

LUIZ GUSTAVO MURARA

RELAÇÃO ENTRE OS CRIMES HEDIONDOS E AS PENAS ALTERNATIVAS

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Chemim Guimarães

**CURITIBA
2002**


TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ GUSTAVO MURARA

RELAÇÃO ENTRE OS CRIMES HEDIONDOS E AS PENAS ALTERNATIVAS

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de Bacharéu em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Luiz Chemim Guimarães
Faculdade de Direito, UFPR



Prof. René Ariel Dotti
Faculdade de Direito, UFPR



Prof. Ricardo Rachid de Oliveira
Faculdade de Direito, UFPR

Prof. Rolf Koerner Júnior
Faculdade de Direito, UFPR

Curitiba, 4 de novembro de 2002

Agradeço aos meus pais Ismália e Egon por todo o incentivo que me deram durante todo o curso, bem como as minhas irmãs Ana Karla e Alessandra. A minha namorada Mariane, que mesmo nos momentos mais difíceis, mostrou-me como enfrentar as adversidades com maturidade e frieza. Aos meus mais nobres amigos que, durante todo o curso foram uma das minhas maiores fontes de inspiração, proporcionando momentos de muita alegria.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 CRIMES HEDIONDOS	3
2.1 CONCEITO E INTRODUÇÃO AO TEMA.....	3
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO E CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À LEI N° 8.072/90. ...	8
3 PENAS ALTERNATIVAS	12
3.1 INTRODUÇÃO E GENERALIDADES.....	12
3.2 HISTÓRICO DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	19
3.3 ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS.....	20
3.4 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	22
3.4.1 Requisitos Objetivos.....	22
3.4.2 Requisitos Subjetivos.....	23
3.5 ASPECTOS CRÍTICOS DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	24
4 RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS CRIMES HEDIONDOS E A CONCESSÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS	26
4.1 POSIÇÃO FAVORÁVEL À CONCESSÃO.....	26
4.2 POSIÇÃO DESFAVORÁVEL À CONCESSÃO.....	32
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	41

RESUMO

A interação entre a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei nº 9.417/98, que ampliou a incidência das penas privativas de liberdade, está bastante em voga no universo jurídico atual e, pelo que se pode perceber, está muito longe de ser pacificado entendimento a respeito. Enquanto há um grupo de Doutrinadores empenhados em desenvolver um posicionamento favorável à concessão de penas alternativas à crimes hediondos e aos equiparados, que sejam cometidos sem violência ou grave ameaça contra a pessoa; há, do outro lado, a jurisprudência, que em sua maioria apóia a opção denegatória da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para os delitos acima mencionados, por entenderem os magistrados que cada uma das normas têm destinatários distintos. Sopesando os aspectos mais relevantes, tanto da Lei dos Crimes Hediondos, quanto da Lei nº 9.417/98, será realizado um estudo que analisará as duas correntes a respeito da interação ou não das lei acima citadas, apontando aspectos críticos de cada uma delas e, ao final, optando por qual dos posicionamentos parece ser o mais correto.

1 INTRODUÇÃO:

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Direito Penal se acostumou a conviver com uma nova classificação de crimes, através da qual buscou o legislador promover um endurecimento das garantias penais, bem como acresceu de forma acentuada a resposta penal para determinados delitos que eram considerados mais nocivos à sociedade.

Logo após, em 1990, foi editada a Lei nº 8.072, chamada de Lei dos Crimes Hediondos, que regulamentou estes dispositivos constitucionais e trouxe em seu bojo um rol de crimes que, por serem mais lesivos à coletividade, sofreram um forte cerceamento nos direitos que lhes eram característicos, como por exemplo a proibição de se conceder anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória (artigo 2º, incisos I e II). Ademais, fixou em regime único para cumprimento de pena, que é o integralmente fechado (artigo 2º, § 1º), vedando, assim, para estes delitos a regra geral de progressão de regimes, regulamentada pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Anos depois, seguindo caminho oposto ao do endurecimento penal ocorrido com a Lei dos Crimes Hediondos, promoveu-se uma modificação do sistema de penas restritivas de direitos com a Lei nº 9.417/98, no sentido de aumentar seu número de três para cinco, bem como alterou os requisitos necessários para sua concessão. Abriu-se então a possibilidade de se punir com penas alternativas delitos de menor gravidade e que anteriormente tinham o mesmo modo de punição de crimes considerados mais ofensivos à sociedade, que era a pena privativa de liberdade.

Surgiu, então, uma discussão entre os operadores do Direito a respeito da possibilidade de se fazer uma interpretação extensiva da Lei nº 9.417/98, aplicando o regime jurídico das penas alternativas também aos delitos contidos na Lei dos Crimes Hediondos, mas que não fossem cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, além de que o sujeito ativo do crime preenchesse os requisitos para se promover a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Esta questão fez surgir duas correntes: uma liderada pela maioria da Doutrina, que procura defender a substituição de pena para determinados crimes

trazidos na Lei nº 8.072/90; e outra na qual prevalece a opinião da maioria da Jurisprudência entendendo não ser aplicável o regime jurídico das penas restritivas de direitos aos crimes hediondos e a eles equiparados, por não haver compatibilidade entre estas duas normas jurídicas.

Cada uma das correntes tem argumentos positivos e negativos, cabendo uma análise e menção dos aspectos mais relevantes para, ao final, se promover uma conclusão a respeito de qual opção é a mais acertada, bem como demonstrar o porque da escolha. Além do mais será realizada uma análise crítica tanto da Lei dos Crimes Hediondos, bem como da Lei das Penas Alternativas, buscando suas particularidades e demonstrando quais são os pontos de cada uma delas merecedores de críticas ou de elogios.

2 CRIMES HEDIONDOS:

2.1 CONCEITO E INTRODUÇÃO AO TEMA:

A expressão crime hediondo foi concebida pela Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, com o intuito de definir certos ilícitos penais que, se cometidos, trariam ao acusado, uma restrição dos direitos fundamentais trazidos no próprio artigo 5º da Constituição.

Na verdade, surgiu uma nova classificação de crimes em que o legislador passou a definir e tratar com maior repugnância do que os demais delitos, no sentido de considerá-los inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Nesse rol de crimes estão os hediondos, trazidos pela Lei nº 8.072/90, e os a eles equiparados pela própria Carta Constitucional, que são a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. O crime de terrorismo ainda não possui definição típica e jurídica precisa, enquanto que o tráfico ilícito de drogas está tipificado na Lei nº 6.368/76 e o crime de tortura na Lei nº 9.455/97.

O texto constitucional, por conseguinte, deu origem à Lei dos Crimes Hediondos, a qual não contém uma definição expressa do que sejam esses crimes. Pelo contrário, o legislador acabou por simplesmente separar certos crimes e intitulá-los como hediondos sem, contudo, fornecer uma definição precisa do que sejam tais ilícitos. Ao contrário do que imagina a maioria da sociedade brasileira, os crimes hediondos não são aqueles considerados bárbaros, repugnantes, graves, ou cometidos com extrema crueldade contra a vítima, mas simplesmente aqueles delitos que por poção única e exclusiva do legislador, foi assim definido por ele. Desta forma, diante da falta de uma definição do que sejam crimes hediondos na referida Lei, é que se pode compreender o porquê de freqüentemente ouvirmos através dos mais variados veículos de comunicação que certo crime cometido com maior gravidade, ou que tenha sido cometido contra vítima indefesa ou mesmo que tenha gerado certo clamor nacional é definido como hediondo, sem que se saiba o que são realmente esses delitos.

Ocorre que as dificuldades naturais de se realizar uma conceituação, com base legal, do que sejam crimes hediondos tem a ver com a própria dificuldade de se proceder a uma definição material de crime, baseado no caráter danoso do ato ou

na desaprovação daquela conduta pela sociedade em face a ir contra a moral e os bons costumes.

O problema está no sentido de não bastar que a conduta represente uma grande ofensa a um bem jurídico, visto que, se não houver expressa previsão legal de pena acarretaria uma certa indefinição e até uma dose de arbítrio das autoridades policiais e judiciais que, de acordo com suas convicções, poderiam tratar penal e processualmente com maior severidade o acusado conforme o crime por ele praticado.

De qualquer forma, a Lei dos Crimes Hediondos considerou como tais os seguintes crimes praticados, tanto na forma tentada, quanto consumada: latrocínio (artigo 157, § 3º); extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, **caput**); estupro (artigo 213, **caput** e parágrafo único); atentado violento ao pudor (artigo 214 e, ambos, em combinação com o artigo 223, **caput** e parágrafo único) epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º); todos do Código Penal e o genocídio (artigos. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56). Além do homicídio praticado em atividade típica de extermínio e o qualificado na forma da Lei nº 8.930/94, bem como o crime de tortura trazido na Lei nº 9.455/97.

Não se contentando o legislador, o texto legal declarou que os acusados da prática destes delitos não podem ser beneficiados com a concessão de anistia, graça e indulto; fiança e liberdade provisória (artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.072/90), que a pena por tais crimes deverá ser cumprida integralmente em regime fechado (artigo 2º, § 1º), bem como dilatou o prazo da prisão temporária para trinta dias, podendo ocorrer prorrogação por igual período quando houver extrema e comprovada necessidade do acusado se manter sob custódia (artigo 2º, § 3º). Por fim, acabou por inserir diversas outras alterações em dispositivos constantes na parte geral e especial do Código Penal, tornando-os mais rigorosos em desfavor dos autores. Insta registrar, apenas à título de argumentação, que para o crime de tortura, a Lei nº 9.455/97, ao contrário, determinou no artigo 1º, § 7º, que o regime de cumprimento de pena deve ser o inicialmente fechado.

Na verdade, pelo que se percebe da análise da exposição de motivos da Lei nº 8.072/90, o legislador realmente se preocupou em tornar efetiva e viável a realização de uma guerra contra a criminalidade, pois:

"(...) a criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: justiça morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade. (...) A 'criminalidade violenta' não diminuiu. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro, etc. vêm intranquilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática criminosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade."

Assim procurou-se dar conteúdo à expressão constitucional sobre crimes hediondos, de acordo com duas correntes¹:

- a) determinação de algumas figuras típicas que foram qualificadas de hediondas, apesar de terem seu texto legal preservado na íntegra;
- b) estipulação de um conceito primitivo de crime hediondo, que seria o delito praticado com violência à pessoa, provocando, diante da gravidade do fato ou pela maneira de execução, repulsa social, sendo que este reconhecimento deve se dar de forma motivada por juiz competente.

Ao que se percebe, o legislador agiu de forma acertada ao simplesmente classificar certos delitos como hediondos, vez que se fosse a intenção dele realizar uma definição do que seriam estes delitos, poderia ocorrer que, diante da amplitude do significado do que fosse crime hediondo e devido à formação ideológica e cultural do magistrado, faria com que o próprio juiz acabasse por assim considerar tal delito de acordo com suas convicções e forma de pensar.

Prosseguiu o legislador constituinte ao estipular que, do mesmo modo, é considerado autor de crime hediondo aquele que podendo evitá-lo, se omitir. Na verdade, o constituinte definiu como omissão penalmente relevante aquela em que o omitente podia evitar que o resultado típico ocorresse. Tal posição é merecedora de

¹ Apput. FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit. p. 45. "(...)Ricardo Antunes Andreucci (Parecer sobre o Projeto de Lei do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a respeito do Crime Hediondo, 1989) observou que o adjetivo 'hediondo' constitui elemento normativo do tipo, de caráter cultural, referido a valores e a sentidos, devendo estes ser apreendidos não através de simples capacidade cognoscitiva, como em relação aos descritivos; quanto a eles, necessária particular apreciação do Juiz, que se realizará através de uma estimativa axiológica sem parâmetros objetivos definidos, daí porque, mais uma vez, a reserva legal ficará atingida em razão da fluidez e do elástico possíveis. A censura não pode incidir sobre o julgador, que procura adequar o tipo à realidade, mas sobre a regra que terna o princípio da legalidade, apresentando um conceito poroso (a respeito desta conceituação jurídica, Hassemer, Fundamentos del Derecho Penal, trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984). Em síntese, difícil saber, não o limite radical da avaliação, o

críticas, visto que qualquer pessoa poderia ser acusado de não ter evitado certo evento delituoso. Nas situações mais freqüentes em nossa memória, vê-se que o omitente podia ter feito algo para evitar o resultado crime, mas nem por isso sua conduta omissiva poderia ser vista como criminosa. É indispensável que esse poder agir por parte do omitente seja também exigido por parte da lei penal, transformando-se assim em um dever agir. Isso significa que somente pode ser considerado crime quando o omitente tinha a obrigação de impedir o resultado criminoso, mas não o fez, conforme expõe Alberto Silva Franco.²

“A omissão só tem relevância penal quando omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir significa que o omitente tinha a obrigação, em virtude de lei, ou da assunção da responsabilidade, de impedir o resultado ou de uma situação de ingerência, em obstar o advento do resultado típico. Só, portanto, nas hipóteses fáticas em que cabia, ao omitente, com base nas fontes geradoras de um especial dever de agir, o papel de garante do bem jurídico, é que se pode vislumbrar, no seu procedimento, uma omissão criminosa.”

Ao se designar hediondo certo delito o legislador inicialmente teve a intenção de proteger a tutela patrimonial, para em seguida dar proteção à tutela dos crimes contra a liberdade sexual. Por fim é que se procurou tutelar outros bens da vida, para somente se chegar a proteção do maior bem jurídico existente – a vida – com a Lei nº 8.930/94, através da qual se classificou como hediondo o crime de homicídio qualificado, ou o homicídio simples, desde que praticado como atividade típica de grupo de extermínio.

Poder-se-ia pensar, pelo menos para mitigar o rigor da lei, em uma espécie de cláusula excludente, através da qual o caráter hediondo, a critério do juiz, pudesse não ser aplicado. Ocorre que, em face do princípio da legalidade, previsto constitucionalmente, não é possível admitir-se a inclusão ou exclusão de crimes por critério judicial. No entanto, visando alcançar exceções não tão infreqüentes, como a do pai que, por exemplo, para vingar o estupro da filha, de emboscada, mata o estuprador, parece viável a inserção de uma espécie de cláusula de modo a permitir que o magistrado exclua a incidência da qualificação hedionda, conforme sua livre convicção.

definitivamente hediondo, mas o que emerge da faixa intermediária, o pertinente à zona cinzenta entre o hediondo e o não hediondo, sitiada entre extremos.”

² FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT. 1994. p. 31.

Prosseguindo, o legislador não apenas acabou por introduzir no mundo jurídico uma nova classificação criminal aos crimes anteriormente tipificados, como também promoveu um acréscimo acentuado na parte sancionatória destes crimes, possibilitando que ocorram punições desproporcionadas e sem uma coerência lógica com o fato concreto. Além do mais, esse excessivo aumento de pena causa uma dificuldade acima do comum para o magistrado individualizar a reprimenda, visto que ao se elevar tão bruscamente os mínimos legais, impede que se quantifique a pena de acordo com o grau de injustiça e de culpabilidade.

Além disso, ao agravar de forma tão intensa as respostas penais desses crimes, a Lei – em seu artigo 9º³ – acabou por fazer com que a pena fosse acrescida de mais um tanto além do que já foi aumentado anteriormente pela Lei e fazendo com que o preceito sancionatório passasse a ser fixo, conforme exemplifica Alberto Silva Franco.⁴

“(...) se o latrocínio, ou a extorsão mediante seqüestro, de que resultou morte, for executado contra pessoas não maior de catorze anos, mínimo e máximo terão a mesma quantidade punitiva: trinta anos de reclusão. A pena absolutamente aplicada pelo legislador é inaplicável na prática, porque impede a apreciação do fato criminoso, e não permite uma adequação à culpabilidade e à personalidade do acusado”

Isto porque, de acordo com a gravidade do delito e quem fosse o sujeito passivo da ação criminosa, a pena seria agravada pelo artigo 9º, em sua metade, porém não podendo ultrapassar trinta anos de reclusão. Resultado disso, é que com o acréscimo penal, tanto o mínimo legal quanto o máximo, ultrapassam numericamente o limite de trinta anos, forçando uma situação em que se tem uma resposta penal fixa, sem que se possa promover uma verdadeira individualização da pena, em face ao engessamento promovido pelo referido artigo, não deixando nenhum espaço para que o julgador fixasse, ao seu convencimento, o *quantum* da pena.

Insta registrar, por fim, que além dos fatos acima mencionados, a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos fez com que se alterassem significativamente

³ Artigo 9º, da Lei nº 8.072/90. “As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todo do Código Penal, são acrescida de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.”

⁴ FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit. p. 48.

certos institutos processuais, ao se vedar a concessão de liberdade provisória aos que cometerem estes ilícitos, que fosse elevado o prazo para a prisão temporária e que, principalmente, impediu que fosse possível a progressão de regime de cumprimento de pena, vez que o único regime possível foi o integralmente fechado.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO E CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À LEI Nº 8.072/90:

A expressão crimes hediondos surgiu primeiramente em nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º. Na verdade, dentre o rol do chamados direitos fundamentais, encontrou-se uma verdadeira restrição a esses direitos visto que, no inciso XLIII, procurou-se evitar que, para determinados tipos de crime, fossem concedidos os benefícios da graça, da anistia e da prestação de fiança.

Durante o ano de 1990, ocorriam diversas manifestações por parte da população e dos órgãos da mídia a favor de uma repressão e combate à violência, vez que algumas das pessoas possuidoras de grande popularidade nacional acabaram por serem vítimas de delitos relacionados com o crime organizado; além de existirem inúmeras formas de pressões "difusas", que normalmente se fazem presentes em momentos como esse, foi aprovada a Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), passando a vigorar na data de sua publicação, em 25 de julho, daquele ano.

A inserção dos chamados crimes hediondos, e a eles equiparados, em nosso mundo jurídico se deu pelas mais diversas causas, mas pode-se restringir a três como as mais importantes:

- a) a preocupação em evitar a ocorrência da prática da tortura, tão presente nos anos anteriores no cenário principalmente político do Brasil;
- b) a crescente preocupação em se evitar que as drogas ilícitas tomassem conta da sociedade;
- c) o crescimento da chamada violência urbana, bem como o aumento considerável dos crimes de extorsão mediante seqüestro.

Inicialmente, se procurou inserir no texto constitucional um dispositivo que assegurasse efetiva punição daqueles que porventura cometessem ações armadas contra a chamada ordem político-jurídica, ou que praticassem tortura por motivos

político-ideológicos. O que se procurou impedir foi que esses criminosos, que a atividade ia contra a ideologia mor do Estado Democrático de Direito, fossem agraciados por medidas de anistia e com isso escapassem de serem punidos pelos crimes que viessem a praticar mediante tortura, com perseguições políticas e atentados contra a ordem político-jurídica do país. Na verdade, o que esse grupo de parlamentares de característica extremamente conservadora queria era, além do que já foi citado, criar medidas de combate aos crimes de tráfico de entorpecentes, roubo, extorsão mediante seqüestro, homicídio e estupro.

No que se refere ao combate ao tráfico de drogas, é válido ressaltar que os anos 70 e 80 foram marcados pela intensificação do comércio ilícito de entorpecentes e do uso indevido dessas substâncias. Isso acabou por trazer à sociedade em geral uma consciência amplamente favorável a uma intensificação no sistema punitivo no que tange aos responsáveis pelo tráfico de drogas, isso tanto no âmbito nacional, quanto internacional.

Inicialmente os crimes de tóxicos foram tipificados pela Lei nº 5.726/71, mas depois de cinco anos, outra norma foi formulada (Lei nº 6.368/76) e acabou por majorar as penas previstas anteriormente para o tráfico, incriminar de forma autônoma o uso de substância entorpecente e por fim, estabelecer um procedimento mais célere e rígido para o julgamento de tais ilícitos penais.

Mesmo assim, os crimes previstos na Lei de Tóxicos continuaram a ser amplamente cometidos e, ao contrário do que era esperado, passaram a crescer em número assustador. Novamente a reação popular foi de apoiar e reivindicar amplamente a construção de leis mais severas. Isso acabou por também desembocar na aprovação na Lei dos Crimes Hediondos, que culminou com a abolição de certos direitos anteriormente reconhecidos aos crimes que assim passaram a ser rotulados, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes.

Era necessário que fosse restabelecida a lei e a ordem, que era a exigência das pessoa chamadas "de bem". Para estas, o crime era visto simplesmente como um fator patológico e o criminoso como um sujeito que era anômalo e, portanto, deveria ser banido do convívio comum. Tal pensamento era difundido principalmente através dos veículos de comunicação que passavam a idéia de que a sociedade era tão somente a vítima dos crimes, sem procurar formular uma *mea culpa* no sentido de responsabilizar a própria sociedade que, agindo de forma omissa, acabou por

desembocar em todo esse estado violento em que se encontram os principais centros urbanos.

De outro vértice, havia uma certa desconfiança geral no que se refere aos órgãos estatais de controle, visto que estes não mais tinham capacidade de reagir a situação caótica de violência, principalmente, por causa da burocracia que os impedia de agir de forma rápida e eficaz contra as ações de caráter delinqüente.

Com este contexto, percebe-se que, com a entrada em vigor da Lei de Crimes Hediondos procurou-se tornar muito rigorosa a resposta penal, pondo em xeque todas as conquistas racionais e humanas anteriormente conseguidas pelo Direito Penal após anos e anos de profundos e longos estudos. Tem-se que esta Lei teve o condão de promover uma reação impensada para a fixação de uma política criminal de extremo rigor, promovendo uma atitude intervencionista em que se buscou a maior efetividade possível do Direito Penal, deixando de lado inclusive institutos formais e até mesmo a justa e humana aplicação da lei penal.

Segundo as palavras de Hassemer, que citado por Alberto Silva Franco, acabou por criticar de forma correta a criação desta modalidade criminosa, as principais conseqüências da Lei dos Crimes Hediondos foram:

“(...) que se criem tipos penais novos, apesar de serem suficientes os já disponíveis, que se elevem as penas ao máximo, apesar de que todos, que sejam bem informados, saibam que não comportam efeito especial algum; que se suprimam, em geral, os direitos dos detidos e processados, apesar de que somente se queria afetar a um reduzido número de suspeitos; que se introduzam leis especiais para os terroristas e medidas penitenciárias especiais que oferecem sérias reservas de constitucionalidade.”

Destarte, apesar das inúmeras restrições impostas pelo legislador acima relacionadas, verifica-se na atualidade a ocorrência de certas mudanças na postura dos aplicadores do direito quanto à incidência plena da Lei dos Crimes Hediondos, vez que, apenas a título de exemplificação, pode-se mencionar a possibilidade de se conceder liberdade provisória ao réu, mesmo quando este tenha cometido algum crime capitulado na Lei acima mencionada, tendo em vista situações excepcionalíssimas do agente infrator e o livre arbítrio da autoridade judicial, mesmo havendo vedação legal expressa a respeito do assunto.

É o que vem decidindo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MANEJO. IMPROPRIEDADE⁵.

1 - Recusa o entendimento pretoriano dominante o manejo do mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito.

2 - O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista princípios constitucionais regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência, etc.). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei nº 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão. A manutenção da prisão em flagrante só se justifica quando presentes os requisitos ensejadores da preventiva, nos moldes do art. 310, parágrafo único do CPP.

3 - Habeas corpus concedido.

⁵ STJ, HC nº21223/SP, Sexta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, julg. 20/08/2002.

3 PENAS ALTERNATIVAS:

3.1 INTRODUÇÃO E GENERALIDADES:

Para que se possa reduzir a criminalidade e principalmente a população carcerária devem-se tomar algumas medidas providenciais dentre as quais estão: as sociais, econômicas e legais. Ou seja, para que se possa discutir medidas capazes de melhorar as condições dos presídios, há necessidade de haver uma redução da criminalidade e a agilização da justiça, ocorrendo, portanto, a diminuição da população carcerária. Tal fato é de suma importância, visto que a possibilidade de se recuperar um encarcerado nas atuais condições dos presídios brasileiros é ínfima, já que os detentos praticamente não exercem qualquer atividade capaz de melhorar sua formação, tornando assim mínima a possibilidade do retorno, devidamente recuperado, à sociedade.

A adoção mais efetiva das chamadas penas alternativas são fundamentais para se reduzir a população carcerária no Brasil, porque é notório que a grande maioria dos processos criminais em trâmite tratam de infrações de pouca gravidade. Tal situação faz com que se perceba automaticamente que não há a necessidade de se condenar essas pessoas a cumprirem suas penas em regime fechado ou semi-aberto, vez que, sendo os crimes de menor gravidade, não se pode abarrotar as casas de custódia com pessoas que, a princípio, não oferecem maiores riscos à sociedade. Assim, desde já pode-se afirmar que, diante dessa problemática, surge a possibilidade da utilização das penas restritivas de direito como um meio rápido, prático e justo para se condenar um delinqüente de baixa periculosidade.

A pena alternativa é também denominada de pena restritiva de direitos e é uma sanção de natureza criminal, que vem ganhando muito espaço no mundo jurídico porque é o modo mais justo de se aplicar uma penalidade a um criminoso que cometeu um delito de pouca gravidade, por não ser adequado determinar que este permaneça preso em estabelecimentos penais, convivendo cotidianamente com outras pessoas de maior periculosidade. Esta interação entre os detentos poderá influenciar no comportamento e na personalidade do infrator de menor periculosidade, a ponto de transformá-lo em uma pessoa que, diante da situação

que lhe foi posta e dos “ensinamentos” obtidos durante o enclausuramento, possivelmente ingressará no mundo da criminalidade violenta no futuro.

Essas penas surgem em momento adequado, porque é de vital importância que se procure cada vez mais opções capazes de reduzir o número de pessoas que se encontrem privadas de sua liberdade. Isso certamente possibilitaria uma maior recuperação desses indivíduos para que, após cumprirem regularmente suas penas, estejam perfeitamente integrados com a sociedade, podendo inclusive exercer plenamente sua cidadania e ingressar, sem restrições, no mercado de trabalho.

Devido às alterações da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, o Código Penal passou a prever cinco espécies de penas alternativas. Houve aumento de duas modalidades em relação à reforma penal ocorrida em 1984, além de se modificarem substancialmente os requisitos necessários para sua concessão, abrindo uma maior possibilidade de ocorrer substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos.

Essa substituição de pena, além dos pontos eficazes acima citados, é um modo inteligente de redução de despesas pelo Estado porque cada pessoa que se encontra privada de sua liberdade representa gastos desnecessários ao Poder Público, porque o indivíduo não trabalha, não produz e não evolui socialmente, dificultando ainda mais o seu reingresso ao convívio social.

Ao serem aplicadas em maior quantidade as penas mais benígnas, o Estado certamente deixaria de ter gastos expressivos na manutenção dos apenados, bem como teria reduzidas as despesas com a manutenção dos condenados que estejam cumprindo pena restritiva de direitos, visto que essa modalidade de pena exige menos custos para manutenção do que as privativas de liberdade. Assim, pode a Administração Pública, inclusive destinar estes recursos em outras áreas de atuação estatal, promovendo assim uma maior possibilidade de desenvolvimento do país.

De outro lado, o Estado deve tomar atitudes capazes de tornar como certa a punição daqueles que cometem atos ilícitos porque, atualmente, o Judiciário têm sido visto pela sociedade como um órgão marcado pela ineficácia, pela lentidão e pela impunidade. Então, com a ampliação da incidência das penas alternativas, com a reformulação do sistema carcerário e a reforma no Judiciário, busca-se uma nova dinâmica do Estado, já que apenas a construção de novos presídios não basta para resolver todo esse problema, pois atualmente, tem-se uma enormidade de

mandados de prisão à espera de cumprimento. Ou seja, grande parte dos destinatários destes mandatos e também dos detentos que se encontram recolhidos, são de pessoas que, pelos crimes de menor ofensividade que cometeram, não deveriam ser condenados à pena de prisão, mas que sim, têm ampla possibilidade de se manterem ativos na sociedade, porém cumprindo as restrições determinadas quando da condenação.

Deve-se, portanto, ter em mente que a aplicação das penas alternativas é uma tendência do direito criminal moderno como forma de tentar combater a crescente onda de violência, já que se pode perceber que o sistema penitenciário está saturado, sem possibilitar que haja ressocialização dos que lá se encontram, como salienta o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro em decisão em que foi relator⁶:

*“A Lei nº 9.714/98 é prova eloqüente de superação do período que se orientava pelo *punitur eit peccatum est*. Não faz mais sentido, tenho insistido, analisar as normas do Direito penal do ponto de vista meramente formal. A pena, repetia Ferri, não pode ser identificada com o mero carimbo que o alfaiate coloca na roupa confeccionada, como se o condenado fosse mero manequim. A recente lei está teleologicamente direcionada. Sem dúvida, afastou, às inteiras, qualquer dúvida de a pena ser meio, e não fim.”*

Pela possibilidade de surgir cada vez mais criminosos, em decorrência indireta do período de grave crise econômica pela qual o país atravessa, muitos indivíduos têm recorrido à criminalidade por entenderem ser essa a forma mais fácil e rápida de se obter algo vantajoso, embora, seja um ato considerado ilícito. Ou seja, muitas pessoas utilizam-se da criminalidade porque já estão perdendo a esperança de que um dia sua situação pessoal possa vir a melhorar e vislumbram que o cenário atual demonstra que no futuro as coisas serão ainda mais difíceis.

Assim, de acordo com os fatos acima mencionados há se relacionar certas conseqüências benéficas que as penas alternativas podem trazer ao mundo jurídico, as quais são:

- a) deixar os presídios menos lotados, sem colocar em risco a sociedade;
- b) conseguir recuperar um indivíduo para que ele possa voltar a ter uma vida normal na sociedade;

⁶ STJ. HC nº 8.753-RJ, relator ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 06/04/1999.

c) não punir com penas privativas de liberdade os criminosos de pouca periculosidade, porque ao ficar encarcerado estes sofrerão influência maléfica dos criminosos mais perigosos.

As penas alternativas podem surgir como um meio eficiente de se recuperar o autor de crime menos grave, uma nova forma de cumprimento de uma pena e talvez uma modalidade de castigo capaz de deixar o condenado consciente de que o crime não compensa. Porém nunca adotando uma política punitiva que segregue estes indivíduos juntamente com apenados de alta periculosidade porque aqueles merecem um tratamento diferenciado e menos severo por parte do Estado.

A justiça criminal deve sofrer um processo de modernização para atingir um controle razoável da criminalidade. Tendo vários meios e instrumentos político-criminais que podem atender a resposta jurídica adequada para cada conduta desviada, que ao mesmo tempo seja justa e útil. Nota-se, também uma forte tendência metodológica em separar a "grande" da "pequena e média" criminalidade, cabendo ao ordenamento jurídico prever, para espécie de crime, uma resposta penal não só quantitativa, como também qualitativa.

Ademais, as penas privativas de liberdade devem ser compatíveis com o direito processual penal, cuja aplicação seria a delitos de alta reprovabilidade, especialmente a criminalidade organizada. A eficiência destas penas mais severas é maior quando se fala em cometimento de crime doloso - praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa -, crimes patrimoniais ou econômicos com grande repercussão socioeconômica e outros crimes com intenso dano social. O movimento político criminal, no que se refere à criminalidade pequena e média, deve aplicar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, ou seja, evitar o excesso de intervenção no sistema legal, restringindo-se o mais possível à imposição de qualquer pena.

O modelo político-criminal brasileiro teve sua época de maior rigidez com o advento da Lei dos Crimes Hediondos e depois a Lei de Combate ao Crime Organizado, tendo como escopo, o endurecimento das penas, cortes de direitos e garantias fundamentais e o agravamento da execução penal.

A ineficácia do sistema que privilegia a aplicação da pena privativa de liberdade para combater ou prevenir a criminalidade é fato comprovado e atestado pelos altos índices de criminalidade e de reincidência que se verifica.

Aliado à insuficiência de estabelecimentos prisionais existentes, às dificuldades encontradas pelo Estado em construí-los e equipá-los, bem como a impossibilidade de se promover a recuperação social dos condenados, motiva a busca de medidas alternativas para as penas de prisão, como uma tendência crescente no moderno Direito Penal, que se diversifica nos vários sistemas legais em inúmeras possibilidades que se destinam a solucionar o desprestígio da repercussão penal provocada pela falência da pena privativa de liberdade como pena principal.

As penas alternativas ou substitutos penais aplicam-se sobretudo às infrações sujeitas a penas de curta duração, quedando a pena privativa de liberdade limitada apenas aos delitos mais graves, aos quais a resposta penal é destinada a retirar do convívio social estes indivíduos considerados mais perigosos.

Várias teorias se formaram para tentar explicar a natureza jurídica das penas, dentre elas, a Teoria Retribucionista, na qual a finalidade da pena é o castigo, o pagamento do mal praticado, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinqüente, já que a sanção se destinava tão somente a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito, como se expressou a Escola Clássica.

Já para a Teoria Utilitária, dava-se à pena um fim exclusivamente prático, pois para a Escola Positiva, a pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para se ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista a periculosidade demonstrada.

Para as Teorias Mistas, a pena, por sua natureza, é retributiva, tendo seu escopo moral, mas sua finalidade não é simplesmente de prevenção, mas sim um misto de educação e correção.

Embora o pensamento dominante se funde na ressocialização do indivíduo, não se pode esquecer que o Direito Penal, o Processo Penal e a Execução Penal constituem apenas um dos meios para se alcançar essa reintegração, pois a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal. A finalidade da pena como medida de integração social do condenado tem sido contestada pela Criminologia Crítica, que acredita que a criminalidade é um fenômeno social normal de toda estrutura social, e não estado patológico social ou individual, sendo até útil ao desenvolvimento sócio-cultural.

A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, ao mesmo tempo que pune. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em "não criminoso". Nem por isso, deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa ele, em liberdade, resolver os conflitos próprios da vida social, sem recorrer novamente ao caminho do delito

A população brasileira, apreensiva com o aumento da criminalidade denominada violenta, exige a formulação de leis penais e processuais penais rigorosas, não sendo raras as reivindicações de introdução da pena de morte (que, em termos constitucionais não pode ser sequer objeto de emenda, pois se trata de uma proibição definida nas denominadas cláusulas pétreas).

O conflito existente entre a posição dos especialistas e a pressão popular, que é alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista, fez com que o legislador, principalmente a partir de 1990, preferisse dar satisfação à sociedade civil, tendo produzido normas extremamente rigorosas, freqüentemente desarmônicas com o texto constitucional, adotando uma política criminal de rigor, tendo por base a idéia da eficiência da repressão, mediante:

- a) a criação de tipos penais novos;
- b) a agravação das penas;
- c) a redução das garantias processuais.

Os resultados dessa política criminal repressiva em nada contribuíram para diminuir a escalada do crime violento e organizado, até porque a gravíssima situação carcerária em que o País se debate, sequer possibilita o recolhimento à prisão de todos os condenados, havendo um número exorbitante de mandados de prisão a serem cumpridos.

O que se pode perceber é que boa parte da doutrina ainda encontra-se cética quanto ao futuro das chamadas penas alternativas, uma vez que no Brasil é comum que haja uma falta de iniciativa política para que se desenvolva uma infraestrutura que pelo menos possibilite a efetiva operacionalização dessas penas. Tal fato é idêntico ao que ocorreu com a Reforma Penal ocorrida em 1984, o qual

adotou pela primeira vez o regime das penas alternativas, uma vez que, segundo Cezar Roberto Bitencourt⁷:

“Criaram-se as penas restritivas de direitos e revitalizou-se a pena de multa, com a adoção do sistema dias-multa. O resultado final, como era de se prever, deu no que deu: nenhum Estado da Federação se dispôs a construir as denominadas “casas de albergados”, de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária; os convênios com as entidades filantrópicas, assistenciais e congêneres, com raríssimas exceções, não foram celebrados e o sistema penitenciário nacional não recebeu a *dotação orçamentária* necessária e adequada para tornar possível a aplicação e execução das então *inovadoras alternativas* à pena privativa de liberdade, consagradas pela Reforma Penal de 1984.”

De qualquer modo, concomitantemente com a tendência de endurecimento penal para certos tipos de crimes, atualmente percebe-se também a existência de um Direito Penal “simbólico”, que traz uma forte tendência de abolicionismo moderado, que busca tornar como regra a aplicação de penas restritivas de direitos, evitando-se ao máximo a utilização das penas privativas de liberdade. Sendo esta uma tendência que vem ganhando espaço no mundo ocidental, principalmente. Pode-se perceber que no Brasil essa acentuação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal teve seu nascedouro com a reforma penal de 1984, quando surgiram as chamadas penas restritivas de direito. Após isso, apareceu a Lei nº 9.099/95, que, pelos seus institutos dentre os quais a transação penal, a suspensão condicional do processo, a reparação do dano e a fixação de crimes de menor potencial ofensivo, demonstrou grande preocupação em se evitar ao máximo a aplicação da pena corporal ao condenado. Logo em seguida, no ano de 1998, surge a Lei nº 9.714, que aumenta de três para cinco o número de penas restritivas de direitos, bem como altera os requisitos objetivos e subjetivos de substituição de pena, no sentido de se aumentar a incidência das penas alternativas, mesmo para os delitos que anteriormente eram considerados mais graves. Derradeiramente, surge a Lei nº 10.259/01, que regulamentando o funcionamento dos Juizados Especiais Federais, fixou que crimes de menor potencial ofensivo são aqueles em que a pena máxima não ultrapasse dois anos, sendo esta a tendência em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência devem passar a seguir, em detrimento ao conceito anterior dessas modalidades criminosas da Lei nº 9.099/95, em que a pena

⁷ Cezar Roberto Bitencourt, *Novas Penas Alternativas*, p. 69.

máxima era de apenas uma ano para ser considerado crime de menor potencial ofensivo.

3.2 HISTÓRICO DAS PENAS ALTERNATIVAS:

Inicialmente há se falar que, apesar da pena privativa de liberdade ter sido considerada – em seu tempo de criação – como um marco da humanização da sanção criminal, atualmente tem-se percebido que seus objetivos não mais encontram êxito, sendo medida de rigor a substituição deste instituto por outros mecanismos mais modernos e adequados a nova realidade mundial.

Em uma sociedade que prima pelo reconhecimento cada vez maior dos chamados direitos humanos, nada mais lógico que se promova um trabalho de desenvolvimento de novas formas de se punir o crime e que, ao invés de se preocupar tão somente em penalizar o criminoso e fazê-lo sofrer por seu desvio de conduta, deve-se procurar uma penalidade capaz de mesclar uma pequena dose de punição com uma principiologia prevalecente de reeducação eficaz do criminoso de menor grau de perigo a sociedade, porém mantendo-o inserido no meio social próprio.

Pode-se situar os primeiros passos para a adoção de penas ditas alternativas na Rússia, mais especificamente nos artigos 20 e 30 do Código Penal Soviético, onde estava prevista a prestação de serviços à comunidade. Posteriormente, no ano de 1960, foi criada a pena de trabalhos correicionais, sem ter caráter privativo de liberdade, efetuadas no distrito de residência do condenado, sob a supervisão do órgão competente para a fiscalização da execução penal.

No âmbito europeu, apesar de existirem diversos focos de implantação de penas restritivas de direitos (Alemanha, Bélgica, Mônaco,...), o país que mais se destacou em tal área foi a Inglaterra, com a implantação do *Community Service Order* pela *Criminal Justice Act* de 1972, fato este que acabou por influenciar outros países para adotar tais sistemas penais (Austrália, Luxemburgo, Canadá, Dinamarca, Portugal, França e inclusive o Brasil, a partir de 1984).

O Projeto Alternativo Alemão que desencadeou a reforma penal de 1975, inseriu medidas alternativas para a execução penal, dentre as quais estão: a suspensão condicional da pena, admoestação com reserva de pena, dispensa de

pena, declaração de impunidade e livramento condicional, bem como a pena de multa. É admitida também a prestação de serviços a comunidade, apesar de não estar prevista como espécie de pena, apenas como condição para a concessão do *sursis*, é tida como uma forma de execução da pena privativa de liberdade suspensa.

Na Itália, a tendência é de se prever penas alternativas fora do Código Penal, através de leis esparsas, que arrolam as penas de:

- a) prestação de serviço social;
- b) regime de prova;
- c) regime de semi-liberdade e ;
- d) liberação antecipada, que é um desconto de vinte dias de pena a cada semana em que o réu demonstre que cumpriu com sua tarefa ressocializadora.

Apesar da previsão legal destas medidas, a Itália vem sofrendo inúmeras críticas devido a timidez e superficialidade com que vem se lidando com as penas restritivas de direitos. Hoje essas penas somente são concedidas a criminosos que praticam determinados delitos que são de competência dos pretores julgarem, ou seja, pequenos delitos apenas.

Na França, durante a década de 70, houve a inserção do instituto da semi liberdade, baseada na possibilidade do condenado continuar a exercer suas atividades laborais fora do estabelecimento, ao qual deve retornar diariamente após a realização de suas atividades.

Por fim, há se falar no exemplo Espanhol, que em 1970 introduziu em seu ordenamento jurídico o chamado *arresto de fin de semana* como medida de segurança. Após, em 1983, a Proposta de Anteprojeto do Código Penal acabou por prever esse instituto com algumas modificações, o que acabou sendo adotado definitivamente pelo Código Penal que entrou em vigor em 1996.

3.3 ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS:

Com a reforma ocorrida no Código Penal em 1984, as penas alternativas passaram a ser em número de três, dispostas em:

- a) prestação de serviços à comunidade (primitivos artigos 43, I, e 46, do Código Penal);
- b) limitação de fim de semana (primitivos artigos 43, III, e 48, do Código Penal);
- c) interdições temporárias de direitos (primitivos artigos 43, II, e 47, do Código Penal), desdobrando-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão etc. e suspensão de habilitação ou autorização para dirigir veículo (artigo 47, I a III, do Código Penal).

Porém, há se ressaltar que somente as três últimas reprimendas eram consideradas restritivas de direitos, vez que a pena de multa é autônoma, sendo regulada a partir do artigo 49, do Código Penal

Com o Projeto de Lei nº 2.684/96 - elaborado e aprovado pelo Conselho de Política Criminal e Penitenciária na sessão plenária de 29 de outubro de 1996, Curitiba-PR-, elevou-se o número de penas alternativas para cerca de catorze, sendo aí incluídas aquelas já previstas atualmente em nossa legislação e a multa.

Porém, ao ser editada a Lei nº 9.714/98, o Presidente da República a época acabou por vetar quatro delas, as quais: recolhimento domiciliar, advertência, submissão a tratamento e frequência a curso.

Enfim, com a edição da Lei nº 9.714/98, que ampliou o regime jurídico das penas restritivas de direitos, disciplinou-se que essas devem ser aplicadas tão somente aos delitos considerados de menor gravidade, ou seja, naqueles casos em que o criminoso é qualificado de baixa periculosidade.

Então, as penas alternativas enquadram-se aos condenados em que a pena privativa de liberdade se mostra excessiva, tendo o principal objetivo o de substituir aquela nos casos de crimes de menor grau de ofensividade ao bem jurídico.

Antes da edição desta Lei havia somente três modalidades de penas alternativas, porém com sua entrada em vigor, foram acrescentadas mais duas novas penas, resultando um total de cinco:

- a) prestação pecuniária (artigo 43, I): consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um), nem superior a 360 (trezentos e sessenta), salários mínimos (artigo 45, § 1º);

- b) perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (artigo 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido por ele ou terceiro (artigo 45, § 3º);
- c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (artigos 43, IV, e 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (artigo 46, § 1º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais etc. (artigo 46, § 2º);
- d) interdição temporária de direitos (artigo 47) que se desdobra em:
 - proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (artigo 47, I);
 - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (artigo 47, II);
 - suspensão de autorização ou autorização para dirigir veículo (artigo 47, III);
 - proibição de freqüentar determinados lugares (artigo 47, IV);
- e) imitação de fim de semana ou "prisão descontínua" (artigos 43, VI, e 48).

Para haver uma maior situação, expõe-se que a 1ª e a 2ª foram as novas modalidades de reprimenda introduzidas pela Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998.

3.4 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS:

A concessão das chamadas penas alternativas está condicionada a determinados requisitos (objetivos e subjetivos), os quais devem estar presentes simultaneamente. Todos estes pressupostos estão expressamente descritos no artigo 44, do Código Penal e sofreram substanciais alterações com a Lei n° 9.717/98.

3.4.1 Requisitos objetivos:

O primeiro pressuposto objetivo para a concessão da substituição de pena é referente à quantidade de pena aplicada. Se o crime for doloso, para haver

possibilidade de substituição, a pena cominada não deve ser superior a quatro anos. Para os crimes cometidos na sua forma culposa, não há limite temporal de pena para a aplicação das penas restritivas de direito, podendo haver a substituição independente do *quantum* aplicado na sentença.

A natureza do crime cometido também é de extrema relevância para a fixação do modo de cumprimento da resposta penal, visto que para os crimes cometidos na sua forma culposa, a cominação de pena privativa de liberdade mostra-se desproporcional à conduta do condenado.

O modo de execução do crime também interfere na determinação das penas aplicadas ao acusado, uma vez que para os crimes dolosos é requisito que a conduta delituosa não tenha sido cometida com violência ou grave ameaça à pessoa. Aqui, como preleciona Cezar Roberto Bitencourt⁸, passa a ser considerado não apenas o desvalor do resultado, mas também o desvalor da ação, vez que é muito maior em relação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não merecendo o autor ser beneficiado com a substituição de pena.

No que tange aos delitos de menor potencial ofensivo, que são processados e julgados perante os Juizados Especiais Criminais, essa limitação contida no artigo 44, do Código Penal não é aplicada, uma vez que esses delitos tem seu tratamento definido na Lei nº 9.099/95, inclusive no que tange às sanções lá aplicadas, as quais são originalmente alternativas, não havendo o instituto da substituição de pena disciplinado no Código penal.

3.4.2 Requisitos subjetivos:

O primeiro requisito subjetivo para que ocorra a substituição de pena é a não reincidência do réu em crime doloso (artigo 44, inciso II, do Código Penal). Antes da Lei nº 9.714/98 não havia a distinção entre reincidência por crime culposo ou doloso, sendo irrelevante, para efeitos de substituição de pena, a natureza dos crimes praticados. Como sustenta Julio Fabbrini Mirabete⁹ "podem ser beneficiados não só aqueles que, embora condenados anteriormente, praticaram o crime antes do trânsito em julgado da sentença condenatória pelo delito precedente, como também

⁸ Ob.cit. p. 83

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, volume I

os reincidentes em que um dos crimes, pelo menos, seja culposo.”. Após a entrada em vigor da nova Lei das Penas Alternativas, estipulou-se que somente a reincidência por crime doloso é que tem o condão de impedir a substituição de pena, gerando assim uma maior liberalidade para a concessão de penas restritivas de direitos.

Em segundo lugar, deve o magistrado observar, para fins de substituição de pena, os critérios relacionados com o grau de culpabilidade da conduta do réu, os antecedentes, a conduta social, bem como a personalidade do ofensor, conforme arrola o artigo 44, inciso III, do Código Penal. Esses requisitos servem para analisar se após preenchidos os requisitos objetivos, bem como não haja reincidência em crime doloso, a substituição de pena é medida recomendável e suficiente para o Estado garantir a ordem pública e a proteção dos bens jurídicos mais importantes, tendo a ver com o caráter preventivo da sanção penal.

3.5 ASPECTOS CRÍTICOS DAS PENAS ALTERNATIVAS:

Inicialmente, ao contrário do que se pode imaginar, não é correta a afirmação de que a aplicação em massa e isolada das penas alternativas resolveria a situação turbulenta em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Porém, inúmeras falhas seriam sanadas, visto que, imediatamente seriam abertas inúmeras vagas nos presídios para os criminosos de alto perigo e que realmente devem ser submetidos à segregação carcerária, podendo-se inclusive se fazer cumprir de forma mais efetiva o princípio constitucional da individualização da pena.

Ademais, seria possível o auxílio de outros órgãos, além do Poder Judiciário, na fiscalização da aplicação correta das penas restritivas de direitos - acarretando um desacúmulo das funções do Judiciário -, prestação do serviço estatal que é de promover o cumprimento das penas aplicadas na sentença condenatória.

De outro vértice, a população pode e deve participar de projetos para auxiliar a eficiência do sistemas das penas alternativas, no sentido de criar determinados organismos que visem contribuir para que os condenados, tanto no período de cumprimento das penas alternativas, quanto após esse período, tenham alguma ocupação, que os auxiliem na reintegração à sociedade. Aliás, esse é o maior benefício que a concessão de penas alternativas traz ao condenado, visto que a

manutenção deste indivíduo encarcerado em ergástulos públicos não promove sua ressocialização, mas sim serve como uma forma de excluí-lo mais ainda do meio social.

É sabido que as pessoas que se beneficiam desse tipo de pena não são autores de grandes delitos, sendo que, e ao desempenharem atividades comunitárias, dentro da sua área de habilidade específica, terão grande probabilidade de desenvolver mais ainda o ânimo pelo trabalho, fato esse que é capaz de redirecionar positivamente suas vidas para o futuro.

Por se tratar de criminoso eventual, a pessoa que delinqüiu, obviamente, não poderia perder seu emprego em virtude da condenação que lhe foi imposta, vez que, por não haver a segregação de sua liberdade, há total possibilidade de se conciliar o período dedicado à relação de emprego com o período em que se deve prestar serviços comunitários, determinados na sentença condenatória.

4 RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE OS CRIMES HEDIONDOS E A CONCESSÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS:

4.1 POSIÇÃO FAVORÁVEL À CONCESSÃO:

De início, há se mencionar que a Constituição Federal de 1988 deve ser analisada de forma sistemática, a fim de se extrair dela conseqüências jurídicas que garantam os valores mais importantes de um Estado Democrático de Direito, os quais são: o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça.

De olho nestes aspectos, é que se deve atentar à observância desses princípios constitucionais sob pena de se ferir todo um sistema de comandos e não somente a um simples dispositivo. A não aplicação desses princípios gera a mais grave forma de ilegalidade e de inconstitucionalidade, representando a insurgência de todo um sistema legal de dos valores designados fundamentais, visto que a Constituição é a legislação mor de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve se preocupar em garantir que sejam observados os valores e princípios trazidos no texto constitucional, principalmente no que tange à perfeita incidência dos chamados direitos fundamentais, arrolados no artigo 5º, da Constituição Federal.

Essa atividade do magistrado encontra-se mais claramente demonstrada quando da aplicação do Direito Penal, com a fixação de uma pena ao acusado. Essa resposta penal, de acordo com a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI, pode ser classificada em:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação de serviços à comunidade;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, promoveu a divisão das penas em privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, dando a cada uma delas

características próprias e independentes. E em seu artigo 44, regulou a questão atinente à substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Nos casos em que o crime, mesmo sendo considerado hediondo ou equiparado, for cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, a maioria da Doutrina tem-se manifestado favoravelmente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme se verá no decorrer deste capítulo.

Se presentes os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44, do Código Penal, não haveria motivos para não se posicionar favoravelmente à aplicação das penas alternativas. A forma mais corriqueira de crime equiparado a hediondo e que é cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa é o delito de tráfico ilegal de substância entorpecente, no qual a aplicação tão somente do regime prisional integralmente fechado se mostra inadequado e desproporcional.

Desta forma, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não pode se subordinar a qualquer outro requisito que não sejam aqueles elencados no próprio artigo 44, do Código Penal, visto que as normas fixadas na parte geral do estatuto repressivo se aplicam perfeitamente aos fatos descritos em leis especiais, caso estas não regulem a mesma matéria de modo diverso (artigo 12, do Código Penal).

Na verdade, com o advento da Constituição Federal de 88, o crime de tráfico de drogas passou a ser tratado com extremo rigor, de maneira idêntica aos crimes hediondos, não podendo, segundo maioria da jurisprudência, ser adequado ao regime jurídico das penas alternativas, como ressalta, em sua obra, Alberto Silva Franco.¹⁰:

“O texto constitucional tem seu eixo fundamental na explicitação de uma tipologia delitiva na qual se excluiu a garantia processual da fiança e se proibiu o reconhecimento de determinadas causas extintivas de punibilidade (anistia e graça). As figuras criminosas enquadráveis nessa tipologia foram elencadas pelo legislador constituinte. Duas dessas figuras (a tortura e o terrorismo) não tinham sido ainda estruturadas em termos típicos e, não obstante a menção feita no dispositivo constitucional, a despreocupação legislativa em defini-las persistiu. Uma terceira figura já estava tipicamente composta antes mesmo da Constituição Federal (o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins), pela Lei 6.368/76. E a quarta e última hipótese criminosa (crimes hediondos) demandavam uma clarificação conceitual, pois se cuidava de matéria nova no campo penal. A Lei 8.072/90 foi formulada com o objetivo básico de dar os contornos legais, de fixar a área de significado do crime hediondo.”

Na verdade, esse argumento não é suficiente para impedir de forma geral a aplicação da substituição de pena, visto que:

- a) as vezes a fronteira entre a condição de traficante e de mero consumidor de drogas é muito tênue, sendo a aplicação das penas alternativas uma forma de se solucionar alguns excessos;
- b) grande parte das pessoas detidas são os chamados pequenos traficantes, que apenas carregam quantidades pequenas de tóxico para fins de comercialização, sendo denominados de "mulas", não sendo estes os verdadeiros responsáveis pelo comércio e distribuição de tóxicos e pela manutenção do lucro ilícito do negócio.

A Lei nº 9.714/98, na verdade, é uma válvula de escape tanto para o Poder Judiciário, quanto para a sociedade, visto que possibilita o tratamento diferenciado do traficante que detém todo poder da rede de distribuição e comércio de drogas, daqueles indivíduos, que normalmente residem em favelas, quase sempre desempregados e que, pressionados pelo próprio traficante ou pela situação econômica deplorável em que vivem, passam a ser meros instrumentos para que a substância entorpecente chegue até as mãos dos consumidores.

Ao se aplicar, com exceções a Lei nº 8.072/90, evita-se de se colocar essas pessoas, que normalmente não têm grau elevado de periculosidade, segregadas junto àqueles indivíduos que fazem do crime suas vidas, dando àquelas a chance de se reintegrarem à sociedade, através de seu próprio trabalho e esforço.

No campo eminentemente jurídico, sustenta a maior parte da Doutrina que a Lei do Crimes Hediondos não veda a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. Na verdade, o que o referido texto legal faz é mencionar, em seu artigo 2º, § 2º, que a pena será cumprida em regime integralmente fechado, ou seja, sem possibilidade de progressão de regime. O que ocorre é que esse regime mais severo somente é válido para a execução de pena de prisão. Ou seja, se o magistrado, ao analisar as condições pessoais do acusado, fixar uma pena privativa de liberdade, esta, certamente será cumprida em regime integralmente fechado. Ao se optar pela substituição, aos moldes do artigo 44, do

¹⁰FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT, 1994, p. 30.

Código Penal, não há se falar em pena de prisão e por conseguinte não pode prevalecer a regra do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Neste vértice, a previsão em lei especial de regime integralmente fechado para o cumprimento de pena em nada impede a substituição penal, visto se tratarem de assuntos completamente diversos, vez que o próprio artigo 59, do Código Penal, estipula que se tratam de etapas distintas da fixação da pena, sendo primeiro determinado o regime prisional para cumprimento e somente após se verificando as possibilidades de se substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus.¹¹:

"As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução. Estes são próprios do sistema progressivo. De maneira que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não fala-se em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a "execução da pena privativa de liberdade", não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Encontramos parâmetro no *sursis*, que também admite, em tese, sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Como já dissemos, a execução da pena imposta em face do crime hediondo, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o *sursis*. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência imprópria, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o *sursis* constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução.

Prosseguem os doutrinadores afirmando que não se pode dizer que as regras de execução de pena nos crimes descritos pela Lei dos Crimes Hediondos são regras especiais e devem prevalecer sobre as regras de substituição de pena contidas no Código Penal que são gerais. Na verdade o que dizem é que a Lei nº 9.714/98 está devidamente incorporada ao estatuto repressivo, não sendo, portanto uma lei solta no espaço. Ela deve ser aplicada de forma plena a todas as leis, desde que essas não disponham de modo diverso. *In casu*, nem a Lei de Tóxicos, nem a Lei de Crimes Hediondos vão, expressamente, contra a aplicação das penas alternativas aos crimes marcados pela hediondez, visto que não vedaram de forma

¹¹ JESUS, Damásio E. de, *Penas Alternativas*. SP: Saraiva, 1999, p. 95/96.

explícita tal substituição. No silêncio das leis que regularam os crimes denominados hediondos e que abrangeram o campo de atuação das penas alternativas, as regras gerais do Código Penal referentes tanto à aplicação e dosimetria da pena, quanto à substituição de pena, são perfeitamente aplicáveis aos crimes descritos na Lei nº 8.072/90, desde que o magistrado tome as precauções necessárias ao observar o conteúdo do 44, do Código Penal.

Outro argumento de extrema importância trazido pelos defensores da substituição de pena é de que o artigo 5º, inciso XLIII, que dispõe sobre os crimes hediondos e a eles equiparados, nada diz a respeito do regime prisional, mas somente faz menção à impossibilidade de se conceder graça, indulto e fiança aos condenados por tais crimes. Assim, ao se fazer uma interpretação restritiva do disposto constitucional, com base na Lei nº 8.072/90, restringindo a aplicação das penas alternativas, é uma atitude que não encontra suporte no âmbito constitucional.

Na análise das questões objetivas e subjetivas do acusado, cabe ao juiz, diante de seu poder discricionário, realizar a chamada justiça material e efetivar a substituição de pena, mesmo para os crimes hediondos cometidos sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, visto que o artigo 44, do Código Penal, relaciona as hipóteses impeditivas da aplicação da substituição. Por não dizer nada a respeito dos crimes hediondos e a eles equiparados, é que a medida deve ser efetivada, pois de acordo com o entendimento extraído de decisão do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná¹².

"Reclamam-se, pois, condições objetivas e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44). Evidentemente esta reversão não se aplica irrestrita e automaticamente a todos os condenados pelo tráfico de drogas. Necessário se faz que o condenado preencha os requisitos objetivos e os subjetivos reclamados pelos artigos 44 e 5º do Código Penal, sendo a substituição suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Na realidade o julgador não está obrigado a aplicá-la sempre que o máximo da pena corporal imposta não ultrapasse a quatro anos de reclusão, ainda que a sanção privativa de liberdade seja fixada no mínimo legal. Inobstante decisões em contrário, não havendo nenhuma vedação à aplicação da lei penal para todos os tipos de ilícitos, não se pode aplicá-la restritivamente; conforme critério de interpretação (benigna amplianda; odiosa restringenda)."

¹² TAPR – Apelação Criminal nº 131.180-8, Primeira Câmara Criminal, relator Juiz Bonejos Demchuck, julg. 24/06/1999.

Para outros, entretanto, a restrição quanto à medida benéfica ao acusado, por meio de interpretação do magistrado, demonstra ser inadequada por ir contra os motivos que regeram a Lei das Penas Alternativas, que foram o de promover em maior número a prestação de penas restritivas de direitos para dar ênfase à ressocialização do apenado. Se o legislador não promoveu qualquer restrição à medida, não seria lógico que o intérprete o fizesse.

Outro ponto de extrema importância é o referente à ausência de distinção entre crime hediondo e de especial gravidade com o crime de média gravidade e o de menor potencial ofensivo. Na Lei nº 9.714/98, preocupou-se o legislador em definir critério de substituição de pena, mas sem determinar a classificação do crime por sua gravidade ou potencialidade lesiva. Não vedando a Lei das Penas Alternativas a aplicação destas aos crimes hediondos e aos ditos de maior gravidade, não pode o intérprete da norma promover essa vedação por conta própria. Isso porque o princípio da legalidade, que possui amparo constitucional, garante ao cidadão que o Estado não pode aplicar qualquer tipo de sanção que não esteja previamente descrita em lei, de forma específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções, não bastando simples referência ao bem jurídico tutelado, nem mesmo mera descrição genérica.

Assim, se preenchidos os requisitos (objetivos e subjetivos) insculpidos no artigo 44, do Código Penal, o condenado possui direito público subjetivo de ter sua pena corporal substituída por restritiva de direito, visto se tratar de medida sancionatória mais benéfica a ele e as normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem ser interpretadas de forma restritiva e consoante reserva legal.

Além disso, para a previsão de substituição de pena para os crimes hediondos e a eles equiparados, há outro amparo constitucional, que se refere à garantia da dignidade da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Quer dizer que o direito à liberdade individual somente pode sofrer ameaça diante da necessidade de se tutelar outro bem jurídico concreto. Não se pode permitir que ocorra intervenção estatal na liberdade da pessoa com uma simples presunção legal de que a Lei nº 9.714/98, diante da omissão de texto expresso vedando sua incidência aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não permitiria tal abrangência porque sua exposição de motivos exclui crime de maior

gravidade. Isso traria uma inversão da ordem jurídica e transformaria em tábula rasa o espírito e o texto da Carta Maior, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares.

Diante desses argumentos, percebe-se a evidente inconstitucionalidade do argumento negativo à incidência do artigo 44, do Código Penal aos crimes descritos na Lei nº 8.072/90, visto que se a nova Lei das penas alternativas quisesse proibir a aplicação delas aos crimes hediondos ou a eles equiparados, o teria feito de forma expressa.

4.2 POSIÇÃO DESFAVORÁVEL À CONCESSÃO:

Juntamente com o advento da Lei nº 9.714/98, que ampliou a abrangência das chamadas penas alternativas, renovou-se a discussão muito polêmica a respeito da possibilidade ou não de se promover a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso porque a referida Lei acabou por modificar o artigo 44 do Código Penal - o qual arrola os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição de pena -, ampliando as possibilidades de se conceder tal benefício ao acusado. Um exemplo disso é a modificação no requisito atinente ao limite temporal de pena - desde que não superior a quatro anos -, bem como que o delito não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, o que possibilita que no caso do ilícito descrito no artigo 12, da Lei nº 6.368/76, dependendo do preenchimento dos demais requisitos trazidos no bojo do referido artigo 44, do Estatuto Repressivo, seja enquadrável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, através de uma interpretação extensiva das normas penais.

Ao analisar a Exposição de Motivos da Lei que redefiniu as penas alternativas, percebe-se que houve uma intensa preocupação em se reservar a pena de prisão para os autores de crimes considerados graves e que a alta periculosidade desses indivíduos recomenda segregação do meio social. Isso quer dizer que, segundo a *mens legis* da Lei nº 9.714/98, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é aplicável tão somente aos crimes definidos de menor potencial ofensivo, aos quais a pena segregaria a liberdade se mostra excessiva.

Porém, como já antes mencionado, a Constituição Federal de 1988 equiparou o crime de tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes hediondos, reservando-lhe o mesmo tratamento jurídico dado àqueles, ou seja: é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Isto acabou sendo regulamentado pela Lei nº 8.072/90, a qual acabou por ampliar essas vedações constitucionais no sentido de proibir também a concessão de indulto ou liberdade provisória. (artigo 2º, incisos I e II) e determinar que o cumprimento de pena para esse crimes classificados como hediondos se desse tão somente no regime integralmente fechado. (artigo 2º, § 1º).

Tendo o crime de tráfico de drogas a pena mínima de três anos de reclusão, com a Lei que reestruturou as penas alternativas, dando-lhes novos requisitos para a substituição, abriu-se a oportunidade de o criminoso que for sentenciado e tiver sua pena fixada próxima ao mínimo legal, bem como preencher os pressupostos subjetivos contidos no artigo 44, do Código Penal, ser enquadrado como merecedor da substituição da pena privativa de liberdade - que deveria ocorrer em regime integralmente fechado -, por restritiva de direitos.

Ocorre que encontra-se evidenciada uma incompatibilidade de normas, vez que as penas alternativas foram destinadas à pequena e média criminalidade, enquanto que aos crimes considerados graves, é destinada a pena de prisão. Dentre estes está o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual está arrolado na Lei de Crimes Hediondos, sendo classificado como crime que merece uma resposta penal mais rigorosa, diante da alta incidência do comércio clandestino destas substâncias que indubitavelmente trazem uma enorme prejuízo tanto aos seus consumidores, quanto ao meio social em que vivem. Tanta preocupação há por parte do Estado em se fazer pelo menos diminuir a ocorrência deste delito, que a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIII acabou por classificá-lo como equiparado a crime hediondo, dando a ele o mesmo tratamento jurídico dado àqueles, o que posteriormente foi regulamentado pela Lei nº 8.072/90.

Só para se ter um exemplo da incompatibilidade das penas alternativas com os Crimes Hediondos, deve-se lembrar que o autor que comete qualquer delito arrolado na Lei nº 8.072/90, por força do artigo 2º, incisos I e II, responde ao processo detido se houver flagrante, uma vez que lhe é vedada a concessão de liberdade provisória. Ao ser condenado, mesmo que tenha passado todo o

contraditório segregado em ergástulo público, ao se conceder a substituição de pena, irá gerar um certo quadro paradoxal, uma vez que enquanto ele apenas respondia ao processo, obrigatoriamente deveria se recolher a prisão, não seria lógico que ao ser condenado por decisão transitada em julgado – que presume a certeza da culpa –, o réu seja beneficiado com a referida substituição, ou seja, um quadro bem mais ameno do que o ocorrido na instrução, quando não havia provas suficientes para amparar uma condenação e ele estava respondendo à ação penal detido.

Apesar de o crime de tráfico de entorpecentes não ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa - visto se tratar de crime contra a saúde pública -, deve-se analisar que esse delito integra toda um rede de organizações criminosas que são voltadas para a prática de um leque amplo de outros delitos, estes sim de extrema violência contra a pessoa, dentre os quais estão o latrocínio, o homicídio, o roubo, extorsão mediante seqüestro, o furto, dentre inúmeros outros. Por isso é que se deve analisar com muito cuidado e cautela a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que essa medida poderia ser encarada como uma forma de incentivo não só ao cometimento do comércio ilícito de tóxicos, bem como aos demais crimes de dele decorrem diretamente.

Outro argumento que auxilia na fundamentação do posicionamento que não admite a substituição de pena para os crimes hediondos e a eles equiparados é o fato de tanto a Lei dos Crimes Hediondos, quanto a Lei de Tóxicos serem classificadas como especiais, havendo, portanto, uma incompatibilidade evidente com o disposto no artigo 44, do Código Penal, vez que pelo artigo 12, do mesmo estatuto, diz-se que as regras contidas no Código Penal podem incidir sobre a legislação especial desde que não estipulem estas de modo diverso. Isso leva à conclusão de que se a Lei dos Crimes Hediondos dispõe que a execução da pena se dá tão somente em regime integralmente fechado, por força do seu artigo 2º, § 1, não é cabível qualquer outro regime para cumprimento de pena, nem a possibilidade de substituição por penas restritivas de direito. Aqui, pode-se verificar que, uma vez que houve por parte do legislador a exigência de que para os crimes contidos na Lei dos Crimes Hediondos o cumprimento da pena se daria no regime integral fechado – sem possibilidade de progressão de regimes –, haveria um abismo considerável em se saltar de uma pena tão rígida para uma substituição para a pena restritiva de

direito, sem se passar pelos demais estágios mais amenos de pena corporal, como sustenta em sua obra Cezar Roberto Bitencourt¹³:

“A política criminal descentralizadora adotada pela Lei nº 9.714/98 é incompatível com a política de exasperação de pena adotada pela lei dos crimes hediondos (8.072/90). A exigência do cumprimento as pena em regime fechado, nesses crimes, impede que se apliquem penas alternativas. A inadmissibilidade dos regimes semi-aberto e aberto, por coerência, afasta eventual possibilidade de aplicar penas alternativas. A maior lesividade ou danosidade social dessas infrações torna-as incompatíveis com a política descentralizadora das penas alternativas, que pressupõe também a menor danosidade das infrações que pretende abranger.”

O que se pode perceber, então, é que não importa o fato de o crime de tráfico de entorpecentes não ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, mas sim o fato de se dar uma maior importância à desvalor da ação do agente por ter cometido um crime classificado como hediondo ou a ele equiparado, do que por uma eventual por uma ofensa ao bem jurídico vida. Na verdade, o que impede a substituição não é a ausência de violência ou ameaça, mas sim a própria natureza da infração cometida pelo agente.

Decorrente desse conflito de normas se chega a duas opções através das quais se pode tentar chegar a uma solução. Retira-se da Teoria Geral do Direito a idéia de conflito aparente de normas, sendo que esse ramo jurídico traz as situações em que:

- a) a lei cronologicamente posterior revoga automaticamente anterior;
- b) a lei de caráter especial revoga a lei geral, desde que esta não disponha expressamente ao contrário.

Em decorrência disso pensam os que defendem a possibilidade de substituição de pena que pelo fato de a Lei que reestruturou o regime jurídico das penas alternativas ter sido editada em 1998, ou seja posteriormente à Lei de Crimes Hediondo que é do ano de 1990, deve prevalecer em relação a esta, uma vez que não houve por parte da Lei nº 8.072/90 uma expressa vedação à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A Lei apenas determinou em seu artigo 2º, § 1º, que o regime para cumprimento de pena se daria em regime integralmente fechado apenas. Diante dessa omissão por parte do legislador é que os defensores do benefício da substituição de pena se baseiam para impor seu

¹³ Penas Alternativas – Cezar Roberto Bittencourt – Saraiva – 1999 – p. 103

convencimento acerca da possibilidade de fixar penas restritivas de direitos para os que cometem crimes hediondos ou a eles equiparados e que preenchem os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Com entendimento contrário estão aqueles que vêem que a Lei nº 9.714/98, por determinar mudanças quanto a aplicação das penas restritivas de direitos contidas na parte geral do Código Penal, tem caráter geral em relação à Lei nº 8.072/90, que fixou o regime jurídico dado aos crime hediondos, dando a eles um tratamento diferenciado dos demais delitos, sendo portando classificada como norma de caráter especial. Diante disso, se busca nas disciplinas propedêuticas do direito o ensinamento de que as normas de caráter especial prevalecem sobre as normas gerais, mesmo quando estas são cronologicamente posteriores àquelas. Nesse mesmo caminho vêm se posicionando o Tribunal de alçada do Estado do Paraná:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NOS TERMOS DO ART. 44 DO CP. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º DA LEI 8072/76. NORMA CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO¹⁴.

É que a Lei 9.174/98 institui uma regra que emana efeitos sobre a generalidade dos delitos tipificados, enquanto a Lei 8072/90, estabelece regra especial, que trata especificamente dos crimes hediondos, inaugurando para eles um estatuto próprio, excepcional e mais severo. Certamente a aplicação de medidas alternativas se mostra incompatível com a regra do art. 2º, § 1º da Lei 8.972/90, que, por ser lei especial, prevalece sobre a Lei 9.714/98, que cuida da regra geral do Código Penal. Ademais, o tráfico de entorpecentes provoca um juízo de intensa reprovabilidade, por ser a expressão de uma conduta altamente nociva à saúde pública (Menna Barreto "Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos", Ed. Rio, 2ª ed., p. 83)., de forma que a aplicação de medida alternativa quebra o rigor que inspirou o legislador na repressão e punição do crime mencionado. A aplicação do novo texto do Código significaria a aplicação de um regime mais brando que o previsto ao criminoso cujo delito foi expressamente incluído pela lei na categoria das infrações graves, de alta lesividade social.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - DROGAS TRANSPORTADAS DA ARGENTINA PARA O BRASIL - AUTORIA RECONHECIDA PARA O SUJEITO QUE SE ENCONTRAVA NA POSSE DAS SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE- DESPROVIMENTO DO APELO¹⁵.

Nos crimes hediondos ou equiparados não é admissível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal. Mesmo que o Réu tenha sido condenado à pena inferior a quatro anos, não se vislumbra a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos, diante da vedação expressa de progressão de regime, constante da lei 8.072/90. A substituição pela

¹⁴ TAPR, Apelação Criminal nº 150.435-0, de Curitiba, Quarta Câmara criminal, relator Juiz Airvaldo Stela Alves, julg. 24/08/2000.

¹⁵ TAPR – Apelação Criminal nº 128.925-2, terceira Câmara Criminal, relator Juiz Hírosê Zeni, julg. 27/04/1999.

pena restritiva de direitos é benesse muito maior que a progressão de regime, pois, se esta é vedada para o delito de tráfico de entorpecentes, muito mais é a substituição.

A tendência que há, principalmente na jurisprudência, é de se admitir este segundo posicionamento a respeito das relação possível entre as Leis nº 8.072/90 e nº 9.714/98, uma vez que a própria Constituição Federal trata com extrema severidade os crimes hediondos e equiparados, no sentido de limitar direitos e garantias ao réu, que essa “lacuna” contida na Lei nº 8.072/90 não deve ser geradora de maiores discussões a respeito da substituição de pena, uma vez que se a própria Lei regulamentadora do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição impede qualquer possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, parece evidente que ao mesmo tempo está implícito que não há a menor possibilidade de ocorrer a substituição da pena corporal por pena alternativa, sendo, portanto desnecessário o legislador estipular a este respeito, bastando tão somente interpretar de forma literal o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Destarte, tem prevalecido o entendimento de que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, deu margem a que o legislador ordinário legisse em âmbito infra-constitucional a respeito do modo de fixação da pena. Se na Lei de Crimes Hediondos, que é considerada lei especial, há expressa determinação que a resposta penal se dará tão somente em regime integralmente fechado, houve por parte do legislador a intenção de não deixar margem para o magistrado indicar o regime de pena conforme sua discricionariedade amparada pelas normas gerais trazidas na parte geral do Código Penal.

5 CONCLUSÃO:

Pode-se aperceber que o conflito existente entre a Doutrina e a Jurisprudência, no que tange à aplicação ou não de forma extensiva das penas restritivas de direitos a crimes trazidos no texto da Lei dos Crimes Hediondos e que não sejam praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa, está longe de chegar a um denominador comum. No entanto as duas correntes defendem firmemente cada posicionamento de acordo com os institutos jurídicos que lhes convêm.

No entanto, parece mais correta a linha prevalecente na Jurisprudência, que se posiciona contrariamente à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso por diversos aspectos, mas podem-se delimitar os mais importantes e que farão com que ao final se torne compreensível o porquê desta opção ideológica.

Inicialmente tem-se que a intenção do legislador na formulação das Leis n° 8.072/90 e n° 9.417/98 foi antagônica, como se pode notar pela leitura da exposição de motivos destas normas. Enquanto que na Lei dos Crimes Hediondo houve um endurecimento penal, material e processual, de certos delitos considerados de maior ofensividade à segurança da sociedade, a Lei que reestruturou o sistema das penas restritivas de direitos veio em corrente oposta, procurando realizar um afrouxamento do sistema punitivo para certos ilícitos considerados de menor grau ofensivo. Percebe-se então que cada um dos textos legais teve como destinatários grupos de delitos distintos, uma para os crimes mais graves e outra para os mais leves, não havendo possibilidade de interação desses institutos legais.

O único crime arrolado na Lei dos Crimes Hediondos que poderia ser passível de aplicação de penas alternativas é o tráfico ilícito de entorpecentes, que encontra-se tipificado no artigo 12, da Lei n° 6.368/76. Porém, mesmo que presentes os requisitos exigidos para a substituição de pena corporal por pena alternativa, é de se considerar este crime como de alta gravidade, visto que, além de colocar em forte risco a saúde pública tanto do Brasil, quanto de outros países, é uma prática capaz de desencadear o cometimento de uma teia de diversos outros delitos, que na sua maioria são: o latrocínio, o homicídio e a extorsão mediante seqüestro. Assim, a manutenção de um regime jurídico mais rígido para o tráfico ilícito de drogas pode

ser vista como uma medida preventiva com o condão de evitar a prática da chamada criminalidade organizada.

No campo eminentemente legal, a incompatibilidade entre as Leis continua, pois, pelo artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, aos crimes hediondos e a eles equiparados, o regime único de cumprimento de pena é o integralmente fechado. Isso quer dizer que se uniformizou a resposta penal para estes delitos, não tendo o magistrado o poder discricionário de fixar qualquer outro regime, senão o legalmente previsto, além de não haver possibilidade de, na sentença condenatória, se aplicar outra resposta penal senão a prisão. Destarte, se houver condenação transitada em julgado, o recolhimento do acusado é medida de rigor, o qual se deve dar aos moldes do artigo 2º, § 1º, da Lei supramencionada.

O fato de a Lei nº 9.714/98 não proibir expressamente a aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes trazidos na Lei nº 8.072/90, não induz a uma aplicação extensiva daquela norma legal. Isso pelo fato de já estar expressamente previsto na Lei dos Crimes Hediondos que o único regime possível para cumprimento de pena é o integralmente fechado. Torna-se, portanto, desnecessário que o legislador da Lei nº 9.714/98, ao compor esta norma, proibisse expressamente a substituição de pena, uma vez que o próprio teor da Lei dos Crimes Hediondos já fixava um regime de pena particular para os ilícitos penais lá inculpidos.

De outro vértice, se a própria Lei dos Crimes Hediondos veda de forma expressa a progressão de regime de pena, não parece correto que, com a edição da Lei que modificou o regime jurídico das penas alternativas, pegue-se carona com a tendência liberatória da Lei e promova-se aos crimes considerados e equiparados a hediondos uma passagem direta do regime mais severo que existe na atualidade – que é o integralmente fechado –, para o menos rígido existente – que é a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Isso geraria um verdadeiro “vácuo” no sistema de regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que, ao se conceder a substituição de pena, rompe-se com toda uma seqüência de progressão de regimes, que, segundo o disposto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, se dá de forma progressiva, indo do regime mais rígido para o imediatamente mais ameno, observando-se os critérios trazidos em matéria atinente à Execução Penal. Esta transferência direta do regime integralmente fechado para a concessão de pena restritiva de direitos também é equivocada porque, se a Lei

8.072/90 proíbe a progressão de regimes, o que dizer da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por se tratar de algo bem mais benéfico para o condenado do que a própria progressão de regimes acima citada. Ora, se há a proibição do menos, o que se dizer do mais.

Além do mais, o fato de a Lei dos Crimes Hediondos - mesmo sendo anterior à Lei nº 9.714/98 - ser de caráter especial por regulamentar situações particulares a determinados crimes, impede com que se aplique subsidiariamente aos delitos trazidos pela Lei nº 8.072/90 o instituto da substituição de pena, visto ser esta de caráter geral aos delitos contidos no próprio Código Penal e à legislação extravagante, desde que não estipulem em contrário (artigo 12, do Código Penal). Como a Lei dos Crimes Hediondos expressamente determina como regime único o integralmente fechado, não há se falar em substituição de pena.

O mais correto e justo, então, seria haver uma modificação legislativa com o intuito de se abrir a possibilidade de, para estes autores de delitos classificados como hediondos e que são preenchedores dos requisitos para a substituição de pena contidos no artigo 44, do Código Penal, haver uma mitigação do rigor contido na Lei dos Crimes Hediondos e serem eles agraciados, inicialmente com a progressão de regimes, para após isso ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Isso certamente eliminaria a atual dicotomia a respeito do tema e faria com que tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência alcançassem um denominador comum e pacificassem um entendimento que ao mesmo tempo é justo para com os criminosos primários acidentais, como também respeita a aplicação correta dos institutos penais para a fixação do regime da resposta penal.

À evidência que, do mesmo modo, possibilitaria ao magistrado dispor de forma plena do princípio constitucional da individualização da pena, o qual foi seriamente limitado com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, principalmente com o artigo 2º, §1º e artigo 9º.

O que não se pode dizer, apesar dos inúmeros argumentos merecedores de aplausos provenientes da corrente defensora da aplicação das penas restritivas de direitos principalmente ao crime de tráfico de entorpecentes, é que a Lei dos Crimes Hediondos, por engessar o regime jurídico de cumprimento de pena, é incompatível em linha reta com o texto constitucional de 1988. Isso porque a própria Constituição

abre a possibilidade de, por meio de lei infraconstitucional, regulamentarem-se questões referentes à aplicação da pena. Ora, se há esta possibilidade prevista não, há se suscitar qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, uma vez que nada mais houve do que a determinação de um regime único de pena para certo número de delitos ali enumerados, tão somente seguindo o que está disposto na Constituição Federal.

Derradeiramente, há se mencionar que a edição da Lei nº 8.072/90 parece eivada de inúmeros equívocos, vez que não foi e não é o melhor e mais eficiente modo de se prevenir o cometimento da criminalidade mais gravosa no Brasil. Na verdade, em qualquer nação do mundo, para se evitar a prática criminosa é preciso que haja uma maior preocupação por parte do Poder Executivo em relação à sociedade, no sentido de se dar pelo menos as mínimas condições do indivíduo sobreviver de forma digna, exercendo seu papel de cidadão, bem como tendo respeitado o princípio de maior importância contido na Constituição Federal, que é o da dignidade da pessoa humana. Isso certamente faria com que o caminho da criminalidade fosse bem menos "procurado", resultando em um país composto por uma sociedade que respeita os valores e as individualidades de seus cidadãos, além de diminuir de forma acentuada o caos em que atualmente se encontra o Poder Judiciário, dando a este órgão a possibilidade de se manifestar apenas nos casos de alta necessidade e prestando um serviço célere e de qualidade, no sentido de pôr em prática o verdadeiro conceito do que seja a justiça de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, A. B. **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- CASTRO, R. L. **Inaplicabilidade da Lei nº 9.714/98 nos crimes hediondos e equiparados**. Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 4, p. 96-98, mai. 1999.
- DOTTI, R. A. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCO, A. S. **Crimes hediondos**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GUSMÃO, P. D. **Introdução ao estudo do direito**, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- JESUS, D. E. **Direito penal**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas?**, in www.damasio.com.br, maio 2000.
- LEAL, J. J. **Crimes hediondos** (Aspectos Políticos da Lei nº 8.072/90). São Paulo: Atlas, 1996.
- MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**, vol. I, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOGUEIRA, P. L. **Leis penais** (Aspectos Penais). 3. ed. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1992.
- PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SZNICK, V. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1991.
- TORON, A. Z. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.