

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

NATHAN RAMALHO DOS REIS

**APONTAMENTOS SOBRE A APLICABILIDADE DAS PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITO AOS CRIMES DE NATUREZA HEDIONDA E EQUIPARADOS**

JUIZ DE FORA

2013

NATHAN RAMALHO DOS REIS

**APONTAMENTOS SOBRE A APLICABILIDADE DAS PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITO AOS CRIMES DE NATUREZA HEDIONDA E EQUIPARADOS**

Monografia apresentada pelo acadêmico NATHAN RAMALHO DOS REIS, sob orientação do Professor Luiz Antônio Barroso Rodrigues, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

JUIZ DE FORA

2013

NATHAN RAMALHO DOS REIS

APONTAMENTOS SOBRE A APLICABILIDADE DAS PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITO AOS CRIMES DE NATUREZA HEDIONDA E EQUIPARADOS

Monografia apresentada pelo acadêmico
NATHAN RAMALHO DOS REIS, sob orientação
do Professor Luiz Antônio Barroso Rodrigues,
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

Aprovada em __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Professor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Professor Cristiano Álvares Valadares do Lago

JUIZ DE FORA

2013

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuíram em minha formação, sejam eles familiares, amigos, professores ou profissionais do Direito. Eles foram fundamentais para que eu chegasse até aqui.

RESUMO:

O presente trabalho pretende analisar a aparente desconformidade entre as políticas criminais adotadas respectivamente pela Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, e pela Lei 9.712, de 25 de novembro de 1998, que implementou a política das penas restritivas de direito, no Código Penal Brasileiro. Ao passo que a primeira enrijece o tratamento dispensado aos crimes por ela arrolados, a segunda institui vias alternativas à pena privativa de liberdade, uma vez satisfeitos determinados requisitos legais. A principal questão a ser respondida será a viabilidade da aplicação das penas restritivas aos crimes hediondos uma vez que a lei que os define, impõe o regime inicial de cumprimento de pena para tais delitos como sendo o fechado, regime a primeira vista incompatível com a substituição por penas alternativas ao cárcere. Para tanto, será adotado como referencial teórico o Funcionalismo na vertente de Claus Roxin, qual seja o funcionalismo teleológico, investigando-se a maneira como o tema vem sendo tratado no âmbito dos tribunais superiores no Brasil.

Palavras Chave: Crime Hediondo; Pena Restritiva de Direito; Substituição; Política Criminal; Funcionalismo.

ABSTRACT:

This study aims to examine the apparent inconsistency between the criminal policies adopted respectively by Law 8.072, July 25, 1990, Heinous Crimes Law, and Law 9712 of November 25, 1998, which implemented the policy of penalties restricting rights, the Brazilian Penal Code. While the first stiffens the treatment of crimes she enrolled, the second establishing alternative routes to the custodial sentence, once certain legal requirements. The main question to be answered is the feasibility of applying the penalties restricting the heinous crimes since the law that defines, enforces the original scheme of imprisonment for such offenses as the closed system at first sight incompatible with the replacement for alternative sentences to prison. To do so, will be adopted as a theoretical functionalism in strand Claus Roxin, namely teleological functionalism, is investigating how the subject has been treated in the higher courts in Brazil.

Keywords: Heinous crimes; Pena Restrictive Law; Replacement; Criminal Policy; Functionalism.

SUMÁRIO:

Introdução.....	7
1- A sanção penal e os crimes hediondos.....	9
1.1-Breves apontamentos sobre a evolução da sanção penal.....	9
1.2 - Das Penas Restritivas de Direito.....	12
1.3 - Dos Crimes Hediondos.....	16
1.4 - Dos crimes equiparados aos de natureza hedionda.....	19
2 - Um panorama a cerca da Teoria Funcionalista.....	20
3 - Apontamentos sobre a aplicabilidade da substituição de penas privativas de liberdade por penas alternativas nos crimes hediondos e equiparados.....	27
3.1 - A Política Criminal na Ordem Constitucional de 1988.....	27
3.2 - A disposição do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90.....	31
3.3 - As manifestações jurisprudenciais sobre o tema.....	35
3.4 - A Resolução número 05, de 2012, do Senado Federal.....	40
Conclusão.....	42
Referências Bibliográficas.....	44

Introdução:

A Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, surge enquanto proposta legislativa de agravo significativo no tratamento penal dos tipos elencados em seus dispositivos, bem como aos a eles equiparados. A política adotada é a da exasperação da sanção imposta a determinadas infrações penais devido à maior repugnância que causam à sociedade quando praticadas.

Em direção oposta, encontra-se a Lei 9.712, de 25 de novembro de 1998, que implementou a política das penas restritivas de direito, ou penas alternativas à privativa de liberdade, no seio do Código Penal Brasileiro. Aliada, a uma perspectiva garantista, a política criminal adotada por referido diploma visa evitar que o indivíduo, quando atendidos os requisitos legais necessários, seja inserido no sistema carcerário, buscando através de uma pena não restritiva de liberdade, um melhor aproveitamento dos fins a que se propõe a sanção criminal.

É nítida e aparente a desarmonia entre as duas políticas criminais adotadas pelo ordenamento brasileiro.

O escopo principal do presente trabalho consiste na verificação da aplicabilidade das penas restritivas de direito aos crimes de natureza hedionda e aos a estes equiparados, tendo em vista a desuniformidade entre as políticas criminais adotadas por ambas as leis referidas acima, quando, no caso concreto, o indivíduo apenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, satisfizer os requisitos que a lei requer para a concessão de penas alternativas ao cárcere.

A fim de que possamos verificar o tratamento que é dado à problemática proposta pelo ordenamento brasileiro, procederemos, no capítulo inicial, a uma breve análise a cerca da evolução da sanção penal, desde as mutilações corporais até as medidas alternativas ao cárcere. Logo em seguida trataremos da matéria referente às penas restritivas de direito no Código Penal Brasileiro, expondo em seguida o fundamento constitucional do tratamento dado aos crimes de natureza hedionda e aos a estes equiparados.

Em capítulo posterior, trataremos do estudo do Funcionalismo Penal, sob a ótica de Claus Roxin, que nos servirá de referencial teórico. No entanto, faremos de forma sucinta uma digressão histórica, a fim de verificarmos os principais expoentes do pensamento penal e melhor compreendermos a vertente teórica em que o presente trabalho se pautará.

Posteriormente, em um terceiro momento, procederemos ao estudo da política criminal da ordem constitucional de 1988, destacando a desarmonia entre os diplomas legais em questão, bem como a disposição do § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos e a implícita vedação à substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito nos delitos abarcado por tal lei.

Verificaremos a forma como a doutrina tem encarado essa questão, principalmente tendo em vista a ótica constitucional. Em seguida, procederemos à análise do tratamento jurisprudencial dispensado à problemática sugerida pelos tribunais superiores.

Levaremos em consideração, na análise a que pretendemos proceder, a ótica funcionalista do pensamento de Roxin, buscando a verificação do viés ressocializador da sanção criminal.

A pesquisa realizada é essencialmente teórico jurisprudencial, não se pautando em dados estatísticos. Assim, buscamos precipuamente a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, sob o referencial teórico que nos serve de base.

Capítulo 01- A sanção penal e os crimes hediondos:

1.1 - Breves apontamentos sobre a evolução da sanção penal:

Ao indivíduo que pratica um delito, ou seja, um fato legalmente definido como típico, ilícito e culpável, o ordenamento penal reserva-lhe uma sanção, ou seja, uma pena.

Ocorre que nem sempre a sanção penal foi entendida como a pena de prisão, conforme é, majoritariamente, encarada contemporaneamente.

Desde a Antiguidade até, aproximadamente, o século XVIII, a sanção penal tinha caráter, basicamente, aflitivo, uma vez que era o corpo do apenado a pagar pela infração cometida. O propósito da sanção penal era meramente retributivo. Aplicava-se um mal ao infrator a fim de reparar a violação da norma penal. Em tal contexto, são comuns as mutilações, enforcamentos, esquartejamentos, combustão do indivíduo vivo, entre outras.

Tais penas eram executadas em público, a fim de incutir na coletividade o devido receio de cometer novos delitos. A prisão não era encarada como forma de cumprimento de pena, mas sim como depósito da pessoa física do réu, que, em geral, sob condições sub-humanas, aguardaria sua execução.

Em sua obra “Vigiar e Punir”, Michael de Foucault analisa as penas e julgamentos em um estudo sobre as origens do modelo estatal de repressão atual. Referida obra evidencia o descaso relegado ao preso pelo Estado, bem como a forma cruel, desumana e violenta com que o apenado era tratado.

De tal modo, o sistema penal caracterizava-se pela crueldade e a não preocupação com a recuperação social do indivíduo apenado, sendo a execução penal consistente deleite para a apreciação popular. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli aduz:

“a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as violências produzidas pelas penas, porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por um contra muitos” (FERRAJOLI, 2002 p. 310).

A partir do século XVIII, com o advento das ideias iluministas, inicia-se uma mudança de mentalidade no que diz respeito à cominação das penas. Com a publicação da célebre obra de Beccaria, “Dos Delitos e Das Penas”, em 1764, busca-se uma aplicação de penas que tenha em mira a Justiça, a prevenção do crime e, principalmente, a recuperação do apenado.

Ganha força a concepção de que a espetacularização das sanções penais não é suficiente, e sequer, adequada, para desviar o indivíduo da prática delitiva, evidenciando-se apenas a certeza da punição.

Assim, a pena corporal é relegada em nome dos ideais de dignidade humana. Adota-se a prisão enquanto meio mais eficaz de sanção penal, ou seja, o enclausuramento como forma de suspensão da liberdade.

Adota-se, então, o entendimento de que o cárcere seria viabilizador da ressocialização do indivíduo.

Observou-se durante algum tempo certo otimismo oriundo da convicção de que a pena de prisão poderia ser meio idôneo a realizar as finalidades da pena e reabilitar o indivíduo delinquente junto à sociedade.

Referido otimismo desapareceu, imperando desde então, certo pessimismo, não se acreditando no modelo tradicional de prisão para o cumprimento dos fins almejados.

Tal “crise” inclui o fator ressocializador da pena privativa de liberdade, vez que as grandes críticas e questionamentos se relacionam à relativa ou absoluta impossibilidade de obtenção de efeitos positivos em relação ao apenado.

Fez-se necessário, então, a busca de outros meios idôneos para a substituição da clássica pena privativa de liberdade, mesmo que apenas naquelas penas de curto encarceramento, uma vez que, devido às condições promíscuas do cárcere, seriam mais prejudiciais que positivas ao apenado, em nada contribuindo para sua ressocialização.

Neste contexto, buscou-se caminhar em direção à extinção ou adoção de substitutivas penais, tendo em vista a substituição da ideia de Justiça absoluta por uma ideia de política criminal.

Caminhou-se, assim, em direção ao entendimento de que o encarceramento deveria ser residual, vez que outros meios “liberais e eficazes”, contribuiriam para melhor alcance do objetivo ressocializador.

Em se tratando do ordenamento brasileiro, com a reforma penal de 1984, sob o comando do ministro Francisco de Assis Toledo, houve a adoção de uma política mais liberal em matéria criminal. Dentre as inovações adotadas estão as penas restritivas de direito, a revitalização da pena de multa, com a adoção do critério “dias multa”, além da modernização e revitalização do *Sursis*.

1.2 - Das Penas Restritivas de Direito:

Conforme já mencionado anteriormente, as penas restritivas de direito foram introduzidas no sistema penal pátrio com a reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro, dado pela Lei 7.206, de 11 de julho de 1984.

Antes de tudo, convém ressaltarmos que, em sede doutrinária, admite-se que a nomenclatura “penas restritivas de direito” não é a mais adequada, visto que não abarca todas as modalidades incluídas em referida denominação, sendo apenas uma efetivamente referente à restrição de direitos e as demais de natureza pecuniária e referentes à restrição da liberdade do infrator.

Neste sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

“a denominação “penas restritivas de direito” não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob referida rubrica, somente uma refere-se especificamente à “restrição de direitos”. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado”. (BITENCOURT; 2010,p. 437-438)

As penas alternativas à privativa de liberdade são entendidas como modernas, uma vez que os ditos reformadores do sistema punitivo, como Beccaria, não as conheciam.

Cezar Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal, aduz que “embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados” (BITENCOURT; 2010, p.549).

O referido penalista leciona que a reformulação do sistema surgiu enquanto uma necessidade inadiável, tendo início na luta de Von Liszt contra as penas privativas de liberdade muito curtas (BITENCOURT; 2010, p.549).

Somente a título de informação, ressaltamos que uma das primeiras penas alternativas a surgir foram os trabalhos correcionais sem privação da liberdade do

apenado, cumpridos em seu domicílio, na Rússia, em 1926, ou seja, consistia na “prestação de serviços à comunidade”.

Com a adoção de uma política de penas alternativas à privação da liberdade, podemos vislumbrar a intenção do direito penal em diminuir a crueldade do cárcere e observar os direitos fundamentais do homem. Sendo a pena um mal necessário, tendo em vista a ideia de Estado Social e Democrático de Direito, deve-se buscar a proteção dos bens jurídicos essenciais conjugando a preservação da dignidade da pessoa do apenado.

Não se defende aqui a abolição do sistema penal, o que se pretende é realçar a importância das penas restritivas de direito no que tange ao problema relativo à resposta do Estado quando do cometimento de uma infração penal.

A parte geral do Código Penal Brasileiro (CPB), reformada em 1984, que já previa as penas alternativas à pena privativa de liberdade, teve seu rol ampliado e suas condições de cumprimento modificadas com o advento da Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998. Referido diploma legal veio atender aos anseios da comunidade jurídica, no que tange às reformas no sistema de imputação penal.

As penas restritivas de direito estão previstas no artigo 43 do CPB, consistindo nas seguintes modalidades: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana. Ressalta-se que as duas primeiras modalidades foram criadas com a nova redação e a prestação de serviços à comunidade foi admitida.

Art. 43. As penas restritivas de direito são:

I- prestação pecuniária;

II- perda de bens e valores;

III-VETADO;

IV- prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

V- interdição temporária de direitos;

VI- limitação de fim de semana.

Os requisitos necessários e indispensáveis para que o juiz possa substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito estão elencadas no art. 44 do Código Penal. Há de ser ter em mente que referidos requisitos são considerados cumulativos, devendo, no momento da substituição da pena pelo juiz, estarem todos presentes.

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

- I- aplicada pena restritiva 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 culposos;
- II- o réu não for reincidente em crime doloso;
- III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta do condenado, bem como os motivos e circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(...)

Ressalta-se ainda que, conforme a redação do artigo 55 do CPB, as penas restritivas referidas nos incisos III, IV, V e VI do artigo 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, com a ressalva do art. 46, § 4º, que diminui o tempo de cumprimento quando o quantum da pena for superior a um ano.

Art. 55 - As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

Art. 46 - A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade

(...)

§ 4º - Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Não é nossa intenção aprofundar em detalhes relativos à aplicação das penas restritivas de direito. O que nos interessa ressaltar é que a pena restritiva de direito não quer significar impunidade ou descaso para com os bens jurídicos mais preciosos para o Direito Penal. O que se quer evidenciar é que, conforme a lavra do

caput do art. 59 do CPB, a sanção penal deve ser “suficiente e necessária para a reprovação e a prevenção do crime”.

Assim, ao final do cálculo da pena, tendo em vista o sistema trifásico, o juiz, encontrando as condições necessárias e suficientes para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, proceda à conversão.

Neste sentido, preleciona Luiz Flávio Gomes:

“Uma vez mais, deixou o legislador por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição em cada caso concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a ‘suficiência’ da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle” (GOMES; 1999, p.116.)

1.3 Dos Crimes Hediondos:

São considerados crimes hediondos aqueles tipos penais que, quando praticados, causam maior repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Seja pela perversidade com que são cometidos, seja pela perniciosidade e periculosidade do agente, os tipos penais definidos são merecedores do grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e, em consequência, do próprio sistema de controle.

Assim, sob o ponto de vista criminológico, os crimes hediondos estão no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, devendo, portanto, ser entendidos como os crimes mais graves, mais revoltantes, que causam maior aversão à coletividade.

O artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal, dispõe que:

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

Tal dispositivo, conforme entendimento do professor Guilherme de Souza Nucci, evidencia que o constituinte, ao inserir no título dos direitos e garantias fundamentais, expressa recomendação de que a lei irá considerar certos tipos de delito como de maior gravidade, dispensando-lhe maior rigor de tratamento, e preocupar-se em salvaguardar com evidente zelo, certos bens jurídicos, como a vida, a saúde pública, a dignidade humana e sexual, etc.

Assim, a intenção do constituinte seria a de impor, através de lei especial, tratamento mais rigoroso aos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e aos outros definidos como hediondos, exigindo do legislador ordinário, uma maior severidade.

Os tipos penais definidos como hediondos são aqueles elencados no rol do artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, que assim dispõe:

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

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio,

ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

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

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2, *in fine*);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º);

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

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

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

VII-A – (VETADO);

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º A, § 1º B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único - Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

No que concerne à maneira como foi selecionado o rol dos crimes definidos como hediondos, Guilherme Nucci (2012) ressalta que não houve explicações claras sobre as razões que levaram o legislador a elencar os determinados tipos, permanecendo uma fundamentação nebulosa. No entanto, tal método é relevante, uma vez que proporciona segurança jurídica na aplicação da lei, sendo o tratamento rigoroso dispensado aos crimes hediondos somente àquele rol.

Ainda no que concerne à definição do rol dos crimes hediondos há de se ressaltar que a sistemática utilizada pelo legislador foi a de definição legal. Uma crítica que Guilherme Nucci apresenta a esse sistema é o fato de ser apenas considerada a gravidade do delito em abstrato, fato que pode não aferir a verdadeira gravidade da infração no caso concreto (NUCCI; 2012, p. 325-326).

O que nos convém destacar na presente análise é o fato de que a Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, no § 1º do artigo 2º estabelece que “A pena por crime previsto nesse artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”.

Tal dispositivo tem a redação dada pela Lei 11.464/2007, que modificou a vedação, outrora existente, à progressão de regime prisional, que obrigava o apenado cumprir a prisão em regime integralmente fechado.

Hoje tal dispositivo está em sintonia com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, primeira parte, CF), assim como a orientação que foi firmada por *Habeas Corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.959-SP) em fevereiro de 2006.

1.4 - Dos crimes equiparados aos crimes de natureza hedionda:

O constituinte definiu, na elaboração do art. 5º, XLIII, da CF/88, que a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo são considerados de natureza hedionda, além do rol a ser definido pelo legislador ordinário. Como vimos, referido rol foi definido pela Lei 8.072/90, a lei dos crimes hediondos.

Nota-se a opção do constituinte em mencionar os delitos equiparados a hediondos, não relegando ao legislador comum tal missão. Segundo Guilherme Nucci, tal opção leva a crer que as três modalidades de infrações penais, equiparadas aos hediondos são, em sua essência, tão ou mais hediondos que os crimes descritos no rol do art. 1º da Lei 8.072/90 (NUCCI; 2012, p.335).

Nalayane Mendonça (2006), em sua tese de doutoramento pela UFRJ, pondera que o constituinte de 1988 considerou que, por tais figuras delitivas terem sua hediondez prevista no texto constitucional, podem ser denominadas “crimes hediondos constitucionais”, estando ao lado de outras infrações hediondas infraconstitucionais, a serem rotuladas por iniciativa do legislador ordinário.

O crime de tortura está previsto no artigo 1º da Lei 9.455/97, Lei de Tortura. O crime de tráfico de entorpecentes vem previsto entre os artigos 33 e 37 da Lei 11.343/06, Lei de Drogas. Por sua vez, o crime de terrorismo vem definido no artigo 20 da Lei 7.170/83, Lei dos Crimes contra a Segurança Nacional, Ordem Política e Social.

Capítulo 2 – Um panorama da Teoria Funcionalista:

No presente capítulo procederemos a uma exposição a respeito da Teoria do Funcionalismo, sob a ótica de Claus Roxin. Tal teoria nos servirá de referencial teórico. No entanto, é conveniente que, antes de referida exposição, façamos em breve análise, alguns apontamentos sobre a evolução da chamada “ciência penal”.

Historicamente, o Direito esteve atrelado a imperativos morais desde tempos remotos. É no século XIX que se dá o aparecimento das primeiras correntes de pensamento que defendiam a chamada “Teoria Causal Naturalista da Ação”, ou “Teoria Clássica”, onde se constrói uma concepção do delito atrelada juridicamente ao positivismo científico. O principal expoente do pensamento causalista é Von Liszt.

Aqui, argumenta-se que a análise dos comportamentos desviantes é viabilizada mediante a observância dos princípios empíricos.

Podemos, assim, afirmar que o causalismo prima pela ideia positivista onde o paradigma científico consiste na ideia de demonstrações de análises empíricas, por meio da observação e da descrição.

Nesse sentido, ClausRoxin aduz que:

“A verdadeira tarefa do direito penal é ver o crime como generalizações conceituais numa abordagem puramente técnico científica.” (ROXIN; 2002,p.04-05)

O principal expoente do pensamento causalista é Von Liszt. O crime é todo fato típico, ilícito e culpável. A tipicidade apenas ocupa-se da definição objetiva do tipo, sem qualquer inserção de elementos subjetivos ou axiológicos. A ilicitude é conceituada pelo viés meramente formal, representando a contrariedade entre a norma e o fato. A culpabilidade, por sua vez, é marcada pela “Teoria Psicológica Pura”, resumindo-se à ligação psíquica entre o agente delinquente e o resultado da ação praticada, através do dolo ou da culpa.

Com o incremento de finalidades e valores à teoria do crime, evoluímos a uma sistemática teleológica. Chegamos assim, na década de 1920, à “Teoria Neokantiana” ou “Teoria Neoclássica”.

Abandona-se o conceito mecanicista da ação, incorporando-se elementos normativo-axiológicos. O tipo penal não é mais neutro, levam-se agora em consideração os fins de agir. No entanto, apesar de tal consideração, os elementos “dolo” e “culpa” permanecem inseridos no conceito de culpabilidade. Ao sujeito é exigida a consciência concreta da ilicitude e da reprovabilidade do ato. Neste sentido, fala-se em uma “Teoria Psicológico-normativa da culpabilidade”.

A pena, em tal corrente de pensamento, consiste em um imperativo categórico de justiça, sendo seus fins meramente retributivos. Infere-se assim que a retribuição da culpabilidade é o fundamento metafísico da punição.

“O discurso retributivo indica que a retribuição (expição ou compensação) da culpabilidade constitui fundamento metafísico da punição: Retribuir mal com outro mal pode corresponder a uma crença – e, assim, constituir um ato de fé”. (SANTOS; 2002, p.54)

Na década de 1930, caminhando-se rumo ao aprimoramento do sistema, desponta a “Teoria Finalista”, desenvolvida por Hans Welzel. Para a corrente Finalista, o Direito deve regular a realidade, baseando-se em estruturas lógico empíricas.

Passa-se a entender que a ação corresponde à conduta finalisticamente ordenada, tendo-se, desta forma, o incremento do tipo, que possui elementos objetivos, descritivos, normativos e subjetivos.

O dolo e a culpa são elementos que viabilizam a manifestação de vontade, sendo a vontade elemento integrador da conduta, descrita no tipo. De tal modo, o dolo e a culpa estão, por sua vez, inseridos no tipo.

A culpabilidade, para o finalismo, consiste no juízo de reprovação, de forma que o agente tenha conhecimento do caráter profano da ilicitude, diverso do saber técnico. Assim, uma vez desconsiderados os aspectos psicológicos da culpabilidade, fala-se em uma “Teoria Normativa Pura”.

Posteriormente, desenvolveu-se, por parte de Wessels e Jescheck, a “Teoria Complexa da Culpabilidade”, que buscou uma complementação ao finalismo. Buscou-se trabalhar com a dupla valoração do dolo e da culpa, em dois momentos distintos pelo juiz, quais sejam na tipicidade e na culpabilidade. Portanto, para que se chegue a uma justa valoração sobre a ação do indivíduo, o juiz considerará se a conduta é dolosa ou culposa, e, a depender da modalidade, o juízo de censura a ser imposto será maior ou menor.

No finalismo, em que pese o conceito de pena, desenvolveu-se a noção de prevenção geral positiva ou integradora, onde a pena funciona como elemento de fortalecimento da consciência de respeito a valores e diretrizes a que o Estado se assentar, bem como suas normas. Nesse sentido, SANTOS (2002):

“(...) atribui-se também uma forma positiva à prevenção geral, conhecida como integração-prevenção: a execução da pena no caso concreto cumpriria a função de estabilização social normativa, porque demonstraria tanto a necessidade como a utilidade o controle social penal (...)” (SANTOS; 2002, p.56)

Na década de 1970, Claus Roxin começa a desenvolver a “Teoria Funcionalista”, sob o viés teleológico-racional. Sob tal aspecto, existe o reconhecimento dos dados empíricos, contudo, sem haver o abandono do atendimento dos fins à que o Direito Penal se destina. Neste contexto, o sistema penal deve orientar-se por diretrizes político-criminais, levando-se em consideração valorações normativo-criminológicas.

É necessário ressaltar que, além da corrente de Roxin, existem outras manifestações do pensamento funcionalista, que, embora guardem diferenças óticas, são uníssonas em considerarem que o sistema jurídico penal não pode se orientar apenas por dados puramente científicos, mas sim pelos fins a que o Direito Penal se propõe.

No funcionalismo trabalha-se com a ideia de prevenção atrelada à introdução de conceitos de política criminal. Tais conceitos devem ser encarados como programas estatais de política criminal que não devem se limitar ao mero estudo das penas criminais, devendo investigar as funções a que as mesmas são atribuídas.

Nesse aspecto, Roxin revisita o estudo a cerca das finalidades da pena através do que se chamou “Teoria Unificadora Dialética”, que evidencia a ideia de valorização do caráter preventivo da pena. A pena, que visa à proteção dos bens jurídicos atuaria através de programas de prevenção geral, destinada à sociedade, e de prevenção especial, direcionada ao agente infrator.

Aqui, é modificada a noção de culpabilidade. A estrutura lógico-real da finalidade é superada. O dolo já não abrange todas as consequências típicas cuja produção, o agente assume o risco. Analisam-se os fatos empíricos referentes ao caso concreto, a fim de assegurar a legitimidade e necessidade de aplicação da pena, bem como a necessidade de agravamento da mesma em razão do dolo.

“... a inovação central do sistema teleológico-racional (...) é a expansão da “culpabilidade”, que se transforma na categoria da “responsabilidade”. A culpabilidade (...) deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal (...) de modo que a culpabilidade e as exigências de prevenção limitem-se reciprocamente (...)” (ROXIN; 2002, p. 207)

O funcionalismo, assim, em razão das diversas interpretações que se pode fazer da realidade, busca a verdade norteada em valores, tendo em consideração o fato de que cada elemento do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve estar voltado ao ângulo de sua função político-criminal. Ressalta-se, aqui, a necessidade da noção de política criminal estar integrada ao direito penal, ou seja, o funcionalismo trabalha, também, através da introdução do conceito de política criminal, com a reestruturação da teoria do delito.

A introdução do conceito de política criminal na teoria do delito pretende que cada elemento da mesma possa alcançar a função que lhe é proposta, com o intuito que se chegue ao mais próximo da justa realidade, resguardando-se a segurança jurídica.

Nesse sentido, Roxin aduz que:

“... enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria de regulamentação: só a variedade da vida, com todas as transformações, possibilita a concretização das medidas que

permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto.” (ROXIN; 2002, p. 83)

Ao trabalhar com a ideia de que a pena admite diversas funções, permitindo a inserção dos aspectos de política criminal, Roxin afasta-se das teorias causalistas e das teorias finalistas, de modo que o que se tenciona é a apreensão da verdadeira função do direito penal e da pena.

“Um sistema jurídico-penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causal e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado da valoração legislativa” (ROXIN; 2001, p.16-17)

De tal modo, o que se pretende é a constatação acerca do atendimento dos fins à que a pena se propõe, verificando se a norma penal atende às expectativas que lhe impulsionaram a criação.

Roxin trabalha, então, com a ideia de injusto penal, que não abarca apenas a antijuridicidade, mas também os conceitos de ação e tipo. Leva-se em consideração que o conceito de antijuridicidade não abarca apenas o Direito Penal, pertencendo ao ordenamento como um todo. Sendo assim, somente ações típicas podem significar injustos jurídicos penais.

“... comportamentos podem ser antijurídicos em face do Direito Civil ou do Direito Público, e ainda assim, carecerem de relevância para o Direito Penal (...). Sob o aspecto político-criminal, o juízo do injusto é moldado por três funções: solucionar colisões de interesses de forma relevante para a punição de um ou mais envolvidos no fato; servir como ponto de apoio para as medidas de segurança e outras consequências jurídicas; e ligar o Direito Penal à totalidade do ordenamento jurídico, integrando as valorações decisivas desta.” (ROXIN;2002, p. 236)

Assim, considera-se que para o entendimento do conceito de injusto é necessário que se situe dentro do contexto social.

Na proposta funcionalista, é necessário que se tenha em mente que a responsabilidade é pressuposto da punição, verificando-se na pessoa do apenado a necessidade individual de punição.

“(…) a responsabilidade que se apresenta como realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena, e em regra, como uma indicação para o juiz de que deva ou não aplicar a sanção. A concepção básica político-criminal aqui, não se dirige ao fato, mas ao autor (...)” (ROXIN;2002, p. 214-242)

No funcionalismo, o método de Roxin é apresentado como uma proposta de reestruturação, tendo-se em vista que o sistema político criminal não procura desmembrar o comportamento delitivo em diversos elementos, como é o caso das propostas causalista e finalista. O objetivo é a unidade inseparável, onde se percebem os diferentes aspectos valorativos dos diversos momentos da ação, sendo cada um apresentado com a diversa relevância.

Considera-se, então, que o funcionalismo está inserido em contexto metodológico amplo, que tem por finalidade pautar-se em valores e finalidades fornecidos pela política criminal adotada pelo Estado Social Democrático de Direito, onde ao Direito Penal é entregue a função de tutela subsidiária dos bens jurídicos por meio da prevenção geral e especial, respeitando-se os direitos e as garantias do indivíduo, previstas em sede constitucional.

“As decisões valorativas fundamentais encontram-se assim, positivadas constitucionalmente, e é dentro destes limites que a política criminal atuará, concretizando-as, racionalizando-as, levando em conta o conhecimento empírico, refletindo sobre alternativas mais eficazes e menos gravosas para a realização destes fins básicos” (ROXIN; 2002, p.64-65)

Roxin aduz no sentido de que a produção de efeitos sobre a realidade por parte da política criminal, tem como requisito fundamental o conhecimento aprofundado sobre a situação empírica em que se pretende atuar, eximindo-se da mera consideração normativa.

“Assim, na medida em que dados empíricos comprovem a funcionalidade ou disfuncionalidade de determinada interpretação para a obtenção dos fins almejados, isto será levado em conta, a seu favor ou desfavor.” (ROXIN; 2002,p. 67)

É evidente que a utilização de dados empíricos irá acarretar em ganho para a racionalidade do sistema penal e da argumentação, no entanto, o grande desafio reside na obtenção dos mesmos.

Por fim, há de se considerar que Roxin atenta para a necessidade de mudança na forma de execução das penas com o intuito de se alcançar maior racionalidade e eficiência na aplicação das mesmas e na concretização dos fins a que se propõem.

Capítulo03 – Apontamentos sobre aplicabilidade da substituição de penas privativas de liberdade por penas alternativas nos crimes hediondos e equiparados:

3.1 - A Política Criminal na Ordem Constitucional de 1988:

No capítulo inicial expusemos considerações a respeito da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, denominada Lei dos Crimes Hediondos, bem como da Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que inovou e ampliou a matéria relativa à aplicação de penas restritivas de direito no ordenamento penal pátrio.

Como pudemos sentir, há uma nítida contradição ideológica entre ambas, uma vez que a primeira vem enrijecer o tratamento dispensado a certa modalidade de crimes e a mais recente vem dispensar tratamento mais brando ao apenado que cumpre alguns requisitos, permitindo-lhe a não inserção no sistema carcerário através do cumprimento de penas alternativas.

Bitencourt aduz que, conforme é o caso da Lei dos Crimes Hediondos, “houve uma obsessiva vontade de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade.” Sua avaliação, então, se dá no sentido de que, para referidos crimes, a política criminal é de exasperação das penas e endurecimento dos regimes de encarceramento, tentando-se dificultar a adoção do sistema progressivo (BITENCOURT;2010, p. 592 a 593).

Comparando ambos os diplomas normativos, Bitencourt conclui que:

“Não se pode negar, à evidência que a disciplina de aplicação e execução de penas, constante dos dois diplomas legais (Leis n. 8.072/90 e 9.714/98), é conflitante ou, no mínimo, desuniforme: uma enfatiza e exaspera a aplicação da pena privativa de liberdade; outro prioriza alternativas à pena privativa de liberdade. A política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98 é incompatível com a política de exasperação de pena adotada pela lei dos crimes hediondos (8.072/90)” (BITENCOURT;2010,p. 593).

Tal desuniformidade é patente e característica da política criminal adotada pelo legislador ordinário pós 1988. Nesse sentido, o trabalho de Marcelo da Silveira Campos (2010) aponta para o fato de que a legislação penal aprovada de 1989 a 2006, basicamente caminhou em três direções, quais sejam, a do recrudescimento dos tipos penais existentes em relação à legislação anterior em vigor, a criação de leis que visam medidas alternativas ou ampliação do direito dos acusados, e a criação de leis que visam novos tipos penais e a criminalização de condutas antes não tipificadas.

Referido autor ainda ressalta que em número muito menor aprovaram-se leis de natureza mista, que ampliaram direitos e ao mesmo tempo criminalizaram condutas, e leis que estabeleceram privilégios, como o foro privilegiado, a título de exemplificação(CAMPOS; 2010, p. 116).

Em que pese a aparente contradição, Nalayane Mendonça esclarece que:

“A contradição na legislação jurídica brasileira dos últimos anos que atuou em sentidos opostos: o endurecimento e o aumento das penas e a despenalização de alguns delitos criminais, reflete as contradições existentes no seio da sociedade e reconhece a existência de pessoas substancialmente diferentes; a elas são atribuídas motivações diferentes, conflitos diferentes e uma justiça diferente para cada uma delas.” (MENDONÇA; 2006, p.23)

Conforme aduzimos no capítulo anterior, dentro de uma perspectiva funcionalista do sistema penal, a pena deve conter em si a ideia de prevenção, com a introdução de conceitos de política criminal, entendendo-se assim que o programa de política criminal deve ser compreendido pelo estudo das penas, de forma que se busque a compreensão das funções a elas atribuídas.

Nesse aspecto, questionamos como as funções de prevenção geral, dirigida à sociedade, e de prevenção especial, dirigida ao indivíduo infrator, podem ser efetivadas, em se tratando do enrijecimento das sanções imputadas aos crimes de natureza hedionda e equiparados?

Não é nosso objetivo a análise de dados estatísticos a respeito da proporção entre a natureza dos crimes e a população carcerária. Fato é que, o cometimento de infrações penais de natureza hedionda é crescente.

A título de exemplificação, apresentamos notícia vinculada ao site do jornal local “Tribuna de Minas” em reportagem de Marcos Araújo:

“Homicídios contra jovens crescem 19,2% em JF”

Por **Marcos Araújo**

Juiz de Fora registrou crescimento de 19,2% entre 2009 e 2011 no número de homicídios contra jovens (...), Conforme o "Mapa da violência", Juiz de Fora registrou 16 homicídios de jovens em 2009, 22 em 2010 e 17 em 2011. O crescimento de 19,2% fez com que a cidade ocupasse a 41ª posição entre os municípios do estado. “Levantamento da Tribuna, que não diferencia as vítimas por idade, também aponta para um recrudescimento das mortes por assassinatos a partir de 2011...”(<http://www.tribunademinas.com.br/cidade/homicidios-contra-jovens-crescem-19-2-em-jf-1.1313919>)

Tomando por base a notícia acima, e diversas outras informações, as quais tomamos ciência todos os dias, pelos mais diversos meios, podemos inferir que o mero enrijecimento das sanções criminais não é capaz de cumprir com eficiência a função de evitar o maior cometimento delitivo. Isso sem nos atentar para o alto índice de reincidência dos egressos do sistema prisional, que cumprem penas pelos referidos crimes.

A sociedade, em geral, satisfaz-se com a política de enrijecimento, zelando pela ideia de que “quanto mais duro o tratamento, melhor”. No entanto, existe certa ignorância quanto ao fato de que o indivíduo apenado que passa pelo ambiente do cárcere, dificilmente sairá ressocializado.

A nosso ver, a política de enrijecimento da Lei dos Crimes Hediondos, compromete não só a perspectiva geral, quanto especial, da pena. No que pese à primeira, o tratamento mais duro das sanções não impede, ou diminui, a ocorrência dos tipos penais por ela abarcados. Em que pese à segunda, o indivíduo apenado, ao ser inserido pela primeira vez no sistema penal, dificilmente irá sair sem máculas em sua conduta. É notório que o ambiente promíscuo do sistema prisional é deletério e muito pouco eficaz à função ressocializadora da pena criminal.

É necessário que se ressalte que não é nosso intuito defender a abolição da pena de prisão aos crimes de natureza hedionda e equiparados. Nosso intuito consiste na verificação da compatibilidade entre as políticas criminais da Lei 8.072/90 e a Lei 9.714/98, de modo que as situações concretas permitam a

aplicação de penas alternativas à privação da liberdade corporal do infrator, quando se fizer viável, não se restringindo a necessária imposição do regime inicial fechado.

3.2 - A disposição do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90:

Da análise § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 podemos inferir que há o estabelecimento de que a pena por crimes previstos no referido diploma será cumprida inicialmente em regime fechado (até o advento da Lei 11.464/2007 o regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e equiparados era integralmente fechado). Tendo em vista uma interpretação sistemática, impossibilita-se que, quando possível, se proceda à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, vez que um dos requisitos para essa conversão consiste no regime inicial de cumprimento de pena aberto.

Imaginemos que um indivíduo condenado por um crime hediondo ou equiparado que cumpra os requisitos para a substituição de sua pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, e por razão dessa vedação seja inserido pela primeira vez no sistema prisional. Seria de se esperar que uma eventual substituição da privação de liberdade por uma prestação de serviços à comunidade, por exemplo, fosse mais eficiente no que tange à prevenção especial, no caso de o apenado cumprir os requisitos para a substituição?

Ao que nos parece, no sistema prisional, submetido ao tratamento rígido da política criminal da Lei dos Crimes Hediondos, o indivíduo teria menores chances de se ressocializar, caso estivesse submetido a uma pena alternativa.

Aqui, não desconsideramos a função retributiva da sanção penal ao indivíduo infrator. Apenas questionamos se a pena restritiva de direito a que o indivíduo, cumprindo os requisitos legais, faria jus, não seria também vocacionada a retribuir o mal cometido, ou seja, o cometimento da infração, e possibilitar, também, sua ressocialização.

Seria nesse caso a política criminal razoável?

A não substituição em decorrência da mera vedação seria, a nosso entender, uma forma de desvirtuar o princípio da individualização da pena no momento da aplicação ao caso concreto (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). Caberia assim ao juiz, em seu julgamento, ponderar a necessidade ou não do

encarceramento do indivíduo, aplicando assim a pena justa a fim de, conforme as peculiaridades do caso, contribuir para o fator ressocializador (prevenção especial) a que aduz o referencial teórico que adotamos, sem deixar de encarar o viés retributivo da sanção.

Nesse sentido, devemos entender que a desuniformidade e incoerência do sistema é causada pela excessiva legislação extravagante, fator que em pouco contribuiu para a harmonia do sistema penal. Nesse sentido Bitencourt, aduz que:

“O excesso de legislação extravagante, sem qualquer cientificidade, destruiu o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, ignorou os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico e abandonou todo e qualquer critério que pudesse orientar a primeira fase de individualização da pena, a legislativa, renunciando, inclusive, o dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados do Estado Social e Democrático de Direito.” (BITENCOURT; 2010, p. 593)

Podemos notar que mesmo sendo amplamente aceita pelos tribunais, inclusive os superiores, a Lei dos Crimes Hediondos trás em seu bojo grave violação às garantias constitucionais, como a proporcionalidade, razoabilidade e a individualização da pena no momento em que o juiz a aplica, devido à necessária imposição do regime inicial fechado.

Mais apropriado seria que no eventual confronto entre as leis em questão, a solução se dê em prol da Lei 9.714/98, uma vez que a mesma se adequa melhor aos postulados constitucionais e tem natureza garantista. Nesta linha de raciocínio, Bitencourt aduz que:

“(…) a legislação dos crimes hediondos, a despeito de sua receptividade pela maioria dos tribunais superiores, viola as garantias jurídico-penais asseguradas na própria Constituição Federal em vigor. Nesse contexto e em razão da imperatividade e da supremacia da Carta Magna, o eventual confronto político criminal entre as Leis n. 8.072/90 e 9.714/98 deve ser decidido em prol desta última, que, além de garantista, vem adequar-se aos postulados da atual Constituição.” (BITENCOURT; 2010, p. 593)

Tendo em vista a disposição do artigo 2º, §1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, antiga “Lei de Introdução ao Código Civil”, hoje “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”, que dispõe que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a anterior”, devemos considerar que os eventuais excessos do artigo 2º, §1º, estão derogados.

Tais tipos de derrogações têm por finalidade precípua a flexibilização interpretativa da lei. Deve-se considerar que a Constituição Federal de 1988 apenas vedou a concessão de fiança, graça ou anistia aos crimes de natureza hedionda e equiparados, de modo que impedir a substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito consiste em verdadeiro ataque ao texto constitucional.

Nesse sentido, Bitencourt esclarece:

“Na verdade, a legislação ordinária somente não pode modificar aqueles postulados da Lei dos Crimes Hediondos que a própria Constituição estabeleceu, ou seja, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (art. 5º, XLIII, da CF). Todos os demais excessos contidos na Lei n. 8.072/90 podem ser alterados por simples lei ordinária, tácita ou expressamente, consoante dispões o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nesse sentido a Lei 9.714/98 derogou parcialmente os §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, nas infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, cuja pena concretizável, provavelmente, não ultrapassará quatro anos. Seria paradoxal negar fiança ou liberdade provisória ou determinar regime integralmente fechado a quem não será condenado à prisão”. (BITENCOURT; 2010, p. 593-594)

De acordo com tal raciocínio, podemos inferir que a partir da Lei 9.714/98 passou-se a admitir que para os crimes ditos hediondos e equiparados a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, quando se satisfizerem os requisitos exigidos pelo atual art. 44 do Código Penal Brasileiro, quais sejam, infração sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena concreta não superior a quatro anos de privação de liberdade, não sendo o réu reincidente em crime doloso, seria bastante à repressão penal.

Sendo assim, a substituição estaria vedada quando o juiz, ao efetuar o cálculo penal, chegue a resultados superiores a quatro anos de pena privativa de

liberdade ou se estiver diante de crime cometido com grave ameaça ou violência à pessoa.

3.3 – As manifestações jurisprudenciais sobre o tema:

A seguir, faremos uma breve análise como o tema abordado neste trabalho vem sendo encarado pelos tribunais superiores.

De início devemos destacar o fato de que até o julgamento do *Habeas Corpus* 97.256 do Rio Grande do Sul, em 1º de setembro de 2010, impetrado pela Defensoria Pública da União, o tema era encarado em sentido oposto ao raciocínio por nós exposto anteriormente. No entanto, com referido julgamento, passou-se a admitir o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, nas situações em que o caso concreto permita.

Abaixo, expomos a ementa do julgamento, bem como os principais argumentos do relator, o ministro Ayres Britto.

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da

retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

(STF- HC 97256/RS. Relator Min. Ayres Britto. Julgado pelo Pleno. Publicado em 16 de dezembro de 2010).

É de fundamental relevância destacarmos que ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade na situação fática tratada no presente *habeas corpus*, o ministro Ayres Britto aduz que a pena privativa de liberdade corporal do infrator não é a única vocacionada ao cumprimento dos fins retributivo, preventivo e ressocializador a que se propõe a sanção penal. O relator reconhece que as penas restritivas de direito constituem alternativas viáveis aos efeitos traumatizantes e estigmatizantes do cárcere.

Sob este aspecto é relevante destacarmos a verdadeira harmonia entre a argumentação desenvolvida pelo ministro Ayres Britto e o referencial teórico que adotamos, qual seja, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

Assim, como em Roxin, a argumentação desenvolvida pelo relator parte de uma “idéia a respeito do Direito Penal, identificada com a proteção subsidiária de bens jurídicos e do respeito da pena, que deve ter um caráter preventivo geral e especial, para chegar a um novo modelo de imputação” (BUSATO; 2008, p. 622).

Nota-se a nítida abertura do sistema à imputação de penas restritivas de direitos em um grupo de crimes até então fechado às mesmas. Assim temos a construção de uma lógica que não despreze as funções atribuídas às penas, mas que vise sua aplicação, resguardando as garantias constitucionais do indivíduo, de forma que a introdução de conceitos de política criminal seja benéfica à realidade sob a qual o sistema atua.

Ressalta-se que no caso do habeas corpus analisado, a Lei 11.343/06 traz em seu artigo 44 expressa vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito no caso dos crimes previstos o artigo 33, caput e §1º, 34 a 37, da mesma lei, determinou-se a inconstitucionalidade de referida vedação, com efeito *ex nunc*.

Tal declaração veio em boa hora, uma vez que se permitiu, assim, que aquelas situações de tráfico de drogas em que grupos de usuários reúnem-se para o consumo compartilhado de tóxicos, em que muitas vezes não há grande lesividade à ordem penal sejam contempladas com eventuais substituições.

Assim, a permissão para que no delito de tráfico de drogas, quando a situação concreta permitir, ocorra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, contribui para um melhor aproveitamento das funções da pena, quais sejam, a retribuição e precipuamente a ressocialização do indivíduo.

Em que pese a argumentação do ministro Ayres Britto, a pena alternativa, no caso do tráfico de drogas, evita que sujeitos que, a princípio, mesmo cumprindo os requisitos para a substituição, não a teriam, por expressa vedação, sejam inseridos no sistema prisional e passem pela experiência traumatizante e estigmatizante, dificultadora da ressocialização, representada pelo cárcere.

Deu-se dessa forma, abertura para um maior grau de otimização da política criminal garantista da Lei 9.714/98, mais adequada à realidade fática dos casos de tráfico de drogas de menor lesividade.

Por óbvio, não se quer defender ou admitir penas alternativas aos “altos traficantes”, mas sim oportunizar a ressocialização do indivíduo que na maioria dos casos é inserido no mundo do tráfico em decorrência de seu vício e das mazelas da

própria sociedade. Desse modo, a pena alternativa cumpriria a função de evitar uma maior depreciação social do infrator.

Cabe, portanto, conforme a argumentação do relator, ao juiz, no momento da sentença, verificar a situação fática e a viabilidade da substituição, de modo que a pena seja adequada e suficiente à suas funções de retribuição, prevenção e ressocialização.

Há de se destacar ainda que referido *habeas corpus* mudou o entendimento até então vigente no sistema, tendo servido de referência para diversos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça. A seguir, destacamos um exemplo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTES **TRIBUNAL** E DA SUPREMA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, substituída a pena de prisão por restritiva de direitos, porque preso em flagrante no dia 15/05/2010, mantendo em depósito 4.97g de cocaína na forma de crack. Em sede de apelação, a Corte de origem, por maioria, fixou o regime inicial fechado e negou ao Apenado o direito à substituição da pena privativa de liberdade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal **Federal**, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. 3. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de **drogas** cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. 4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, cassar o acórdão impugnado, a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.

(HC 232059 MG 2012/0018155-9Relator(a):Ministra LAURITA VAZ
Julgamento:27/03/2012Órgão Julgador:T5 Publicação:DJe 03/04/2012)

Nota-se no julgado acima exposto, proferido pela ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de justiça, clara consonância com a linha de raciocínio adotada pelo ministro Ayres Britto.

Há de se destacar, ainda, que o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 ao instituir causa especial de diminuição de pena, permite que ao crime de tráfico de drogas seja imposta pena, cujo *quantum* permite a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito. Assim, existe nítida permissão para que se adequar a sanção penal ao benefício que visa evitar o encarceramento.

Nota-se, assim, a abertura do sistema ao privilégio do viés ressocializador da sanção penal, uma vez que, no caso concreto, o julgador, verificando a possibilidade, procederá à substituição, visando a melhor maneira de possibilitar a prevenção especial.

3.4- A Resolução número 05, de 2012, do Senado Federal:

Tendo em vista o advento da Lei 11.464/2007, que aboliu o cumprimento de pena por crimes hediondos em regime integralmente fechado, obrigando apenas a obrigatoriedade de tal regime como sendo o inicial, bem como o julgamento do HC 97.256-RS pelo plenário do STF, em que se admitiu a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ao crime de tráfico de drogas, o Senado Federal, fazendo uso de sua prerrogativa constitucional (art. 52, X da CF) editou a seguinte resolução:

“RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º 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.

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

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.”

A decisão pela inconstitucionalidade da vedação à substituição por pena restritiva de direito presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, através do, já citado, HC 97.256/RS, ratificada com a referida Resolução do Senado Federal, consiste portanto, em nítido avanço em direção à harmonização do sistema penal, no que concerne às distintas políticas criminais em questão.

Ressalta-se, ainda, que, conforme já exposto no capítulo referente ao estudo da teoria Funcionalista, o direito penal deve estar atrelado à noção de política criminal, em que se deve constatar, no caso concreto, se existe o atendimento dos

fins à que a pena se propõe, ou seja, ao atendimento das expectativas que lhe impulsionaram a criação.

Diante do caminho interpretativo que propomos, passando pelo julgamento do HC 97.256/RS, à edição da Resolução em questão, percebe-se nítido avanço do sistema penal brasileiro, tendo em vista a função preventiva especial da pena, prezando-se pela melhor alternativa à ressocialização do apenado, conforme as circunstâncias concretas permitam.

Conclusão:

Considerando-se a problemática apresentada, qual seja a aparente desarmonia entre a política criminal adotada pela Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, e a política criminal da Lei 9.714/98, que trata das penas restritivas de direito, o presente trabalho procurou ater-se a preponderância da ótica garantista e funcionalista que se pode extrair da atual ordem constitucional brasileira.

O viés interpretativo aqui adotado e verificado no voto no ministro relator Ayres Britto, na ocasião o julgamento do HC 97.256/RS pela Suprema Corte, prima pela melhor solução no momento da sentença para o alcance dos fins à que a sanção penal se propõe. Assim, tendo-se em consideração a necessidade de que a pena seja, além de uma retribuição, também fator de prevenção, quer geral, quer especial, há de se ter em mente, conforme expresso pelo voto do ministro relator de referido HC, que a pena restritiva de direito também é vocacionada ao cumprimento das funções a que a sanção se destina.

Assim, tendo-se em vista o desenvolvimento da problemática em questão, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência nacional, no que tange aos tribunais superiores, é perfeitamente viável a aplicabilidade das penas restritivas de direito aos crimes de natureza hedionda e aos a estes equiparados.

No entanto, há de se estar atento que ao fato de que a possibilidade de aplicação de penas substitutivas nos crimes de natureza hedionda deve ser analisada em cada caso, devendo se fazer presentes os requisitos exigidos pela Lei. 9.714/98.

Já se verificou, conforme ilustrado no presente trabalho, que no caso do crime de tráfico de drogas, rechaçada a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, pela via de declaração incidental de inconstitucionalidade, cumpridos os requisitos legais exigidos, está permitida a substituição.

A substituição, portanto, nos casos em que, permitidos pela lei, tem o condão de proporcionar melhor adequação à política criminal adotada pela Lei

9.714/98, contribuindo para que o indivíduo possa ter condições melhores de se ressocializar, não desfrutando dos efeitos traumáticos e estigmatizantes do cárcere.

Percebe-se que ao se admitir a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito em crime hediondos, nas situações em que for permitida, tem o condão de abrir o sistema à realidade fática.

O fato de não inserir o “infrator de primeira viagem”, como, por exemplo, o usuário de entorpecentes, que ao fazer uso compartilhado de tóxicos, acabe sendo autuado, processado e condenado por tráfico, contribui, de certa maneira, para que o viés ressocializador da pena contribua na amenização de uma complexa questão criminal e social.

Não se pretendeu defender aqui o afrouxamento do viés retributivo da sanção, apenas a possibilidade de que as penas restritivas de direito possam também contribuir para o efetivo cumprimento das funções a que a pena se propõe.

Referências Bibliográficas:

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUSATO, Paulo César. **Modernas Teorias do Delito: Funcionalismo e Significado e Garantismo**, in *Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Moñoz Conde*, coordenação Cezar Roberto Bitencourt, Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008.

CAMPOS, Marcelo Silva. **Crime e Congresso Nacional: Uma Análise da Política Criminal Aprovada de 1989 a 2006**. 1ª Edição. São Paulo. Editora IBCCRIM, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral (Volume único)**. 1ª edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (coordenação) **Nova Lei de Drogas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Nalayne. **Penas e Alternativas: Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro(1984-2004)**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia a UFRJ, Rio de Janeiro, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Volumes 1 e 2**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo. RT, 2003.

ROXIN. Claus **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I**. 2ª ed. Tradução para o espanhol de diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de vicente Remesal, Madri: Civitas, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos sediciosos. Crime, direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002

SILVA, Leandro Oliveira. **Teoria da Tipicidade**. Em Direito Penal Acadêmico – Parte Geral / Rafael de Castro Alves Medina (Org.) 1ª ed., pág. 379 e ss. – Rio de Janeiro. 2008

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1980

