexos adequado entre a sanção e o ilícito penal. O princípio da proporcionalidade demanda um vínculo axiológico e gradual entre a conduta praticada e a consequência jurídica imposta, evitando-se excessos.

Enquanto o princípio da individualização da pena possibilita ao julgador aplicar a pena adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, a conduta do criminoso e as circunstâncias judiciais apresentadas no caso concreto.

O trabalho apresenta, em sua estrutura, quatro capítulos. O capítulo 1, denominado “Aspectos históricos da legislação brasileira sobre drogas”, apresenta os caminhos trilhados pela legislação brasileira ao longo do tempo na temática das drogas até o advento da Lei n. 11.343/06, em vigor.

O capítulo 2, “Penas restritivas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro” expõe as características das penas restritivas de direitos, bem como as espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro e suas aplicabilidades ao caso concreto.

No capítulo 3, “A dosimetria da pena e as penas restritivas de direitos” apresenta-se a temática da dosimetria da pena, bem como as peculiaridades de sua aplicação nos crimes de tráfico de drogas.

O capítulo 4, intitulado “A constitucionalidade da substituição da pena privativa de liberdade na decisão do HC 97.256/RS”, aborda a análise dos votos dos

ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que culminou na declaração da inconstitucionalidade do trecho da Lei n. 11.343/06, que proibia expressamente a substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS

O consumo de drogas está presente na humanidade desde a pré-história. À época, as drogas originavam-se de animais e vegetais. Com o decorrer do tempo, bem como com a evolução do conhecimento humano, outras drogas originaram-se de meios diferentes. De modo que o consumo de variados tipos varia de acordo com a época e o meio social em que vive o indivíduo. Esse consumo tem se adaptado a cada etapa da evolução da humanidade, amoldando-se a cada época.

Durante o período das Grandes Navegações, a partir do século XVI, o contato com novas culturas e a instauração de colônias ultramarinas possibilitou aos europeus o conhecimento de uma nova farmacopeia, ervas e especiarias, que se transformaram em mercadorias de valor. Essas substâncias foram progressivamente introduzidas nas sociedades europeias, sejam por finalidades médicas ou recreativas (GONÇALVES, 2012, p. 2).

Em virtude do problema social causado pelas drogas, foi necessário que países em todo o mundo utilizassem, por meio de leis, de formas de conter a propagação, o uso e o tráfico de substâncias que causam a intoxicação e a dependência.

No Brasil, desde o período colonial foram estabelecidas legislações que buscavam conter, por meios coercitivos, a proliferação do uso e o tráfico de drogas. No entanto, tais manifestações legislativas não dispõem de um conjunto de dispositivos legais dotados de coerência programática e, dessa forma, não constituíram um verdadeiro sistema legislativo.

A primeira disposição legislativa sobre a temática de entorpecentes reporta-se às Ordenações Filipinas, livro V, título 89:

nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício. (RIBEIRO, 2013, p. 31)

No entanto, essas Ordenações do Reino tinham pouca aplicabilidade prática, uma vez que se encontravam distantes da realidade cotidiana da Colônia e, como não havia um órgão judiciário local incumbido de sua aplicação, a solução dos conflitos cabia a disposições locais como provimentos municipais.

As Ordenações Filipinas, primeira legislação a vigorar no Brasil, em 1532, foi influenciada pelos Direitos Germânico, Romano e Canônico. A parte criminal desta legislação vigorou por mais de dois séculos e apresentava a proibição do uso e do comércio de determinadas substâncias. A penalidade aplicada aos infratores era bem rigorosa e culminava em penas privativas de liberdade e até mesmo cruéis, como a pena de morte para certos delitos (GONÇALVES, 2012, p.3).

Em 1830 entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brasil. Algumas diretrizes trazidas por este código fundamentou o atual sistema criminal, como o Princípio da Igualdade, Princípio da Irretroatividade e a vedação a penas cruéis.

Mesmo na fase imperial ainda não se registrou um arcabouço legislativo sobre o tema e, ainda que o advento do Código Criminal do Império, sancionado em dezembro de 1830, representasse a primeira sistematização da matéria, a temática das drogas continuou sendo objeto de posturas municipais. A primeira foi expedida pouco antes pela Câmara do Rio de Janeiro, em quatro de outubro de 1830, que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, disposto que é considerado como um marco proibicionista por ser o primeiro ato legal de proibição de venda e uso da maconha no mundo ocidental. (RIBEIRO, 2013, p. 32)

O Código Criminal do Império do Brasil não trazia normas específicas sobre o uso de drogas. Por isso, em 1851, foi editado o regulamento que dispunha regras sobre venda de medicamentos e substâncias, como medidas de políticas sanitárias.

Com a abolição da escravidão, por meio da Lei Áurea, foi necessária a criação de um novo código, adaptado a nova realidade social. Criou-se, assim, o Código Penal de 1890 (GONÇALVES, 2012, p. 5).

A Proclamação da República em 1889 apressou a entrada em vigor do novo Código Penal de 1890. Nele, um capítulo destinava-se a saúde pública abordando, inclusive, a questão das drogas. No capítulo estava descrita a conduta, bem como a pena aplicada a quem ministrava ou expunha a venda substâncias venenosas, sem autorização e sem as formalidades descritas no regulamento sanitário.

Já o Código Penal da República de 1890 proibia, em seu artigo 159, o comércio de “substâncias venenosas”, dando continuidade à tradição que remonta à matriz colonial que denota um matiz de delito profissional dos boticários. Subsidiariamente, permanecem os controles locais exercidos por intermédio das posturas municipais, como a proibição da venda da maconha nas feiras de Penedo com o fito de se evitar perturbações da ordem. (RIBEIRO, 2013, p. 32).

O Decreto n. 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, foi o marco inicial de uma sistematização legal baseada em acordos internacionais. Tal decreto determinou o cumprimento da Convenção da qual o Brasil foi signatário, firmada na Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1912, em Haia. O Brasil passou então a adotar o compromisso com política criminal de combate às drogas. No entanto, em decorrência da Primeira Guerra Mundial, a convenção veio a vigorar somente em 1921. O acordo foi ratificado pelo Acordo de Genebra (1925) e revisto em 1931 pela Conferência de Bangkok.

Haia foi a primeira tentativa do Brasil em fiscalizar o consumo de drogas. Em virtude do acordo e diante do crescimento abundante do uso de drogas no país, o Brasil passou a editar diversas leis extravagantes, já que a legislação em vigor era insuficiente. Tais alterações legislativas apresentavam nítida preocupação sanitarista, que terminou por implantar um sistema médico-policia. Tais medidas ocorreram objetivando cumprir compromissos firmados em convenções internacionais. Nesse período, embora tenham sido introduzidas inúmeras medidas invasivas e cogentes com relação ao uso de drogas_ como obrigatoriedade de tratamento com internação compulsória, a interdição de direitos, dentre outros_ a conduta do uso não chegou a ser criminalizada. A criminalização da posse ilícita se deu em 1938, por meio do Decreto n. 20.930 de 11 de janeiro de 1932 (RIBEIRO, 2013, p. 33).

A nomenclatura substâncias venenosas foi alterada em 1932 para substâncias tóxicas, com o objetivo de aumentar a abrangência da norma, de modo a incluir maconha, ópio e cocaína. Por meio do Decreto nº 20.930/32, o Departamento de Saúde recebeu a tarefa de classificar o que é droga ou substâncias capazes de alterar o comportamento dos indivíduos (GONÇALVES, 2012, p. 6).

Em 1932, surgiu a Consolidação das Leis Penais, por meio do Decreto nº 22.213, com o objetivo de sanar os problemas trazidos pela publicação de diversas

legislações esparsas e facilitar a consulta à legislação penal (GONÇALVES, 2012, p. 7).

Em 1936 foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que trouxe avanços para o Brasil no combate às drogas, harmonizando as legislações que tratam do assunto.

O trabalho da Comissão resultou no Decreto nº 891/38, que inspirado pela convenção de Genebra, possibilitava a interdição civil e a internação de toxicômanos ou intoxicados habituais, tratando a toxicomania como doença e, conseqüentemente, possibilitava a internação obrigatória dos doentes. O decreto trazia ainda as penas para os crimes de tráfico de entorpecentes, diferenciando-o do crime de ter em depósito ou sob sua guarda substâncias tóxicas. Nesse último caso, o decreto alterou sua pena de três a nove meses para uma pena de um a quatro anos de prisão (GONÇALVES, 2012, p. 8).

Originalmente, o Código Penal de 1890 continha uma inclinação liberalista. Separadamente, legislações independentes o complementavam. A partir de 1903, manicômios criminais foram criados com objetivo de internar alienados delinquentes, como caráter de pena. Predominava a cultura institucionalizante, que combinava o direito penal e o saber médico com as práticas policiais.

A junção do direito penal, do saber médico e das práticas policiais resultou na criação de institutos prisionais, como penitenciárias, com o objetivo de treinar infratores para o trabalho, assim como asilos para mendigos, colônias correcionais para vadios, desordeiros e capoeiristas, bem como manicômio judiciário e abrigo para menores. Nesse período, as políticas criminais baseavam-se em uma classificação de delinquentes (GONÇALVES, 2012, p. 9).

Em 1938 o consumo passou a integrar a lista de ações criminalizadas, em virtude do Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938. No entanto, essa ideia de criminalização do consumo foi breve, uma vez que o Código Penal de 1940 revogou todos os dispositivos penais vigentes relacionados ao tema, optando por descriminalizar a conduta do consumo de drogas, promovendo, inclusive, uma considerável redução do número de verbos incriminadores, unindo num mesmo

dispositivo legal, o artigo 281, as condutas referentes tanto ao tráfico quanto a posse ilícita (RIBEIRO, 2013, p. 33).

O Código penal de 1940 foi inspirado em um modelo de direito punitivo democrático e liberal, embora tenha sido promulgado num período de ditadura, que rompia com o estado liberal. O poder estava nas mãos de Vargas e o poder de punição encontrava-se nos coronéis, monopolizando o poder de punir nas mãos do Estado.

O Código Penal de 1940 afastou o positivismo criminológico, distanciando a classificação dos criminosos, vedou a pena de morte e inseriu medidas de segurança. Outro ponto que merece destaque é a construção de penitenciárias agrícolas e industriais, que visavam à readaptação social (GONÇALVES, 2012, p. 9).

O golpe militar de 1964 foi o novo catalizador que colaborou para a junção de fatores que concorreram para o estabelecimento da militarização das drogas no plano interno nacional. O Golpe Militar criou as condições ideais para o surgimento de uma política criminal denominada de modelo bélico (RIBEIRO, 2013, p. 33).

A Lei n. 5.726/71 foi um marco significativo nas políticas de combate às drogas, diferenciando a comercialização da posse de drogas. A Lei apresentou medidas preventivas e repressivas relacionadas à comercialização e a posse de drogas, assim como alterou o rito processual aplicável aos crimes de drogas (GONÇALVES, 2012, p. 10).

Em 1976, a Lei n. 6.368 revogou o Código Penal de 1940, bem como a Lei 5.726 de 1971, exceto o artigo 22 da Lei n. 5.726/71, que alterou o rito processual aplicável aos crimes de drogas. A Lei n. 6.368/76 continuou a separar os delitos de tráfico e posse dos delitos de uso. Dividida em cinco capítulos, a política criminal baseava-se em prevenção, tratamento e recuperação, assim como a política de repressão, coibindo condutas danosas à saúde.

A Lei n. 6.368/76 traz uma política de prevenção, no artigo 1º, em que responsabiliza inclusive pessoas jurídicas na prevenção do controle de drogas, estabelecendo metas de colaboração (GONÇALVES, 2012, p. 11).

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu mecanismos que visavam conter o tráfico de entorpecentes, inclusive tornando-o insuscetível de graça e anistia. Além disso, a Constituição Federal possibilitou a extradição do brasileiro naturalizado, desde que comprovada sua participação no crime de tráfico de drogas, ainda que o delito tenha ocorrido antes da naturalização.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, em 1990 foi promulgada a Lei de Crimes Hediondos, que elevou o crime de tráfico à condição de hediondo, trouxe a vedação da concessão de determinados benefícios aos crimes de drogas, como a liberdade provisória com ou sem fiança, bem como a substituição por penas restritivas de direitos, entre outras (GONÇALVES, 2012, p. 11).

Em 2002, com o objetivo de conter a proliferação de drogas no país, foi promulgada a Lei n. 10.409. A legislação baseou-se em uma política criminal inspirada em convenções e fóruns internacionais que discutiam o combate ao narcotráfico e o uso de drogas. A política criminal adotada pela Lei, que também era aplicada em âmbito internacional, estabelecia práticas de prevenção, tratamento, repressão e erradicação.

A Lei também trouxe o dever de pessoas físicas e jurídicas colaborarem na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevido de substâncias ou drogas ilícitas. Em comparação ao constante na Lei anterior, nº 3.368/76, foi retirada a obrigatoriedade de pessoas físicas colaborarem na repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes. Permanece o dever de colaboração na prevenção, que não possui caráter coercitivo, mas sim de colaboração livre e voluntária.

A Lei n. 10.409/02 foi promulgada parcialmente, uma vez que gerou polêmica por pretender substituir a Lei n. 6.368/76. Vários dispositivos foram vetados. Assim, a Lei 6.368/76 continuou a vigorar, naquilo que não era incompatível com a Lei n. 10.409/02 (GONÇALVES, 2012, p. 13).

Em 2006, foi promulgada a “Lei de drogas”. A Lei n. 11.343/06 objetivou linear as políticas apresentadas na Lei n. 6.368/76, na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90) e na Lei n. 10.409/02, uma vez que essas leis apresentavam uma descontinuidade no modo de aplicação.

A promulgação da Lei n. 11.343/06 ocorreu trinta anos após a entrada em vigor da Lei n. 6.368/76. Longo foi o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da Lei n. 10.409/02, que teve grande parte de seus artigos vetados pelo Presidente da República.

O projeto proposto pelo Executivo e o texto aprovado pelo Congresso seguiam a linha da despenalização do uso de drogas ilícitas, bem como a rejeição de sanções privativas de liberdade em caso de reincidência.

A publicação da Lei n. 11.343/06 trouxe uma nova compreensão de como as políticas públicas e o arcabouço jurídico deveriam compreender usuários de drogas. A Lei n. 11.343 foi promulgada visando diminuir as linhas de descontinuidade das legislações anteriores de contenção ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06, a Lei n. 6.368/76 e a Lei n. 10.409/02 foram revogadas. No entanto, algumas promulgadas na vigência das leis anteriores permaneceram em vigor.

A vigente Lei n. 11.343/06, intitulada “Lei de Drogas” instituiu o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas-SISNAD, fundamentado em medidas para a prevenção do uso de entorpecentes, bem como atenção ao usuário e a inserção social do dependente, assim como a repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecente. A política criminal adotada pela “Lei de Drogas” instituiu o princípio da cooperação, que estabelece o apoio mútuo entre os órgãos do sistema político e judicial, como também a sociedade civil, com o objetivo de atender novas diretrizes trazidas pela nova legislação (GONÇALVES, 2012, p. 14).

Merece destaque a inovação trazida pelo artigo 28 da nova legislação: usuários e dependentes químicos passaram a receber tratamento diferenciado em relação ao tema nas legislações revogadas. A partir da Lei n. 11.343/06 foi aplicado o modelo de justiça restaurativa. Colocou-se o usuário e o dependente químico na modalidade de infratores *sui generis*: evitam-se sanções privativas de liberdade, e, por outro lado, aplicam-se reprimendas e medidas terapêuticas e ressocializadoras (GONÇALVES, 2012, p. 16).

No que tange ao Crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, não houve alteração no que diz respeito à tipicidade da conduta se comparada às mesmas trazidas na Lei de Tóxicos.

Embora a tipificação do crime de tráfico não tenha sido alterada, a lei vigente trouxe mudanças no que diz respeito às sanções aplicadas: a pena mínima que era de três, passou para cinco anos. Assim como a pena de multa que era de cinquenta a trezentos dias-multa passou para quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Tal alteração na quantidade de dias-multa se deu pelo fato de o crime de tráfico ter como finalidade o interesse econômico.

Quanto ao crime de tráfico, tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, a legislação vigente seguiu a tradição da Lei anterior, nº 6.368/76, ao manter as mesmas condutas típicas. No entanto, a inovação se deu pelo aumento da pena mínima de reclusão de três para cinco anos, ainda que trazendo a possibilidade de redução da pena prevista no §4º. À época, tal artigo foi criticado pela doutrina por violar princípios constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade (GONÇALVES, 2012, p. 16).

A Lei n. 11.343/06 trouxe expressamente os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), incluindo o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial sobre sua autonomia e liberdade (art. 4º, I); o reconhecimento da diversidade populacional (art. 4º, II), a adoção da abordagem multidisciplinar (inciso IX) além de fixar diretrizes relacionadas à prevenção do uso de drogas, especialmente por meio do fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas (art. 19, III), bem como o reconhecimento de que a redução de riscos é resultado desejável das ações de natureza preventiva (inciso VI). O reconhecimento expresso, positivado, de tais princípios refletem uma nova abordagem, pois marca um paradigma proibicionista moderado, incluindo estratégia de redução de danos (RIBEIRO, 2013, p. 37).

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Quando da sua promulgação, a Lei n. 11.343/06 foi considerada polêmica por trazer a despenalização para uso próprio, prevista no artigo 28, já que inovou ao não prever pena privativa de liberdade ao usuário, bem como a equiparação do uso próprio para quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º), a redução da pena para consumo compartilhado de droga ilícita, que antes era equiparado ao tráfico. Houve uma redução do controle penal em relação ao usuário, comparado ao disposto na Lei n. 6.368/76 (RIBEIRO, 2013, p. 36).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Em relação ao tráfico de drogas, a Lei n. 11.343/06 trouxe tratamento penal diferenciado, aumentando a pena mínima prevista para o tipo para cinco anos. No projeto de lei encaminhado pelo executivo, a pena mínima permanecia em três anos. No entanto, o texto aprovado aumentou o patamar mínimo para cinco anos de reclusão, possivelmente visando impedir a aplicação das penas alternativas.

2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Penal de 1940 estabelecia a perda da função pública, seja eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação da sentença como penas acessórias. Sendo admitida a aplicação cumulativa com a pena restritiva de liberdade imposta.

No entanto, as penas restritivas de direitos previstas na legislação atual não possuem caráter acessório, mas, são autônomas e sua cumulação com penas

restritivas de liberdade não são admissíveis. Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 485),

as penas restritivas de direitos previstas no estatuto atual são autônomas _e não acessórias_, sendo, de conseguinte, inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade. São, de fato, substitutivas destas últimas, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do quantum correspondente à privação da liberdade, para ao depois proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos, quando isso for possível.

O Direito positivo contemporâneo, ao contrário do precedente, não registra como penas restritivas de direitos a publicação da sentença ou a perda da função pública, eletiva ou de nomeação. Entretanto, sublimou a interdição temporária de direitos à categoria de pena principal, conforme o artigo 43 da Constituição Federal de 1988 (CF).

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – Vetado.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Parte da doutrina alega que somente a pena de interdição temporária de direitos tem o atributo de restringir direitos, uma vez que não atinge, de forma direta e imediata o direito de liberdade, mas a posição que o sujeito disfruta na sociedade. As demais penas possuem divergência doutrinária: parte da doutrina afirma que, embora as demais penas possuam a mesma natureza jurídica, especialmente a de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, bem como a limitação de fim de semana, são substitutivos penais que tem por objetivo evitar os efeitos danosos das penas privativas de liberdade de curta duração. Contrariamente, parte da doutrina argumenta que o dever de prestação de trabalho por imposição estatal é uma diminuição no direito do condenado e, logo, é uma restrição de direitos em sentido estrito (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 485).

A previsão das penas restritivas de direitos pretende alcançar um duplo propósito: aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e substituí-la quando aconselhadas, por meios diversos de sanção criminal, mas dotadas de eficiente poder coercitivo.

Inicialmente, a adoção de penas restritivas foi dada com cautela, abrangendo somente as penas privativas de liberdade inferiores a um ano e os delitos culposos. No entanto, em 1998, com o advento da Lei n. 9.714, que concedeu nova redação aos artigos 43 a 47 e 55 do Código Penal, ocorreu a criação de novos gêneros de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária e perda de bens e valores (CP, art. 43, I e II). Aumentou-se também significativamente o campo de atuação, estendendo-se não só aos crimes culposos, independentemente da pena aplicada, como também às penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, desde que a prática do crime não envolva violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I).

A denominação penas restritivas de direitos abrange exclusivamente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP) e as interdições temporárias de direitos (art. 47, I, II e III, CP). As outras penalidades previstas nos artigos 43 e 47 integram o rol de penas restritivas de liberdade: limitação de fim de semana (art. 43, VI, CP); proibição de frequentar determinados lugares (art.47, IV, CP); e penas patrimoniais: prestação pecuniária e perdas de bens e valores (art. 43, I e II, CP) (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 486).

A pena alternativa difere da pena substitutiva. A pena alternativa é uma espécie de pena originária, que pode ser aplicada diretamente desde o início. Já na pena substitutiva, o juiz deve aplicar a pena originária correspondente a pena privativa de liberdade e, posteriormente, substituí-la.

As penas restritivas de direitos classificam-se em genéricas e específicas. Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p.487), as penas restritivas de direitos genéricas “aditem a aplicação substitutiva em qualquer infração penal, sem exigência específica, enquanto as penas restritivas de direitos específicas limitam sua aplicação a “determinados delitos perpetrados no exercício de certas atividades, mediante violação do dever a elas inerentes, ou a delitos culposos”.

No que tange às penas restritivas genéricas, citam-se a “prestação pecuniária, a perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana”. Quanto às penas restritivas de direitos específicas, cita-se a interdição temporária de direitos.

Cumprido ressaltar a distinção de pena e reparação civil. A pena fundamenta-se na culpabilidade do agente. É a principal consequência jurídica do delito e possui caráter preventivo geral e especial, bem como visa reafirmar o ordenamento jurídico.

Assim, em sede material, a elevação pelo legislador de uma consequência jurídica adstrita ao delito à categoria de pena deve observar necessariamente determinadas condicionantes. Para tanto, é imprescindível que tal consequência esteja apta a cumprir o desiderato da pena e seja considerada legítima à luz dos princípios penais de garantia e da própria noção de Estado Democrático de Direito (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 487).

Assim, não é suficiente registrar formalmente como pena qualquer consequência jurídica do delito, é necessário que seja uma consequência penal.

A responsabilidade civil tem por origem o delito, fundamentando-se no dano causado à vítima e não no delito em si. Logo, não é uma consequência jurídico-penal. O quantum da reparação deve ser determinado pela gravidade do prejuízo. Nesse sentido, a pena também não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

A responsabilidade civil busca proteger os interesses privados, enquanto a pena visa tutelar o interesse público. A responsabilidade civil se presta ao ressarcimento do dano, de forma que o autor do delito deve reparar o dano econômico, indenizar o prejuízo causado.

Na atualidade, é crescente a utilização da reparação civil com fins penais, que aparece sobretudo ligada à ideia de substitutivo. A respeito do tema, propõe-se, em primeiro lugar, que seja ela uma pena; em segundo lugar, que tenha uma nova finalidade independente da pena; e; finalmente, seu uso como consequência jurídica do delito, na modalidade de substitutivo da pena (terceira via). (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 487)

Importante ressaltar que a reparação civil, meio compensatório entre autor e vítima, não deve ser realizada pelo sistema penal como pena, uma vez que são diversos os fundamentos entre reparação civil e pena, bem como a reparação civil não satisfaz plenamente a finalidade da pena. Desse modo, no que tange a reafirmação do ordenamento jurídico e dos meios de prevenção geral, “a pena se

revelaria inapropriada quando a gravidade do injusto/culpabilidade fosse superior às necessidades de reparação”.

Cumprido ressaltar também que, nos termos do Código Civil, artigo 186 c/c 927, o agente que violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo. De acordo com Prado, “A pena reparatória, por assim dizer, carece de todo efeito punitivo no sentido da prevenção geral intimidatória, contribuindo para uma disfunção axiológica entre o penal e o civil” (PRADO, 2014, p. 488). Essa orientação visa despenalizar. No entanto, para que haja reparação, a pena necessita apresentar efeito punitivo no que diz respeito à prevenção geral intimidatória, de modo a contribuir para uma falha de interpretações dos valores envolvidos nas esferas penal e civil.

Prado; Carvalho; Carvalho afirmam que “o substitutivo penal deve ter a natureza jurídica de autêntica pena”. Desse modo, a reparação civil não demonstra ser um mecanismo suficiente ao cumprimento das finalidades próprias da pena e, dessa forma, “não deve ser erigida à categoria de pena substitutiva ou alternativa” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 488).

Desse modo, as normas reguladoras da responsabilidade civil não devem ser consideradas atribuições do Direito Penal, o que não impede o socorro da responsabilidade civil como um recurso civil que pode ser utilizado no tratamento do crime.

Conforme o exposto, a prestação pecuniária (CP, art. 43, I), a multa reparatória (Código de Trânsito Brasileiro, artigo 297) e a perda de bens e valores (CP, art. 43, II) não configuram natureza jurídica de pena. São hipóteses de reparação/indenização civil.

2.1 Espécies de Pena Restritiva de Direitos

A Lei nº 7.209/1984 ocasionou a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, recepcionando-se as penas alternativas ou substitutivas. Devido ao seu caráter geral, tais penas podem substituir a pena privativa de liberdade em caráter abstrato cominada na Parte Especial, qualquer que seja o título em que esteja

inserido o delito, uma vez que os requisitos autorizantes estejam presentes no caso em análise.

As penas restritivas de direitos_ substitutivas_ encontram-se previstas no Código Penal, artigo 43 e tem por propósito evitar a duvidosa eficácia das penas privativas de liberdade aplicadas a casos delituosos de pouca repercussão, efetuadas não raramente por delinquentes ocasionais. Tais penas abrangem as seguintes espécies:

2.1.1 Prestação Pecuniária

Prevista no artigo 43, I, Código Penal, fundamenta-se no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com finalidade social, de valor arbitrado pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

Trata-se de uma forma de reparação civil transformada em sanção criminal, de modo a viabilizar seu cumprimento, uma vez que o legislador dispõe que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º)”. O parágrafo 2º do citado artigo possibilita ainda a substituição da prestação pecuniária por prestações de outra natureza, como gêneros alimentícios, desde que haja anuência do beneficiário.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Segundo Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 489), a prestação pecuniária inominada é uma violação ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, uma vez que a indeterminação dessa pena não oferece segurança jurídica e, desse modo, resta questionável sua constitucionalidade. Segundo o autor, “em princípio, tendo em vista o estabelecido no Código Penal, que considera a prestação pecuniária como espécie de pena restritiva de direitos (art. 43, I, CP), nada impede sua substituição (conversão) por pena privativa de liberdade (arts. 44 e 45, CP)”. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO., 2014, p. 489-490).

2.1.2 Perda de bens e valores

A perda de bens e valores, prevista no artigo 43, II, do Código Penal, reverte os valores obtidos por meio da aplicação da penalidade ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão em legislação especial, que pode dar-lhe destinação diversa. O valor tem como teto o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro (o que for mais elevado), nos termos do artigo 45, § 3º.

Segundo Bitencourt (2019, p. 694), tal modalidade de pena restritiva de direitos é equivalente “a pena de confisco, que, de há muito, foi proscrita do Direito Penal moderno”. De acordo com o autor, a expressão ‘perda de bens’ é eufemística e retrata um retrocesso trazido pela Constituição cidadã.

Os ilustres e democratas constituintes não tiveram a coragem de denominá-la corretamente: pena de confisco! O Código Penal brasileiro de 1940 não o consagrava e a própria constituição de 1969 o proibia, restando somente, como efeito da condenação, o “confisco de instrumentos e produtos do crime”, em determinadas circunstâncias (BITENCOURT, 2019, p. 694).

O objeto do valor arrecadado não são produtos decorrentes do crime, mas o patrimônio pessoal do acusado. Não se trata nem da reparação do prejuízo causado, nem do proveito do crime. Esses dois elementos são utilizados apenas como parâmetro para o cálculo.

Prado; Carvalho; Carvalho (2014, p. 490) dispõe sobre a importância de se analisar o disposto no artigo 43, CP de maneira restritiva, ou seja, de forma que a perda de bens e valores atinja somente o patrimônio que foi adquirido ilicitamente pelo agente. Caso contrário, ou seja, se houver interpretação extensiva, abrangendo

também o patrimônio obtido licitamente pelo agente, tratar-se-á de simples confisco, o que estaria viciado de inconstitucionalidade, uma vez que viola os princípios da personalidade e da individualização da pena.

Cumpra destacar ainda a previsão constitucional da decretação do perdimento de bens que pode ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do patrimônio transferido, nos termos da CF, art. 5º, XLV:

[...] essa excepcional e absurda possibilidade de transmissão da perda de bens e valores aos sucessores do condenado colide frontalmente com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, visto que passaria da pessoa do condenado, e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além disso, a morte do agente é causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP) (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 490).

O quantum a ser fixado como pena tem como teto o maior valor entre o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido por meio da prática do delito. Outro fator importante é que a possibilidade de aplicação dessa sanção restringe-se a condenações que não ultrapassem o limite de quatro anos de prisão. De acordo com artigo 45, parágrafos do Código Penal, só é possível a aplicação da pena restritiva de bens e valores quando couber a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Não será cabível, ainda, a extensão da interpretação para aplicá-la em condenações superiores a quatro anos, tampouco para casos em que não restem satisfeitos os requisitos legais da substituição (BITENCOURT, 2019, p. 695)

2.1.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Baseado em países europeus que lograram êxito em sua aplicação, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas adentrou ao ordenamento jurídico em 1984.

Trata-se de um ônus atribuído ao sentenciado como consequência jurídico-penal da violação de norma jurídica. Segundo Bitencourt (2019, p. 703), “as características fundamentais que o trabalho em proveito da comunidade deve reunir são gratuidade, aceitação pelo condenado e autêntica utilidade social”.

A princípio, a prestação de serviço num horário que seria de descanso do condenado gera angústias e aborrecimentos. Tais sentimentos são próprios da

sanção penal e integram o sentido retributivo da pena. No entanto, a realização de uma atividade comunitária leva o sentenciado a receber, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado.

A contribuição gerada àquela comunidade gera no sentenciado a reflexão sobre a própria prática do crime, a sanção aplicada, o trabalho realizado e o reconhecimento, bem como a escala de valores aceita por essa comunidade. Tal reflexão favorece a ressocialização, indispensável no aperfeiçoamento humano do sentenciado (BITENCOURT, 2019, p. 703).

A previsão legal da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas está prevista no Código Penal, artigo 46, § § 1º e 2º. Tal pena consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas, a serem realizadas em benefício da comunidade ou de entidades públicas. A prestação do serviço é de utilidade pública ou comunitária e a instituição deve ser conveniada e credenciada a participar do programa alternativo à pena de prisão. Logo, exemplificativamente, podem ser beneficiárias as entidades assistenciais, escolas, hospitais ou demais estabelecimentos congêneres, em programas comunitários e estatais.

Não se caracteriza nenhuma relação de vínculo empregatício entre o Estado e o condenado, uma vez que as tarefas atribuídas não são remuneradas, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 30: “As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas”.

Houve por parte do legislador a preocupação em estabelecer o afastamento de entidades que visam lucro da prestação gratuita de serviços comunitários, com o objetivo de se evitar a exploração da mão de obra gratuita e, conseqüentemente, o locupletamento sem a devida contraprestação. Destinou-se tal prerrogativa a entidades que não poderiam usufruir de tal recurso em virtude da escassez de recursos econômicos.

O objetivo precípua da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a reinserção social do condenado, sem que esse sofra a estigmatizante e traumática pena restritiva de liberdade.

Aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, tal instituto deve observar a correspondência com as aptidões pessoais do

condenado. Além disso, não deve coincidir com a jornada pessoal de trabalho, de modo que altere minimamente a rotina do executor da pena. Tal preocupação do legislador em determinar que a prestação de serviços à comunidade seja executada em horário diverso da rotina de trabalho do condenado contribui com sua reintegração social, uma vez que não interfere negativamente na estrutura profissional, familiar e social do condenado, de modo a não intervir na sobrevivência e no sustento do sentenciado e de sua família (Bitencourt, 2019, p.701).

Nos termos do Código Penal, artigo 46, § 3º, as tarefas devem ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação. O início do cumprimento da sanção se dará no primeiro comparecimento ao local em que o juiz de execução determinar. A fixação do cumprimento da pena não deve prejudicar a jornada de trabalho.

Cabe a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas ao juiz do processo. No entanto, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 149, quem designa a entidade ou o programa comunitário ou estatal a ser executado o trabalho não remunerado é o juiz da execução, levando em consideração as aptidões do condenado, bem como determina a intimação do condenado, de modo que ele tenha ciência da entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena, bem como, caso seja necessário, adequar a forma de execução às modificações na jornada de trabalho.

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;

II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

O artigo 79 da Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que cabe ao patronato público ou particular, órgão de execução penal, conforme o artigo 79 da

LEP, orientar e fiscalizar o cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

I - orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

II - fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;

III - colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

A entidade designada pelo juiz de execução penal, beneficiada com a prestação de serviços deve encaminhar mensalmente relatório circunstanciado das atividades desempenhadas pelo condenado, assim como, a qualquer tempo, comunicar a ausência ou falta disciplinar cometida, nos termos da Lei de Execuções Penais, artigo 150.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.

2.1.4 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos possui aplicabilidade a determinados crimes. Característica que a diferencia das demais espécies de pena restritiva de direitos, que possuem aplicação genérica. De caráter especialmente preventivo, tais interdições afetam os interesses econômico-sociais do réu, porém sem submetê-lo aos dessabores que apresentam uma pena restritiva de liberdade de curta duração (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 493).

A duas primeiras modalidades de interdição constam no artigo 47, I e II, Código Penal. A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo abrange somente os que exercem cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo em desacordo com os deveres que lhe são inerentes. Trata-se das hipóteses de violação de dever funcional.

2.1.4.1 Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo:

A incapacidade de exercer a função não é definitiva. A suspensão temporária terá a duração da pena de prisão substituída. Para que caiba a substituição da pena,

é imperioso que a prática da infração penal se dê em virtude da violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade. Segundo Bitencourt (2019, p. 706), “não é necessário, porém, que se trate de crime contra a administração pública; basta que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe”.

Se não houver impedimentos administrativos, o condenado poderá desempenhar suas funções normalmente. A legislação não traz regulações a respeito dos efeitos administrativos decorrentes da aplicação da penalidade, como vencimento, férias, vantagens funcionais, dentre outros. Quanto ao exercício do mandato eletivo, existe a previsibilidade de afetação em virtude da condenação: ocorrerá uma espécie de suspensão parcial dos direitos políticos.

Dessa forma, os condenados por crimes contra a administração pública, como peculato culposo (CP, art. 312, § 2º), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315) abandono de função (CP, art. 323), dentre outros, podem ter a pena privativa de liberdade imposta, substituída pela interdição temporária de direitos, se a pena não ultrapassar quatro anos.

2.1.4.2 Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público:

A proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, conforme o CP, artigo 47, II, abrange profissionais que desempenham atividades de habilitação especial, que dependem de licença ou autorização do poder público. Tal penalidade é aplicada àqueles que infringem deveres próprios da profissão, especialmente com a prática de crimes próprios: maus tratos (CP, art. 136, caput); violação de segredo profissional (CP, art. 154); omissão de notificação de doença (CP, art. 269); falsificação de atestado médico (CP, art. 302), dentre outros.

Cabe a substituição da pena pela proibição do exercício do mister ao profissional condenado por crime no exercício da sua atividade, infringindo deveres próprios de sua categoria profissional. A aplicação da sanção deve preencher os requisitos necessários de modo que a substituição reste suficiente à reprovação e prevenção do crime (BITENCOURT, 2019, p. 707).

Importante destacar que a sanção deve ser restrita a atividade em que ocorreu o abuso de poder ou a infração do dever que lhe seja inerente. Sem abranger todas as profissões que o condenado possa exercer.

Relevante destacar que o cumprimento da interdição temporária de direitos não afasta a aplicação de penalidades extrapenais, como, por exemplo, a suspensão de exercício profissional por parte de conselho ou da administração pública.

A interdição de direitos é uma sanção penal aplicável independentemente da sanção que couber no âmbito ético ou administrativo. Isto é, a condenação criminal não inibe os Conselhos Regionais de Classes e a Administração Pública de aplicarem, em suas esferas de competência, as sanções correspondentes. (BITENCOURT, 2019, p. 705)

As duas primeiras modalidades de interdição temporária de direitos apresentam reflexos econômicos. Em virtude das consequências financeiras que produzem, apresentam potencial preventivo geral, já que inibem abusos e desrespeito aos deveres funcionais e profissionais, específicos de cada atividade.

2.1.4.3 Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos:

A terceira modalidade de interdição temporária de direitos é a suspensão de autorização ou de habilitação para conduzir veículos, em casos de crime culposo de trânsito, conforme o Código Penal, artigo 57. Importante diferenciar tal pena restritiva de direitos da inabilitação para dirigir veículo, quando utilizada como instrumento para prática de crime doloso, que é efeito da condenação, previsto no CP, art. 92, III.

Cumprir destacar a diferença dos termos autorização e habilitação. O termo autorização é utilizado para condutores de veículo de tração animal ou propulsão humana, bem como os condutores estrangeiros de veículos automotores que foram regularmente habilitados em seu país de origem. Ao termo autorização conceitua-se como a licença concedida pelo órgão de trânsito brasileiro para a condução de veículo automotor, a todo aquele que regularmente se submete ao processo de habilitação e é aprovado.

Embora se tratem de termos distintos, tanto a autorização quanto a habilitação podem ser suspensas em virtude de aplicação de pena restritiva de direitos, aplicável aos crimes culposos de trânsito, por igual período ao fixado na pena privativa de liberdade substituída. Embora o antigo Código de Trânsito, datado

do ano de 1966, já trouxesse o termo autorização, essa modalidade nunca chegou a ser implementada.

O Código de Trânsito em vigência, Lei nº 9.503/97, acrescentou a permissão para dirigir, que possui validade de um ano, e, ao término deste período, se o condutor não tiver cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou reincidência em infração média, o candidato se tornará habilitado a dirigir veículos.

A aplicação da penalidade não obsta que a autoridade, administrativamente, estabeleça a realização de novos exames de habilitação, inclusive com a apreensão prévia do documento de habilitação (BITENCOURT, 2019, p. 707-708).

2.1.4.4 Proibição de frequentar determinados lugares

A Lei n. 9.714/98 acresceu o inciso IV ao artigo 47 do Código Penal. Trata-se da categoria de pena restritiva de direitos que estabelece a proibição de frequentar determinados lugares.

A expressão genérica “determinados lugares” é polêmica, uma vez que não especifica com clareza e determinação a que lugares a lei se refere. Se tais lugares deveriam ter relação com a conduta criminosa praticada. Importante esclarecer que o lugar elegido para a proibição não pode ser aleatoriamente escolhido por parte da autoridade judiciária pelo fato do sentenciado eventualmente ter, querer ou precisar frequentar.

A relação entre o lugar proibido e a proibição precisa ter estrita relação com a prática do crime. O local precisa influenciar o infrator na formação, socialização ou ressocialização. Além disso, precisa restar caracterizada a relação de influência criminógena com o local em que a infração penal foi cometida, como também com a personalidade e a conduta do sentenciado. Da relação desse conjunto de fatores, resulta a proibição da frequência do infrator a determinado local, como alternativa à pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2019, p.710).

Logo, tal substituição não deve ser aplicada a qualquer infração penal, mas, àquela em que reste caracterizada a correspondência entre o local e a conduta praticada.

2.1.4.5 Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos

A Lei n. 12.550/11 acresceu o inciso V ao Código Penal. Trata-se da proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos. Caracteriza-se por ser uma espécie de inabilitação especial temporária de o réu concorrer ou participar em concursos públicos ou assimilados.

Ocorre que o legislador não indicou as hipóteses ou casos em que a pena deveria ser aplicada, restando uma lacuna no Código de Direito Penal. Dessa forma, a aplicação da pena não tem natureza específica, de modo que seu caráter genérico permite ao julgador aplicá-la se quiser, uma vez que pode preferir outra pena.

Por isso, embora a intenção do legislador_ pelo que se depreende de seu texto e da oportunidade de sua publicação _ tenha sido a fraude das provas do ENEM, a sua aplicação não é obrigatória. Ou seja, a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos poderá acabar, por opção do julgador, não sendo a pena aplicada para quem for condenado pelo crime descrito no art. 311-A (fraudes em certames de interesse público) (BITENCOURT, 2019, p. 711).

2.1.5 Limitação de fim de semana

Preceitua o artigo 48, caput e parágrafo único, Código Penal, que a limitação de fim de semana baseia-se na obrigação do condenado permanecer, aos sábados e domingos, pelo período de 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, situação em que poderão ocorrer, durante a permanência, a ministração de cursos e palestras, bem como atividades educativas.

Nos crimes que envolvem violência contra a mulher, poderá o juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação, nos termos da Lei de Execuções Penais (LEP), artigo 152, parágrafo único.

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

A casa de albergado caracteriza-se principalmente pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Ademais, o local possui aposentos para a acomodação do preso, local para ministração de cursos e palestras, assim como instalações para os serviços de fiscalização e orientação aos condenados. O prédio deve ser situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos,

conforme os artigos 94 e 95 da Lei de Execuções Penais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 497)

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

A substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos possibilita ao condenado uma série de vantagens: a permanência deste junto a seus familiares; impede o afastamento prolongado de sua jornada de trabalho; evita o contato do condenado com as mazelas do sistema carcerário. Segundo Bitencourt, a limitação de fim de semana, chamada pelo autor de prisão descontínua

tem a intenção de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, de manter suas relações com sua família e demais relações sociais, profissionais etc. E objetiva, fundamentalmente, impedir o encarceramento com o inevitável contágio do ambiente criminoso que essa instituição total produz e todas as consequências decorrentes, sem descuidar da prevenção especial. (BITENCOURT, 2019, p. 697)

Instituído pela Reforma Penal brasileira de 1984, a limitação de fim de semana tem a finalidade de fracionar as penas privativas de liberdade de curta duração, obrigando o condenado a permanecer, pelo total de 10 horas, durante os dois dias do fim de semana, em estabelecimento adequado, de forma a permitir que a sanção penal seja cumprida em dias normalmente dedicados ao descanso. No entanto, a finalidade dessa sanção transcende a pessoa do condenado. Busca impedir também que os efeitos diretos e indiretos da pena privativa de liberdade recaia em familiares do delinquente que não deveriam sofrer os efeitos da condenação, em especial no que tange a questões econômicas e sociais (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 697)

No entanto, as dificuldades do Estado em oferecer condições adequadas ao regular cumprimento da limitação de fim de semana, como o local adequado para o funcionamento da casa do albergado ou estabelecimentos congêneres, ausência de profissionais capacitados para ministração de cursos ou palestras, prejudica a viabilidade prática do cumprimento efetivo da pena, uma vez que são raros os locais destinados à execução da restrição descontínua ou parcelada da liberdade. Como

consequência da inexistência das casas de albergado por todo o país, resta a inaplicabilidade da sanção, que a maioria dos juízes substitui por outra alternativa.

O cumprimento da pena de limitação de fim de semana possui caráter educativo, já que durante seu cumprimento o albergado poderá receber cursos, bem como outra modalidade de atividade educativa. Tais recursos estão em consonância com os objetivos reeducadores da sanção penal (PRADO; CARVALHO; CARVALHO; 2014, p. 698).

A intimação do condenado deverá ser determinada pelo juiz da execução, com informações sobre o local, dias e horários do cumprimento da pena imposta, iniciando-se a execução na data do primeiro comparecimento, nos termos da LEP, art. 151, caput e parágrafo único. O horário de cumprimento da pena pode ser flexibilizado em virtude das atividades laborais do acusado, bem como às disponibilidades do estabelecimento.

O juiz da execução deverá também cientificar o condenado da possibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, se ele deixar de cumprir as condições estabelecidas ou se cometer falta grave, descumprindo, injustificadamente, as restrições que lhe foram impostas. O controle de comparecimento do condenado ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana deve ser realizado por relatório, apresentando a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar que o condenado tenha praticado (LEP, art. 153).

3 A DOSIMETRIA DA PENA E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: APLICAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E A LEI N. 11.343/2006

A legislação brasileira sobre drogas sofreu uma série de modificações ao longo do tempo pelas Leis n. 4.451/64, n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002, que foi vetada no Capítulo relativo aos crimes e penas, e pela Lei n. 11.343/2006, atualmente em vigor. Intitulada “Lei de drogas”, a Lei n. 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, com o objetivo de prevenir o uso, reinserir a sociedade o usuário, bem como reprimir o tráfico de drogas.

Se for inevitável a ocorrência do crime, necessária se faz a resposta estatal, respeitados os limites estabelecidos pelo legislador, com o objetivo de recompor a inquietação social que a prática criminosa proporciona, bem como garantir o respeito às normas estabelecidas democraticamente pelo Estado.

A Lei n. 11.343/06 trouxe normas rígidas em diversos aspectos da aplicação da pena no crime de tráfico de drogas. Regras genéricas e padronizadas favoreceram a aplicações de sanções desproporcionais, em que não se levava em consideração a culpabilidade do agente, em desacordo com princípios constitucionais, como o princípio da individualização da pena (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 8).

O princípio constitucional da individualização da pena assegura a aplicação de uma pena justa, proporcional à culpabilidade do agente e as circunstâncias do caso concreto, sem a aplicação de conceitos abstratos ou normas padronizadas.

O Código Penal apresenta a realização de três fases para a fixação da pena: a primeira fixa a pena-base (art. 59); a segunda aplica as circunstâncias atenuantes e agravantes; a terceira fixa as majorantes e minorantes. Sucessivamente, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e, se couber, a aplicação de penas alternativas e sursis. Além de verificar a possibilidade de o condenado recorrer em liberdade.

Segundo o artigo 59 do Código Penal, o juiz deve levar em consideração para a fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequência do crime, bem como o comportamento do ofendido. No entanto, o artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que o juiz, ao fixar a pena de tráfico de drogas “considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Lei 11.343/06:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

De acordo com o artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, o crime de tráfico de drogas apresenta possibilidade de aumento de pena de um sexto a dois terços, de acordo com as circunstâncias em que o ocorreu a prática delituosa:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

O artigo 33, §4º da Lei n. 11343/2006, dispõe sobre a possibilidade de redução da pena, quando tratar-se de tráfico privilegiado.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer

drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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.

Recente decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo reiterou a obrigatoriedade de não restar configurada a associação criminosa para usufruto do benefício previsto no artigo 33, §4º, Lei 11.343/06:

REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE REFUTADA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI 11343/06. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11343/06. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DE CRITÉRIOS MEDIANTE MANUTENÇÃO DAS PENAS ARBITRADAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS. REVISÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. As provas testemunhais consistentes nos depoimentos dos policiais que participaram das investigações são suficientes para demonstrar o liame associativo entre os corréus, a fim de atestar a ocorrência do crime do art. 35 da Lei 11.343/06. O redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei 11343/06 não se aplica às situações em que se reconhece a existência de organização criminosa. É possível que o Tribunal reveja os critérios e a fundamentação dada pelo Juízo monocrático sem que haja violação das garantias processuais do Recorrente ou Requerente de revisão criminal, desde que não importe em aumento de sua pena.

(TJ-ES - RVCR: 00345860620198080000, Relator: WILLIAN SILVA, Data de Julgamento: 10/02/2020, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 17/02/2020)

Para que o acusado faça jus à causa de diminuição, é fundamental que este não possua antecedentes criminais, não seja reincidente, nem integre organização criminosa. No entanto, decisão do Superior Tribunal de Justiça aponta no sentido de que a variedade e a quantidade de droga apreendida justificam a não aplicação da minorante, bem como o regime de cumprimento de pena mais gravoso.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante. In casu, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base

(primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade/natureza da droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. : Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014). 2. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas e das circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 3. A quantidade e natureza das drogas apreendidas - 45 tijolos de maconha e 1 de cocaína, além de 2.150 porções de maconha e 146 de cocaína - constituem fundamentos idôneos para o agravamento do aspecto qualitativo da pena, ou seja, para a fixação de regime mais gravoso (fechado). 4. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 8 anos, a circunstância judicial desfavorável (quantidade da droga) justifica a fixação do regime inicial fechado, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP). 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1846545 SP 2019/0323561-7, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 18/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2020)

No caso em análise, tanto a diversidade de drogas quanto a quantidade demonstraram que o acusado dedicava-se a atividades criminosas ou integrava organização criminosa. Determinando que a minorante, prevista no artigo 33, §4º, Lei n. 11.343/06, não fosse aplicada.

Quanto à fixação do regime inicial, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82. 959-7/SP, decidiu que a redação original do § 1º do art. 2º da lei n. 8072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, era inconstitucional . Tal inconstitucionalidade motivou a edição da Lei n. 11.464/2007, que modificou o § 1º para a seguinte redação: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. No entanto, este texto também foi considerado inconstitucional, no julgamento do HC nº 111.840/ES, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Por isso, as regras do artigo 33 do Código Penal devem ser utilizadas quando da fixação de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11).

Todo engessamento atenta contra o princípio da individualização da pena! Ora, se a pena envolve o regime em que é cumprida e se individualizá-la é adequá-la à pessoa do agente delinquencial, e ao delito cometido, a fim de

satisfazer finalidades previamente fixadas e escolhidas num contexto de política criminal, impor de forma absoluta, fechada e, pasmem!, genérica, um regime de máxima gravidade a todos os crimes hediondos e equiparados, afeta, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, a própria individualização da reprimenda, balizas maiores do sistema penal (MENDES JUNIOR (2014, p.325), apud SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11)

O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 traz a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no parágrafo 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em pena restritiva de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou, de modo incidental, por maioria dos votos, a inconstitucionalidade da proibição da aplicação de penas alternativas aos condenados por tráfico de drogas. A inconstitucionalidade declarada no julgamento do HC n. 97.256/RS para o §4º também abrangeu o artigo 44: “Os 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 direitos”.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do RESP n. 1.287.561 da 6ª Turma, decidiu por unanimidade que a negativa de concessão de sursis é desproporcional e carece de razoabilidade, uma vez que já resta superada a própria vedação legal à conversão da pena,

mormente porque inexistente óbice à concessão dos benefícios na conduta do parágrafo 2º do artigo 33 da Lei 11.343/06, que pode até ser sancionada com reprimenda mais severa que a do caput quando concedido o benefício do parágrafo 4º do mesmo artigo.

Desse modo, no tocante ao crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, a legislação passou por significativas alterações legislativas, especialmente no que diz respeito à individualização da pena. O crime de tráfico de drogas possui parâmetros preponderantes da natureza e da quantidade das substâncias apreendidas, aspectos que foram amplamente discutidos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 11).

O § 4º do artigo 33 trouxe inovação ao crime de tráfico, ao estabelecer causa de diminuição ao agente primário, desde que tenha bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosa, nem integre organização criminosa.

A norma busca reduzir a pena do traficante de primeira viagem. Desde que cumpra os requisitos estabelecidos, a pena deve ser reduzida de um sexto a dois terços, chegando a 1 ano e 8 meses, desde que a pena seja fixada no mínimo legal e não haja agravantes ou causas de majoração da pena. De acordo com jurisprudência atual, tal pena possibilita ao acusado o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A equiparação do crime de tráfico de drogas a crime hediondo faz com que haja um tratamento mais rigoroso tanto na legislação constitucional quanto infraconstitucional. O texto constitucional veda a concessão de anistia, graça e de fiança aos crimes hediondos e equiparados.

A Lei n. 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, traz ainda a imposição do cumprimento de pena em regime inicial fechado, além de maior decurso de tempo para obtenção da progressão de regime prisional.

Em virtude do tratamento rigoroso aos condenados por tráfico de drogas, o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda expressamente a concessão de sursis. Não obstante, embora a política criminal apresentasse rígida repressão desses delitos, essas restrições violam princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito à dosimetria da pena, entre eles a obrigatoriedade de regime inicial fechado, a proibição de penas alternativas e de sursis.

Em virtude das normas infraconstitucionais deverem observância aos preceitos e princípios constitucionais, entre eles a individualização da pena, que estabelece a necessidade de se distinguir as condutas ilícitas, pessoas e situações envolvidas no fato criminoso, para que a pena fixada esteja atrelada a extensão da lesão ao bem jurídico tutelado (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 18).

Dessa forma, quando da fixação da pena, não pode haver imposição de regras genéricas, uma vez que isso retira do acusado o direito de ter a apuração da sua conduta e de suas condições pessoais refletidas na fixação da pena, o que fere o princípio constitucional da isonomia: desiguais devem ser tratados de modo distinto, na medida de suas diferenças.

No julgamento do HC n. 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei n. 8072/90, no que diz respeito a

imposição de regime inicial fechado. Em outro julgamento (HC n. 97.256/RJ), decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, no tocante à vedação da aplicação de penas alternativas. A proibição de liberdade provisória ao direito de o acusado recorrer em liberdade foi declarada inconstitucional no julgamento do HC n. 104.339 (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 19).

O Código Penal apresenta, para efeito de dosimetria da pena, a combinação do disposto no artigo 59, que apresenta as circunstâncias judiciais, com o artigo 68, que determina que sejam consideradas as circunstâncias atenuantes (CP, arts. 65 e 66) e agravantes (CP, arts. 61 e 62), bem como as causas de diminuição e aumento de pena, constantes na parte geral e especial do Código Penal. Depois de analisadas as três fases, deve-se fixar a pena de multa (CP, art. 49), bem como estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena (CP, art. 33), e, finalmente, averiguar a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva de direitos (CP, art. 44) e de substituição condicional da pena (CP, art. 77), assim como definir a pena nas hipóteses de concurso formal, material e de continuidade delitiva (CP, art. 69 a 71).

A pena-base é estabelecida em conformidade com o disposto no artigo 59 do Código Penal. A fixação da pena-base, primeira fase da dosimetria da pena, se dá pela valoração das circunstâncias judiciais no que tange à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima (art. 59). Por culpabilidade entende-se o grau de reprovabilidade da conduta criminosa. Necessário se faz que a demonstração de maior censurabilidade no caso concreto, uma vez que não é possível valorar negativamente a culpabilidade apenas baseando-se nos elementares do próprio tipo penal ou em referências abstratas relacionadas à gravidade do delito (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 32).

Os antecedentes retratam a vida pretérita do acusado, se houve envolvimento com atividades ilícitas. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, somente condenações anteriores ao fato criminoso, com trânsito em julgado, podem ser utilizadas para configuração de maus antecedentes: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Ainda em relação aos antecedentes, não é possível que a valoração negativa da mesma condenação seja utilizada para antecedentes e reincidência, para que não ocorra em non bis in idem. Deve-se utilizar uma ou mais condenações para exasperar a pena-base e outra ou outras, distintas, para o agravante da reincidência, conforme entendimento do STJ, na súmula 241: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial."

Outro entendimento importante é a possibilidade de penas extintas há mais de 05 anos, que não servem para configurar reincidência serem utilizadas para valoração de maus antecedentes, conforme entendimento jurisprudencial (HC 297.783/MS – 5ª T. unânime – Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe, 02/02/2016) (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 33).

A conduta social considera os fatos da vida do acusado. A valoração negativa da conduta social deve ser aferida com base nas provas colhidas nos autos, por meio de elementos concretos de um comportamento habitual desfavorável. Importante destacar que nos termos da Súmula 444, STJ, inquéritos policiais, bem como ações penais não devem ser levadas em conta para valoração negativa de circunstâncias judiciais.

No que tange à personalidade do agente, leva-se em consideração o caráter do acusado, sua índole e temperamento. Quanto aos motivos do crime, consideram-se as razões pelas quais se deu a conduta delituosa, sem considerar aquelas inerentes às elementares do tipo penal.

Os motivos do crime são as causas específicas que levaram à prática da conduta criminosa. Cumpre ressaltar que as razões devem ser diversas das elementares do tipo penal, bem como que os motivos presentes no Código Penal, como circunstâncias atenuantes e agravantes podem ser reconhecidas na primeira fase, mas somente devem ser valoradas na segunda fase da dosimetria, com o intuito de se evitar o bis in idem.

As circunstâncias do crime associam-se ao modus operandi utilizada para a prática criminosa. Importante destacar que tais circunstâncias não podem integrar o tipo penal, sob pena de bis in idem. Para que não ocorra em nulidade, deve o

magistrado fundamentar a valoração negativa das circunstâncias do crime, baseando-se nos elementos concretos apresentados no curso processual.

Tem-se por consequências do crime, os efeitos da conduta do agente, aferindo-se o nível de intensidade da lesão jurídica provocada à vítima, que devem ser diversas do resultado característico do próprio tipo penal. Os elementos apresentados como consequências do crime devem ser comprovados por meio de elementos concretos atestados nos autos.

Silva Júnior (2016, p. 34) apresenta a definição de que o comportamento da vítima “consiste em valorar se essa contribuiu, de alguma forma, para a prática do delito, o que pode ocorrer quando há instigação, provocação ou facilitação da prática delituosa [...]”. Se tal circunstância resultar favorável ao agente do crime, esta deve ser atestada pelo juiz. Se não houver contribuição da vítima, considera-se neutra.

Ademais das circunstâncias trazidas pelo artigo 59, Código Penal, no crime específico de tráfico de drogas, a dosimetria da pena valora a natureza e a quantidade da substância apreendida para a fixação da pena-base. Tais circunstâncias, conjuntamente com a personalidade e a conduta social do agente, são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais.

A segunda fase da dosimetria da pena consiste em aferir as circunstâncias que agravam ou atenuam a pena. As circunstâncias agravantes, dispostas no Código Penal, artigos 61 e 62, apresentam um rol taxativo. Já as circunstâncias atenuantes, previstas no Código Penal, artigos 65 e 66, possuem rol exemplificativo, de modo que outras circunstâncias podem ser reconhecidas desde que sejam relevantes, ainda que não expressas em lei.

Leis especiais também podem dispor sobre circunstâncias atenuantes e agravantes, aplicadas a crimes específicos, como as dispostas no Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73), e na Lei de Crimes Ambientais (Lei. n. 6.605/98). (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 37).

De acordo com a jurisprudência do STJ, enunciado n. 231, na segunda fase de dosimetria, a pena não deve ficar abaixo do mínimo legal: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Embora não haja previsão legislativa referente à aplicação do quantum para valorar cada circunstância, a jurisprudência dos Tribunais Superiores estima o coeficiente de 1/6 o mais pertinente, no entanto, a quantificação de cada atenuante ou agravante fica a discricionariedade do juiz, desde que o faça de maneira proporcional e fundamentada (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 38).

O artigo 67, Código Penal, determina que, havendo concurso entre atenuantes e agravantes, prepondera-se a personalidade do agente, os motivos determinantes do crime, bem como a reincidência, respectivamente, as quais devem sobressair para a fixação da pena intermediária.

Quanto a reincidência, os artigos 63 e 64 do Código Penal determinam que esta ocorre quando, por meio de apresentação de certidão cartorária ou folha de antecedentes, comprova-se que o acusado possui condenação por crime anterior, com trânsito em julgado há menos de cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional desde que não haja revogação e não sejam provenientes de contravenção, crimes militares ou crimes políticos. Cumpre ressaltar que a valoração da reincidência deve ser aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, e não deve ser considerada simultaneamente como circunstância judicial, sob pena de incorrer em bis in idem (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 40).

Quanto a preponderância da atenuante da confissão espontânea, ocorre divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Para o STF, a confissão não deve ser considerada preponderante, haja vista que

A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. (RHC 115994 – 2ª T.)

Já o Superior Tribunal de Justiça entende que se devem compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea:

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência. (HC 339.223/SC)

Na terceira faz de dosimetria da pena, ocorre à incidência das causas de aumento e diminuição da pena, conforme patamares fixos ou intervalos de valores que estão dispostos tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal. Em conformidade com jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, nesta fase é possível estabelecer a pena aquém do mínimo legal ou além do máximo legal em abstrato (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 41).

Baseando-se em elementos do caso concreto, deve o julgador, havendo minorantes e majorantes, individualizar a pena. Entre as causas de diminuição de pena apresentadas pelo Código Penal está a prevista para a prática do crime na modalidade tentada. Com previsão no artigo 14, inciso II e parágrafo único, a pena deve ser estabelecida conforme o crime consumado, com diminuição de um a dois terços, considerando para a fixação do coeficiente o inter criminis percorrido.

Na terceira fase de dosimetria da pena também consideram-se os crimes praticados em concurso material e formal, assim como à continuidade delitiva, aplicando-se as formas de aumento nos termos dos artigos 69, 70 e 71, Código Penal.

Na hipótese de concurso material e concurso formal impróprio, onde se caracteriza desígnios autônomos, devem ser somadas as penas dos crimes cominadas individualmente.

Já nas hipóteses de concurso formal próprio e continuidade delitiva, o magistrado deve adotar o critério mais benéfico ao acusado, elegendo uma das penas individualizadas ou a mais grave majorada de um sexto até a metade no concurso e de um sexto a dois terços na continuidade delitiva.

Sempre que houver concurso de minorantes e majorantes, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, todas devem ser aplicadas ao caso concreto. No entanto, nos termos do artigo 68, parágrafo único, Código Penal, o julgador pode aplicar um só aumento ou uma só diminuição, de modo a prevalecer a causa que mais aumente ou diminua.

Especialmente em relação à Lei n. 11.343/06, cumpre destacar a causa de diminuição e causas de aumento de pena previstas nos artigos 33, §4º e 40, incisos I a VII. A previsão de causa de diminuição de pena favorece o traficante de primeira

viagem. Para fazer jus ao benefício da diminuição, o agente deve ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas. A redução consiste em 1/6 a 2/3 da pena e o julgador, pelo critério discricionário, deve fundamentar sua aplicação.

Ainda que aplicada a minorante, o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo e, dessa forma, subordina-se às regras previstas na Lei n. 8.072/90, como as relativas à fiança, à anistia, à graça, ao indulto e a progressão de regime. No entanto, em virtude da inconstitucionalidade determinada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores a imposição de regime inicial fechado e a vedação de aplicação de penas alternativas e de sursis foram afastadas (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 45).

No que tange às causas de aumento trazidas pelo artigo 40, Lei n. 11.343/06, a possibilidade de aumento se dá em virtude da prática de tráfico transnacional, que resta configurada a partir da prova da destinação internacional da droga, não sendo exigida a transposição das fronteiras. O artigo apresenta ainda outras possibilidades, em situações em que o tráfico envolva crianças e adolescentes, bem como no exercício de função pública, e em outras situações que envolvam questões coletivas, onde a comercialização da droga atinja um número maior de pessoas. A possibilidade de aumento é de um sexto a dois terços.

Merece destaque a previsão de circunstância agravante quando a prática do crime envolve Estados da Federação e/ou Distrito Federal. Do mesmo modo como ocorre no tráfico internacional, o entendimento da jurisprudência é que não é necessária a efetiva transposição das fronteiras, bastando a destinação interestadual para que o crime reste configurado.

Para que haja aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é necessário a verificação dos critérios concretos e objetivos para a aplicação da majorante, inclusive relacionados a quantidade de Estados-membros envolvidos.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Importante destacar que a majoração da pena requer, por parte do magistrado, fundamentação que eleve o patamar da pena superior ao mínimo legal, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena.

Definidas as três fases da dosimetria da pena, com a pena privativa de liberdade fixada, passa-se à fixação da pena de multa, desde que prevista no preceito secundário do tipo penal.

3.1 A pena de multa

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prevista isolada ou cumulativamente em determinados tipos legais, a pena de multa baseia-se no pagamento ao fundo penitenciário do valor que o juiz fixar na sentença, referente à quantidade de dias-multa estabelecido e no valor atribuído a cada dia-multa. O Código Penal, artigo 49, estabelece o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa. Nos termos do §1º, o valor do dia-multa não pode ser inferior a

um trigésimo do maior salário mínimo mensal em vigor ao tempo do fato criminoso, nem superior a cinco vezes o valor desse salário.

Dessa forma, a fixação da pena de multa consiste em duas etapas diferentes: primeiramente, se estabelece a quantidade de dias-multa, baseando-se nas três fases previstas no artigo 68, Código Penal (análise das circunstâncias judiciais, bem como das circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição de pena). Em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem ser utilizados os mesmos patamares empregados para a obtenção da pena privativa de liberdade; a segunda etapa consiste na fixação do valor de cada dia-multa, fundamentada de acordo com a situação econômica do réu, em atenção ao disposto no artigo 60, Código Penal. O valor pode ser aumentado até o triplo, se restar caracterizado que ainda que aplicada ao máximo, em virtude da situação econômica do réu a aplicação do valor seja ineficaz (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 48).

Especificamente no caso de tráfico de drogas, artigo 33 da Lei n. 11.343/06, o legislador definiu, no processo secundário da norma legal, aplicação diversa da quantidade estabelecida no Código Penal: 500 a 1500 dias-multa.

A multa deve ser paga em até 10 dias do trânsito em julgado da sentença e, nos termos do artigo 50 do Código Penal, o condenado pode requerer o parcelamento mensal que pode ser possibilitado pelo juiz, de acordo com as circunstâncias.

Nos termos do artigo 51 do Código Penal, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a pena de multa será considerada dívida de valor, submetidas às normas da legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública, até mesmo no que diz respeito a causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Não há previsão de conversão em pena privativa de liberdade em caso de não pagamento. O inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do réu, uma vez que esta sanção é dotada de caráter extrapenal e sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. (RESP. n. 1519777/SP)

3.2 - O Regime Inicial para cumprimento de pena

Após a fixação da pena de multa, aplica-se o regime inicial para o cumprimento da privativa de liberdade. A previsão encontra-se no artigo 33, Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Nos termos do artigo 33, Código Penal, cabe pena de reclusão aos delitos com maior potencial ofensivo. O cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção é imposta para os crimes com menor potencial ofensivo e a prisão simples é destinada às contravenções. O cumprimento da pena de detenção dar-se-á em regime semiaberto ou aberto e a prisão simples em regime aberto.

O regime fechado priva o sentenciado da sua liberdade de locomoção, uma vez que a pena cumpre-se em estabelecimento penitenciário. No regime semiaberto o cumprimento da pena se dá com menor vigilância, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. No regime aberto a execução deve ocorrer em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A fixação do regime prisional inicial a ser cumprida a pena se dá na sentença condenatória, observando-se os patamares legalmente estabelecidos e a reincidência, bem como os fundamentos concretos colhidos nos autos e os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Nos termos do artigo 33, Código Penal, o cumprimento de pena superior a oito anos inicia-se em regime fechado; pena superior a quatro anos e que não exceda oito inicia-se em regime semiaberto; pena igual ou inferior a quatro anos inicia-se em regime aberto.

Todavia, se comprovadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, em conformidade com o artigo 59, Código Penal, o magistrado pode fixar cumprimento de pena em regime mais rigoroso, ainda que não comprovada a reincidência, desde que motivado idoneamente, baseando-se em fatos concretos, nos termos das súmulas 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”; e súmula 719: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”, ambas do STF.

Aos reincidentes é aplicado regime inicial mais gravoso do que os previstos para os réus primários. Dessa forma, em virtude da reincidência, condenados a pena superior a quatro anos, mas que não exceda oito anos, se reincidentes, iniciam o cumprimento em regime fechado, desde que à pena seja prevista reclusão. Se a previsão de tal crime for de detenção, o julgador deve fixar o regime semiaberto.

Se a pena for igual ou inferior a quatro anos e o crime for punido com detenção, deve o magistrado estabelecer o regime semiaberto, por ser imediatamente mais gravoso. Se a previsão legal for de reclusão, o magistrado poderá eleger o regime semiaberto ou fechado, desde que comprovadas

circunstâncias judiciais desfavoráveis. No entanto, o enunciado 269 do STJ reconhece que “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

No que diz respeito ao estabelecimento de regime de cumprimento de pena aos condenados por crime de tráfico, equiparado a crime hediondo, a Lei n. 8.072/90, em consonância com o tratamento diferenciado estabelecido pela Constituição Federal, artigo 5º, XLIII, determinou, em sua redação original, regime integralmente fechado, proibindo-se a progressão de regime. No entanto, tal norma foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 82.959, que deu origem a súmula vinculante n. 26, STF:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Em 2007, a Lei n. 11.646 alterou o conteúdo do artigo 2º, §1º da Lei n. 8.072/90. Tal modificação dispôs que a pena referente aos crimes hediondos e equiparados deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, mas é permitida a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena para acusado primário e 3/5 para o reincidente, mas o cumprimento inicial seria em regime fechado.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 2º, §1º da Lei n.8.072/90, reiterando a necessidade de fundamentação da necessidade de aplicação do regime fechado, nos termos dispostos no artigo 33, §§ 2º e 3º, Lei n. 8.072/90, bem como nas circunstâncias judiciais apresentadas no artigo 59, Código Penal.

Porém, a inconstitucionalidade do §1º, artigo 2º, Lei n. 8072/90, se deu em controle difuso, sem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, no julgamento do HC 111.840/ES. Ademais, ainda não foi editada resolução do Senado Federal com o intuito de suspender os efeitos da norma. Dessa forma, a norma legal que impõe o regime de cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, ainda é aplicada, embora viole o princípio da individualização da pena. (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 51)

Importante destacar a previsão legal do Código de Processo Penal, artigo 387, §2º, que dispõe que o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação, tanto no Brasil quanto no estrangeiro, será contado para fins de aplicação de regime inicial de pena privativa de liberdade.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA DECISÃO DO HC 97.256/RS

Após a fixação do regime de cumprimento de pena, o magistrado avalia a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A adoção das penas restritivas de direitos ocorreu em virtude da falência do sistema carcerário. Devido a falta de investimento público no setor, associada a superlotação dos estabelecimentos prisionais, percebeu-se que o encarceramento não evitava a criminalidade, mas favorecia a reincidência e a inserção de criminosos de baixo potencial ofensivo no mundo da criminalidade. O artigo 44, Código Penal dispõe as hipóteses de substituição:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de

direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Após a prolação da sentença penal condenatória, o magistrado avalia a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direitos, substituindo a pena privativa de liberdade. As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas. Sua aplicação exige que o acusado preencha requisitos objetivos e subjetivos previstos na norma legal (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 53).

Para aplicação da substituição, devem-se observar os seguintes critérios de ordem objetiva: a pena aplicada deve ser igual ou inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grave ameaça e nos crimes culposos, independentemente da pena aplicada.

Também se faz necessária a verificação de requisitos subjetivos: 1) Reincidência por crime doloso: antes da edição da Lei 9.714/98, a vedação da aplicação aos reincidentes era absoluta. A partir da vigência da Lei, cabe ao julgador avaliar se a medida é socialmente recomendada e se a reincidência apresentada não é específica. 2) Devem ser observadas as circunstâncias judiciais, conforme o artigo 59, Código Penal, para verificar se a medida de substituição é suficiente para a reprovação do crime cometido.

A concessão ou a denegação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser motivada de acordo com os elementos concretos aferidos no curso do processo penal, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

Caso o apenado descumpra injustificadamente a pena restritiva de direitos, ocorre a conversão em pena privativa de liberdade pelo tempo que ainda restar, respeitando o mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Antes da conversão em pena privativa de liberdade, deverá ocorrer a oitiva do acusado, para que este exponha as razões ou apresente a justificativa para a ocorrência do descumprimento. Ocorrendo a condenação a pena privativa de liberdade, cabe ao Juízo da Execução avaliar a substituição no caso concreto, podendo inclusive deixar de aplicá-la, se for possível o cumprimento da medida substitutiva anterior (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 54).

Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do artigo 44, Lei n. 11.343/06, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, promulgou a resolução n.5/2012:

É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Dessa forma, se o acusado preencher os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve o juiz determinar a substituição, inclusive no caso de crime hediondo ou equiparado, como é o caso do tráfico de drogas. A não aplicação gera nulidade, a ser apreciada pelo Juízo ad quem, por meio de recurso próprio ou habeas corpus (SILVA JÚNIOR, 2016, p. 56).

O julgamento do Habeas Corpus (HC) 97.256, procedente do Rio Grande do Sul, foi impetrado pela Defensoria Pública, com o objetivo de se levantar a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” presente no §4º do artigo 33, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer

consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

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

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

O habeas corpus, aparelhado com pedido de liminar, foi impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O acórdão afirmava não ser inconstitucional a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expressa na Lei Antidrogas, dado que não contrariava a Carta Magna, mas sim visava punir de maneira mais gravosa os autores do crime de tráfico, caracterizado como hediondo.

Tal acórdão levantou ainda a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos crimes cometidos quando da vigência da Lei n. 6.368/76, já que a restrição da substituição alcançava somente os crimes cometidos sob violência ou grave ameaça à pessoa.

A Defensoria Pública da União (DPU) impetrou o habeas corpus, sustentando a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, uma vez que o disposto no artigo contraria a garantia constitucional da individualização da reprimenda, bem como o Princípio da Inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º inciso XXXV) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (CF, art. 5º, inciso LIV).

A declaração incidental de inconstitucionalidade visou levantar a ofensividade das expressões presentes na Lei n. 11.343/2006 ao Princípio da Individualização da Pena, constante no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - 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;

A individualização da pena visa personalizar a resposta punitiva do Estado e desenvolve-se em três momentos: o legislativo, o judicial e o executivo. O processo de individualização da reprimenda se complementa em suas etapas e, por isso, a lei comum não tem a capacidade de extrair do juiz que sentencia o poder-dever de aplicar ao delinquente as sanções que ele, magistrado, ponderar como um efetivo balanceamento entre as circunstâncias objetivas e as protagonizações subjetivas do fato-tipo, de modo a conciliar segurança jurídica e justiça material.

Ao sentenciar a dosimetria da pena, o juiz possui discricionariedade entre aplicar a pena de privação de liberdade e outra que não privilegia, essencialmente, a liberdade física do sentenciado.

As penas de suspensão ou interdição de direitos constituem-se substitutas ao encarceramento, já que a pena restritiva de liberdade não é a única forma de se cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da reprimenda penal. Dessa forma, cabe ao juiz natural sentenciante a escolha do tipo de reprimenda suficiente para recuperar socialmente o acusado e prevenir comportamentos da mesma espécie.

Quando da análise do HC, o Supremo já havia declarado constitucional a vedação da substituição prevista na lei, em outras oportunidades. No entanto, não havia jurisprudência sobre a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio propôs e a Corte decidiu pela afetação do julgamento do Habeas Corpus ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O impetrante do HC era agente primário e possuidor de bons antecedentes. O legislador da Lei n. 11.343/06 não especificou os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no artigo 33, §4º. Dessa forma, os critérios da análise das circunstâncias judiciais, constantes no Código Penal (CP), artigo 59, combinada com as demais circunstâncias mencionadas na Lei de Drogas, seria o referencial para fixação das penas previstas.

O exame das circunstâncias judiciais do paciente, bem como o fato de pouca droga ter sido encontrada em seu poder, além do laudo referir-se exclusivamente à cocaína, o que afastou a diversidade de substâncias, reconheceu ao paciente a redução da pena pela minorante prevista no parágrafo 4º, artigo 33, da Lei n. 11.343/06 ao patamar máximo.

A admissão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos só alcança os crimes cometidos sob a égide da Lei n. 6.368/76, já que segundo essa Lei, a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, de forma que não é possível aumentar o leque de restrições estabelecido pela lei.

O argumento defendido pela Defensoria Pública, impetrante do HC 97.256/RS, para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/06 é que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ofende as garantias constitucionais da individualização da reprimenda, prevista na CF, inciso XLVI do artigo 5º_ da inafastabilidade do Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do artigo 5º) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (inciso LIV do artigo 5º).

A Defensoria Pública ressaltou ainda a importância de se analisar que, diante da complexidade das sociedades modernas e de suas relações, não é possível ao legislador prever toda e qualquer situação em que a norma incidirá. Dessa forma, diante do caso concreto, o Judiciário deve indicar quais normas válidas são pertinentes para reger a espécie em questão, analisando todos os fatos relevantes para o direito. No caso em análise, os fatos eram o tráfico de entorpecentes em pequena quantidade, realizado por agente cujas circunstâncias judiciais lhes eram favoráveis e condenado à pena mínima prevista para o crime.

O paciente encontrava-se definitivamente condenado pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, nos termos do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. A pena a que estava submetido era de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sob regime fechado de cumprimento. Foi-lhe aplicado também a sanção de 160 (cento e sessenta) dias-multa.

A Procuradoria-Geral da República opinou, primeiramente, pela denegação da ordem, mas, posteriormente, pelo seu deferimento parcial, para que fossem concedidos ao paciente os direitos ao regime penitenciário aberto e a suspensão condicional da pena. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010).

4.1 Análise dos votos dos ministros no HC 97.256/RS

4.1.1 Voto do relator: Ministro Ayres Brito

O ministro Ayres Brito, relator do caso, destacou que se tratava da primeira vez em que o art. 44 da Lei n. 11.343/06, que veda expressamente, em tema específico de tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, era submetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O relator destacou que durante o período em que a Lei n. 6.368/76, revogada pela Lei n. 11.343/06, vigia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sustentava-se no sentido de admitir a conversão da pena restritiva de liberdade em privativa de direitos. Em sentido oposto, o Supremo dava pela compatibilidade jurídica entre a aplicação da pena privativa de liberdade e a previsão de regime penitenciário totalmente fechado. O relator lembrou ainda que isso se deu no período originário da Lei n. 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, que posteriormente o próprio STF considerou inconstitucional.

O ministro Ayres Brito citou seu voto no julgamento do HC 85.894/RJ, sob a vigência da Lei n. 8.072/90, em que considerou não haver obstáculo à substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, mesmo nos casos de crimes hediondos e de tráfico de drogas. Uma vez que o momento de definição da espécie de pena que deve ser aplicada ao caso concreto é anterior à estipulação do modo em que se dará seu efetivo cumprimento. Após a fixação da espécie de pena (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) é que se pode considerar o regime de

seu cumprimento. De forma que, uma vez que a substituição da pena precede à incidência do regime de seu cumprimento, a aplicação da Lei n. 8.072/90 não era óbice à substituição.

Destacou ainda a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 em que se sustentou a impossibilidade de aplicação do regime de substituição das penas aos delitos hediondos e de tráfico de entorpecentes. Seu voto à época foi no sentido de reconhecer a possibilidade jurídica de substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, ainda que nos julgamentos de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, desde que analisados no caso concreto, pelo juiz sentenciante, a gravidade do crime e a suficiência da pena restritiva de direito.

O relator destacou ainda o princípio da individualização da pena, que se dá em dois momentos distintos: no momento judicial da fixação e na execução da reprimenda, citando os autores Luiz Regis Prado e Francisco de Assis Toledo:

Em se tratando de delito previsto na Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), cabe dizer que a exigência constante nesse diploma – a saber, cumprimento integral da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (art. 2º, §1º) não constitui óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritivas de direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por pena restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no artigo 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como “hediondo” não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiram a referida substituição alguns dos delitos elencados na Lei 8.072/90, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial – e tampouco do Código Penal – qualquer dispositivo em contrário.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3ª ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

O princípio da individualização da pena está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que visa impedir o arbítrio estatal. Por meio da individualização da pena, é possível ao julgador aplicar a pena mais adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, bem como as condições em que essa prática se deu.

Embora a descrição legal dos crimes, em especial o do tráfico de drogas, tragam natureza idêntica, as características apresentadas no caso concreto possuem circunstâncias próprias e desiguais, de modo que não se pode estabelecer a mesma pena a condutas praticadas de maneira distinta.

Nesse sentido, é direito do condenado responder penalmente de maneira proporcional à gravidade do delito cometido. O relator reitera a importância de se verificar se a proibição estabelecida por essa lei encontra respaldo no sistema de comandos da Constituição Federal. Para isso, necessário se faz uma elaboração teórica cuidadosa, com o objetivo de compreender perfeitamente a natureza e o alcance da garantia constitucional da individualização da pena. Com isso, buscam-se condições objetivas de inferir se o disposto na Lei de Drogas extravasa ou não o cerne da garantia da individualização da reprimenda penal no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificação integrante do rol de crimes hediondos.

A Constituição Federal descreve a figura do crime hediondo como inafiançável e insuscetível de graça e anistia aos que incidirem em tais delitos. Sem, no entanto, diferenciar os crimes hediondos por qualificação diretamente constitucional ou por qualificação legal. Ao mesmo tempo em que a CF/88 possibilita a complementação do rol de crimes hediondos pela lei, impõe o limite material da não-concessão dos benefícios de graça, indulto e anistia para os que incidem nesses delitos. Conclui-se, então, que não consta nas restrições aos crimes hediondos a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O relator destacou a análise feita por ele em julgamento do HC 82.959/SP. Enfatizou que o núcleo semântico da garantia à individualização da pena não pode ser nulificado pelo diploma legal, uma vez que a Constituição Federal reservou às normas infraconstitucionais a regulamentação das condições e dos requisitos da individualização da pena.

Compete à lei infraconstitucional indicar os parâmetros da individualização do castigo, desde que permaneça atrelado ao núcleo significativo trazido pela própria Constituição. A aplicação da pena privativa de liberdade bem como o seu cumprimento no recinto penitenciário deve demonstrar a justa medida entre o fato criminoso realizado pelo sentenciado e a reação coativa por parte do Estado.

Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, a esse diploma legal não é

permitido se desgarrar do núcleo significativo binário que exsurge da Constituição mesma: o momento concreto da aplicação da pena privativa de liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do Estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo (porque integralmente fechado) para outro menos rigoroso (porque já incorporante de saídas do presídio e retorno a ele em horas certas). HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.

O processo de individualização da pena visa a personalização da resposta punitiva do Estado, de modo a retribuir o mal ocasionado pelo crime com o mal da pena. Desenvolve-se em três momentos distintos e que se complementam: o legislativo, o judicial e o executório. Cada uma dessas etapas de individualização garante a personalização da punição.

A primeira etapa determina, para cada tipo penal, uma ou mais penas de acordo com a gravidade da ofensa e a relevância do bem tutelado. Por meio de lei, ocorre também a previsão das espécies de pena, bem como a fixação de regras que devem nortear as individualizações posteriores. De modo a definir os critérios que o juiz deve obedecer para aplicar, no caso específico, a pena definitiva e concreta.

Na segunda etapa ocorre a individualização judiciária. O juiz aplicará a pena, orientado pela espécie penal concreta. Elegerá qual das penas aplicáveis se adequa melhor ao caso concreto em questão, se é possível a aplicação de penas alternativas e auferir o quantitativo adequado entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo penal apresentado. Determina-se também o modo de execução da reprimenda penal.

Cabe ao juiz o ajustamento da resposta punitiva estatal ao caso concreto. Dentro dos limites estabelecidos pela lei, esse ajustamento se dá por meio de análise das circunstâncias objetivas, bem como das circunstâncias subjetivas do denunciado e do comportamento da vítima.

A terceira etapa caracteriza-se pela execução da pena determinada na fase judicial.

Nas palavras do relator, a lei comum não tem o poder de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de aplicar ao sentenciado a pena ponderada ao caso concreto:

Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto _porque não dizer? _ a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional. É que na pura racionalidade se dá nos colmos olímpicos da abstração mental, sempre ávida por trabalhar com categorias tão universais quanto atemporais, que são categorias aprioristicamente válidas para toda e qualquer situação existencial. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Destacou também a importância de se reconhecer o Direito como feito para a vida concreta dos homens em sociedade. As relações sociais escapam até mesmo a mais minuciosa descrição legislativa. Diante disso, necessária se faz a ponderação aplicada ao caso concreto, em busca de se aliar 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 abstrato 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 ou de restrição de liberdade de condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Salientou-se também que se a lei não pode impossibilitar ao julgador a alternatividade da sancionatório-penal. De modo que é possível que preveja a cumulação da pena que tenha por conteúdo a liberdade com outra de natureza diversa.

É permitido ao direito penal cumular penas, até mesmo a privativa e a restritiva de liberdade corporal. No entanto, é vedado retirar da instância julgadora a possibilidade de se escolher discricionariamente entre as alternativas sancionatórias. Aceitável que a lei estabeleça condições mais rígidas para a incidência de tal alternatividade. O que não é permitido é que se proíba taxativamente a convalidação da pena restritiva da liberdade em restritiva de direitos. Tal prática contraria a garantia da individualização da reprimenda.

A Constituição Federal é quem primeiro garante e proclama a individualização da reprimenda (CF, art. 5º, XLVI). Tal garantia se dá sem mesmo a necessidade de lei comum. Coloca-se como uma situação jurídica subjetiva extensiva a qualquer indivíduo, sem levar em conta o crime cometido ou o tipo de pena aplicada.

Daí mencionada a alocação topográfica, para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre, no sentido de que é permeante assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestar o comando intercalar da lei, a Lei Maior o fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto (individualização da pena) em função de cada tipo penal. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A própria Constituição Federal não exclui qualquer tipo criminal da incidência da personalização da reprimenda penal. Nas palavras do relator,

as penas restritivas são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois é essa mesma a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sempre que possível contornáveis sequelas. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A maneira como a Constituição Federal dispõe as penas respeitando a sequência da privação ou restrição, seguida das possibilidades da perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, com a possibilidade de aplicação cumulativa, preza pelo vetor da proporcionalidade entre o bem jurídico que foi violado e a resposta da punição estatal.

5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda dos bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Ao elencar as possibilidades alternativas à pena de privação ou restrição de liberdade, infere-se que a pena restritiva de liberdade corporal não é a única capaz de cumprir a função retributiva-ressocializadora ou restritivo-preventiva da reprimenda penal. O juiz natural sentenciante da causa tem esse condão de avaliar

no caso concreto qual reprimenda é capaz de castigar e recuperar socialmente o acusado. Dessa forma, o juiz sentenciante alia justiça material e segurança jurídica.

As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor 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. Além de inibir, obviamente, condutas de igual desvalia social. Conciliando ele, juiz sentenciante, justiça material e segurança jurídica. Que já significa fazer andar de braços dados a concreta individualização da pena e o sistema da justiça penal eficaz. Tudo em congruente unidade. Tudo com lídima expressão da categoria jurídico-positiva (não simplesmente lógica) da razoabilidade. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

A Constituição Federal prestigiou, acima de tudo, a liberdade física do cidadão, de modo que o aprisionamento caracteriza-se como exceção. De forma que a pena privativa de liberdade é uma espécie de ultima ratio. Nesse percurso, o relator citou a Lei n. 9714/98, em que o legislador ordinário acrescentou outra medida de pena substitutiva ao aprisionamento: a restritiva de direitos. Constante do artigo 44 do Código Penal (CP), a aplicação da medida baseia-se em critérios de ordem objetiva e subjetiva. Ao utilizar tais critérios, a lei destacou a importância da garantia constitucional da individualização da reprimenda penal.

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o tráfico passou a ser tratado com excessivo rigor. No entanto, esse tratamento não impossibilita a opção do legislador. Uma vez que os limites entre o vício e o tráfico nem sempre são nítidos, a aplicação da pena substitutiva permite corrigir ou atenuar excessos.

O relator destacou ainda que nos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Brasil, confere-se tratamento diferenciado ao tráfico de menor potencial ofensivo.

Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior. (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Art. 3º, §4º, alínea c).

O paciente dos autos da decisão em análise teve reconhecido, em seu benefício, a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no limite máximo de 2/3 (dois terços) de encurtamento, em razão de todas as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis. Além disso, a droga foi

encontrada em pequena quantidade e sem diversidade de droga apreendida. Desse modo, a condenação aplicada restou fixada no mínimo legal: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime prisional fechado, bem como 160 (cento e sessenta) dias-multa.

O relator destacou que temas de direitos fundamentais, onde encontra-se inserida a garantia da individualização da reprimenda penal, a Constituição Federal traduz como uma garantia inafastável de contenção do poder de legislar e não como uma simples orientação ao legislador ordinário.

Em relação a normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias individuais, extrapola da reserva legal criminalizadora distinções mais rígidas que aquelas constituídas no próprio texto constitucional.

O relator citou J.J.Gomes Canotillo ao referir-se às leis restritivas de direitos fundamentais. Para o autor, tais leis compreendem três instâncias:

1ª. Delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª. averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª. Controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites). HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Essas instâncias são parâmetros que atuam como critérios de interpretação-aplicação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias. Dentro do controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (3ª instância), destaca-se a exigência de autorização de restrição expressa, com o objetivo de impelir o legislador a buscar sempre nas mesmas normas constitucionais a fundamentação concreta para prática de sua restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica aos cidadãos, uma vez que não será possível a aplicação de medidas restritivas de direitos que estejam além dos casos considerados pelas normas constitucionais como submetidas a reserva de lei restritiva.

A Turma optou, por unanimidade, por afetar o processo a julgamento pelo Tribunal Pleno. O voto do Ministro Ayres Brito concedeu parcialmente a ordem e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante no art. 33, §33, bem como a expressão “vedada a conversão de sua penas em restritivas de direitos”, constante do art. 44, todas presentes na Lei n. 11.343/2006, por entender que tais expressões

violariam o princípio constitucional da individualização da pena (conforme o art. 5º, XLVI, CF/88).

O relator lembrou que, quando da vigência da Lei 6.368/76, que foi revogada pela Lei n. 11.343/2006, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Ao mesmo tempo em que buscou demonstrar que a proibição constante na Lei n. 11.343/06 não encontra suporte na Constituição Federal.

O voto do relator destacou que a Constituição Federal impõe tratamento igual aos delitos hediondos e equiparados. Destacou também que embora a Constituição Federal possibilite à lei a complementação da lista dos crimes hediondos, existe um limite material estabelecido: a não-concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia àqueles que incidirem na prática desses crimes.

Nas palavras do relator, essas seriam as únicas restrições impostas trazidas pela Constituição Federal aos crimes hediondos e, conseqüentemente, aos a eles equiparados. Dessa forma, as restrições à vedação a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos não estariam inclusas na Constituição Federal, já que a Carta Magna não admite tratamento penal ordinário mais rigoroso que o que está nela mesma previsto. Assim, subtraiu-se do legislador comum a capacidade de estabelecer repressão sobreposta àquelas preestabelecidas pelo legislador constituinte. Nas palavras do relator,

É como penso, atento ao postulado de que a norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum. [...]

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. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O relator enfatizou ainda o princípio da garantia da individualização da pena. Nele, a Constituição Federal não impôs qualquer restrição. E, “embora o preceito não prescindia de diploma legal, o núcleo semântico da garantia a individualização da pena não pode ser por ele nulificado”.

Diante da afirmação de que o processo de individualização da pena é a personalização da resposta punitiva do Estado, o relator deduziu que a lei comum

não tem a força de retirar do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que exprima, concretamente, o balanceamento entre circunstâncias com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Essa empírica ponderação possibilita a prevalência do razoável sobre o racional.

A dosimetria da pena é a imperiosa tarefa de se conduzir para as singularidades objetivas e subjetivas do caso concreto “os comandos genéricos, impessoais e abstratos da lei”. O relator utilizou também a afirmação do Ministro Eros Grau, quando do julgamento do HC 82.959/SP, onde afirmou que não cabe ao Congresso Nacional impor regra que impeça o juiz julgador da causa de individualizar, segundo sua avaliação no caso concreto, a pena do condenado incurso em qualquer dos crimes relacionados como hediondos.

Importante destacar também o posicionamento do relator no sentido de prestígio dado pela Constituição Federal à liberdade física dos indivíduos, uma vez que o aprisionamento é considerado exceção no ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade da aplicação da pena restritiva de direitos, no lugar da pena privativa de liberdade, demonstra a possibilidade de substituição, ancorada em pressupostos subjetivos e objetivos, que analisados pelo juiz do caso, densifica a superlativa garantia da individualização da reprimenda penal. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

4.1.2 *Voto Gilmar Mendes*

O Ministro Gilmar Mendes não acompanhou o voto do relator, por entender que alguns aspectos da disciplina normativa referente a substituição da pena em nosso ordenamento o impediam de concordar.

A primeira dificuldade com que me deparei para considerar inconstitucional a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no Direito Positivo, a substituição **não é cabível em qualquer crime**. Com efeito, **o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações**, como se observa em seu artigo 44. Assim, a menos que consideramos esse dispositivo **inconstitucional**, temos que reconhecer que o juiz, em vários casos, **é impedido de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos**, tendo em vista, justamente, **esta vedação legal**. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O artigo 44, CP, disciplina as hipóteses de substituição da pena ao fixar as diretrizes que devem ser observadas pelo juiz no momento da aplicação da pena. Ao analisar o artigo, percebe-se que a possibilidade da substituição não cabe a

qualquer crime, e, em decorrência disto, a individualização da pena encontra este primeiro balizamento legal. A lei regula a aplicação das penas alternativas, estabelecendo quando elas deverão ser aplicadas.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de substituição da pena não advém diretamente do direito constitucional da individualização da pena, uma vez que o nosso ordenamento não concede ao juiz a ampla liberdade de analisar se a substituição é possível, independentemente do caso concreto em questão. A possibilidade da substituição encontra-se prevista é cabível somente em circunstâncias específicas previstas na lei.

É possível perceber tais vedações em crimes cometidos com violência ou grave ameaça como também em crimes menos graves que o tráfico de drogas que também incidem nessa proibição: lesão corporal grave, aborto, roubo simples. Apesar desses crimes não serem considerados hediondos, não há possibilidade de substituição de pena.

O artigo 44, § 3º, Código Penal, apresenta outra hipótese de vedação legal à substituição da pena aos reincidentes específicos. Dessa forma, se o condenado for reincidente em crime de furto, crime muito menos grave que o tráfico de drogas, também não fará jus ao benefício da substituição.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes indagou sobre as razões que fariam o legislador, que estabeleceu as vedações constantes do artigo 44, não vedar a substituição de pena nos casos de tráfico de drogas, crime que a própria Constituição Federal estabeleceu como gravíssimo, possibilitando, inclusive a extradição do brasileiro naturalizado incurso em tal prática (CF, art. 5º, LI).

Baseando-se no artigo 5º, XLVI, CF, destacou que cabe à lei regular a individualização da pena, assim como adotar, entre outras, as penas previstas. Nas palavras do Ministro, a interpretação do dispositivo é extremamente ampla. Somente haveria violação do princípio da Individualização da pena se o legislador impedisse completamente a individualização judicial nos crimes hediondos, em ao menos um dos dois momentos: o da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante – aí se inserindo a espécie de pena aplicável; e o da execução e cumprimento da pena pelo condenado.

A vedação legal à substituição da pena no caso específico do tráfico de drogas trata-se somente de uma redução do alcance de atuação judicial na aplicação da pena. Não houve a extinção da possibilidade da individualização da reprimenda nesta fase de aplicação da pena. Se esse fosse o entendimento, haveria de se considerar que é facultado ao juiz substituir a pena em qualquer caso concreto, o que contraria o disposto no art. 44, CP.

De acordo com o ministro, a vedação em análise alcança somente a pena restritiva de direitos. Hipótese de vedação legal já existente no ordenamento jurídico brasileiro, em relação a outros crimes. Em sua análise referente ao artigo 5º, XLVI, CF, destaca a ampla margem de atuação conferida ao legislador penal, uma vez que determina que a lei deve estabelecer as normas a serem seguidas pelo juiz em cada caso concreto quando do momento da individualização.

O ministro destaca ainda que as penas a serem adotadas pelo legislador não são exclusivamente as previstas no citado dispositivo constitucional _pena privativa de liberdade e algumas penas restritivas de direitos, uma vez que o artigo 5º, XLVI, prevê outras a serem estabelecidas por lei.

Destaca-se ainda que as únicas possibilidades que a Constituição Federal exclui são a adoção de pena de morte (salvo em guerra declarada, conforme o art. 84º, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Dessa forma, pode o legislador optar, desde que em conformidade com a norma constitucional, pelo tipo de reprimenda penal que considerar mais apropriado, em conformidade com o crime e a realidade social do país.

No caso da Lei 11.343/2006, o legislador ordinário optou pelo estabelecimento **exclusivo da pena privativa de liberdade** como sanção para o crime de **tráfico de drogas**, tornando **incabíveis as penas alternativas**. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

No ordenamento jurídico-constitucional, a legitimidade para estabelecer um limite mínimo e máximo à atuação jurisdicional é do legislador. Dessa forma, a lei penal pode impor tanto as penas privativas de liberdade quanto as restritivas de direitos, bem como outras não previstas na Constituição da República, exceto as constitucionalmente proibidas.

Basta olhar o artigo 92 do Código Penal, que impõe, por exemplo, a perda de cargo ou função pública, dependendo do crime e da pena; inabilitação para dirigir veículo, quando este for utilizado na prática do crime; perda do

pátrio poder, quando o crime é doloso, sujeito a pena de reclusão e cometido contra o próprio filho; etc. Estas sanções penais não estão previstas na Constituição da República, mas não há qualquer norma constitucional que as torne inconstitucionais. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O legislador tem ampla liberdade quando da cominação de penas, seja relacionado à espécie cabível em determinados tipos penais, seja em relação ao mínimo e máximo legalmente cominados, ou, até mesmo, em relação ao regime inicial de cumprimento. Essa liberdade deve ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade e pelas vedações expressamente contempladas na Constituição Federal a determinadas espécies de pena.

Nessa limitação, não há qualquer norma da Lei Maior que **retire do legislador o poder de vedar as penas restritivas de direitos** nos casos que considere mais graves para a sociedade, nem, ainda, que **delegue, com exclusividade, ao juiz da causa, a análise da sua aplicabilidade ou não** no caso concreto. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Segundo o ministro, o tratamento dos crimes hediondos como delitos mais gravosos à vida em sociedade é trazido pela própria Constituição Federal e o tráfico de drogas requer um tratamento ainda mais restritivo.

Aliás, com a vênua do eminente Relator, considero que estas são as **restrições mínimas no tratamento a ser dispensado** pelo legislador ordinário **aos crimes hediondos**; a Constituição estabelece como **necessárias** essas **vedações legais** à fiança, à graça e à anistia. Contudo, não extraio desse dispositivo **um impedimento a outras vedações legais, pois o preceito em questão não é uma garantia para os condenados por crimes hediondos**, mas sim uma **restrição de direitos** dos condenados pela prática desses crimes. Considerar o contrário **significaria que a Constituição da República limitou quais as vedações legais que poderiam ser impostas aos crimes hediondos, mas não as limitou em relação a outros crimes**, o que gera profunda perplexidade. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Sobre essa análise, também seriam inconstitucionais as regras sobre o regime prisional cabível, constantes do artigo 33, CP; o momento a partir do qual caberia a progressão e a regressão do regime, presentes no Código Penal e na Lei de Execuções Penais; as hipóteses de livramento condicional (CP, art. 83, de sursis (CP, art. 77); bem como todas demais normas penais referentes a penas aplicáveis em cada crime, uma vez que diversas normas impõem limitações à individualização da pena no caso concreto.

A Constituição possibilita ao legislador a legitimidade não só para definir limites à atuação do Estado, defendendo o cidadão dos seus excessos, bem como estabelecer limites à liberdade humana.

O excesso interpretativo das normas constitucionais, por vezes vagas e abstratas, aumenta o conflito existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa ao invés de realizar direitos e garantias individuais. De forma a produzir a inconstitucionalidade do ordenamento jurídico criado pelo legislador eleito, principalmente ao se considerar uma Constituição extensa como a brasileira.

Por tais razões, considero que a **possibilidade ou não de aplicação das penas restritivas de direitos a determinados crimes** é tema atinente à **política criminal, necessariamente** situada na esfera de **deliberação do Poder Legislativo**, com os balizamentos ditados pelo princípio da proporcionalidade e pelo arcabouço principiológico da nossa Lei Maior, devidamente obedecido no caso dos autos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O ministro destacou a necessidade dos crimes hediondos terem a mesma disciplina jurídica: a vedação à substituição da pena já ocorre em quase todos os crimes hediondos, somente pelo constante no art. 44 do Código Penal, sem outras leis nessa direção. Além disso, o Código Penal impede que seja aplicada a pena alternativa aos crimes praticados com violência ou grave ameaça:

Homicídio qualificado (art. 1º, I, da Lei de Crimes Hediondos), **latrocínio** (art. 1º, II, da mesma lei), **extorsão qualificada pela morte** (art. 1º, III), **extorsão mediante sequestro na forma qualificada** (art. 1º IV), **estupro** (art. 1º, V), **estupro de vulnerável** (art. 1º, VI), **tortura** (art. 2º), **terrorismo** (art. 2º). HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

Destarte, somente os crimes de tráfico, epidemia e falsificação de produtos terapêuticos não estão submetidos à vedação geral do Código Penal. Logo, a vedação trazida pelo legislador na Lei 11.343/2006 à impossibilidade de substituição da pena no crime de tráfico de entorpecentes possibilita igualar o tratamento dispensado aos crimes hediondos, cessando a distinção do crime de tráfico.

Além disso, a Constituição Federal não traz nenhuma imposição de que os crimes hediondos devam possuir o mesmo tratamento legislativo. Os crimes hediondos impactam a sociedade de maneira diferenciada, e, por isso, recebem tratamento diferenciado.

Além disso, cada crime tem um impacto diferente na nossa sociedade. Por exemplo, os crimes de “epidemia com resultado morte” (art. 1º, VII, da Lei de Crimes Hediondos) e de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (art. 1º, VII-B, da Lei 8.072/90) – que também são crimes hediondos, mas admitem, dentro do ordenamento hoje vigente, a substituição da pena – preocupam muito menos o legislador pátrio do que o crime de tráfico de drogas, seja porque o tráfico é estatisticamente mais recorrente do que os demais, seja pelas mazelas individuais e sociais por ele causadas, seja, ainda, porque

este crime gera um contexto de extrema violência, especialmente nas favelas e comunidades mais pobres do país. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

Para confirmar seu voto, o Ministro destacou sua convicção em relação à constitucionalidade da vedação à substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas, bem como a adequação da norma à realidade social brasileira, sem possibilitar uma justa e adequada individualização da pena cabível nesses crimes.

Ao aditar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reforçou a ideia de que o que estava se discutindo era a ideia de núcleo essencial. Destacou a importância de não se restringir o direito fundamental à individualização da pena. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

O ministro apresentou ainda uma incongruência interna prevista na própria Lei:

Em verdade, o próprio §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução de pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.

4.1.3 Voto Ministra Carmem Lúcia

A ministra Carmem Lúcia acompanhou o voto do ministro Joaquim Barbosa. A ministra ressaltou que não se tratava de inconstitucionalidade o fato do legislador levar em consideração os interesses da sociedade, uma vez que a Constituição possibilita, em determinados crimes, que sejam impostos pelo legislador determinados comportamentos. Destacou também outras passagens da legislação penal brasileira em que há restrições impostas, sem torna-la inconstitucional. Reafirmou seu posicionamento ao afirmar que não existe no caso em questão nenhuma redução do papel do juiz, tampouco da individualização da pena constitucionalmente estabelecida. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

4.1.4 Voto Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro acompanhou o voto do Relator, afirmando que uma lei que veda a individualização da pena, bem como afasta a possibilidade de aplicação de penas alternativas, fere o princípio da individualização da pena, bem como a razoabilidade.

Citou o artigo 5º, XLVI: "a lei regulará a individualização da pena". (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

4.1.5 -Voto Ministro Cezar Peluso

Apresentou pesquisa produzida pelas Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade de Brasília, com financiamento pelo Ministério da Justiça que relatou dados do ano de 2008, referente ao número de pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil. No total de 69.049 pessoas,

80% são microtraficantes, autônomos e desarmados; 23% são mulheres; 55% são primários; e o índice de aplicação da causa de redução, aquela que permite ser de até quatro anos, prevista no artigo 33, §4º HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O ministro entendeu pela ofensa do dispositivo ao artigo 5º, XLVI, da Constituição, já que o sistema apresenta um sistema de alternativas condicionadas de penas. A série de penas apresentadas pela Constituição Federal está condicionada a um conjunto de requisitos. Diante deles, cabe ao juiz do caso concreto decidir pela aplicação da pena adequada.

Dessa forma, não cabe a lei impedir a escolha judicial, baseando-se unicamente na natureza jurídica do crime, uma vez que a natureza jurídica do crime não compõe a esfera dos critérios de individualização da pena.

O ministro destacou que não se pode confundir a gravidade do crime, que é apurada pelo juiz no caso concreto, com a natureza jurídica do crime. Isso se percebe diante o próprio artigo que prevê a substituição proibir sua aplicação aos casos com penas acima de quatro anos, por pressupor a gravidade do crime e assim impossibilitar a conversão. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

4.1.6 Voto Ministra Ellen Gracie

A ministra Ellen Gracie votou no sentido de impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, nas hipóteses de crime de tráfico de entorpecentes cometidos após o advento da Lei 11.346/06. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

4.1.7 Ministro Marco Aurélio

O Ministro posicionou-se no sentido de que, se o tráfico é inafiançável, afasta-se a possibilidade de liberdade provisória, se presente o flagrante. Ao ministro, parece controverso que o acusado responda a todo processo preso e, ao vir a sentença condenatória, este seja colocado em liberdade, em detrimento da continuidade da custódia.

Não consigo harmonizar o fato de alguém, preso em flagrante, responder ao processo sobre a custódia do Estado e, vindo a ser condenado, lograr, a seguir, a substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos. HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 01.09.2010.

O ministro votou no sentido de que a norma proibitiva da substituição não entrava em conflito com a Constituição Federal e, diante da repercussão social do tráfico, e vedação é razoável. (HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Brito, 01.09.2010.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Presente desde a pré-história na sociedade, o uso de drogas, seja com finalidade recreativa ou medicinal, gera polêmica por parte daqueles que defendem a aplicação de punições severas aos envolvidos nos crimes de tráfico. Ao longo dos anos, a legislação penal brasileira, no que tange aos crimes de tráfico, tratou de maneira repressiva a temática, privilegiando especialmente o encarceramento como meio de coibir a prática da conduta criminosa.

No entanto, a aplicação da reprimenda estatal ao crime precisa levar em consideração os aspectos constitucionais envolvidos na aplicação da pena, de modo que questões referentes às circunstâncias judiciais devem ser observadas, de modo que a pena aplicada seja resultante de uma análise pormenorizada, privilegiando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

Embora a Lei n. 11.343/06 tenha apresentado avanço significativo no que tange a despenalização do uso de drogas e aos benefícios concedidos ao traficante de “primeira viagem”, o desejo do legislador de empregar ao delito de tráfico grave reprimenda estatal fez com que a norma trouxesse violação aos princípios constitucionais envolvidos na aplicação da pena e representasse, por anos, prejuízo aos direitos dos condenados por crime de tráfico de drogas, ao não possibilitar ao julgador a oportunidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de acordo com o caso concreto apresentado.

O pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos representa o reconhecimento da proporcionalidade que a resposta estatal deve apresentar quando da aplicação da pena ao condenado, de modo a garantir a individualização da pena e retribuir ao condenado a resposta estatal justa e adequada ao caso.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 27 maio 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 27 maio 2020
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 maio 2020.
- BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Lei de drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 27 maio 2020.
- BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 27 maio 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 97.256/RS**. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 01 set 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em 27 maio 2020
- GONÇALVES, Antonio Vicente. **Panorama histórico da Lei de Drogas**. 2012. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente - SP, 2012.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RIBEIRO, Maurídes de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA JUNIOR, Lídio Carlos da. **A dosimetria da pena em concreto nos casos de tráfico de drogas**. 2016. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal) - Atame, Brasília, 2016.