

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA – MG
MARCOS CUPERTINO DO NASCIMENTO

LEI 11.343/06 (Lei de drogas): A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE
PENA NOS CRIMES DE TRÁFICO

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2014

MARCOS CUPERTINO DO NASCIMENTO

LEI 11.343/06 (Lei de drogas): A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE
PENA NOS CRIMES DE TRÁFICO

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga/MG - FIC, como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Almir Lugon.

FIC - CARATINGA
2014

RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem por intento discutir acerca da divergência entre o §4º do art. 33 e art. 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), atualmente editado pela resolução nº 5 de 2012 do Senado Federal que suspendeu a execução do preceito “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*” do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 97.256/RS, e o art. 44 do Código Penal Brasileiro, em relação a possível substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos se o delito praticado não o for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta ao sentenciado não ultrapassar o limite máximo de quatro anos e o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício. Destarte, com a entrada em vigor da Lei 11.343/06, adveio a Lei 11.464/07 (Progressão de regime na Lei dos Crimes Hediondos), disciplinando o regime de cumprimento de penas e estabelecendo requisitos diferenciados aos condenados por crimes hediondos e equiparados para auferir benefícios pelo cumprimento de parte da pena imposta, não vedando a liberdade provisória e nem a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Palavras-chave: Tráfico de drogas; declaração de inconstitucionalidade; princípio da individualização da pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I - CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO	7
1.1 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	7
1.1.1 CONCEITO	7
1.1.2 Regimes de Cumprimento da Pena	9
1.1.2.1 Regime Fechado	11
1.1.2.2 Regime Semiaberto	13
1.1.2.3 Regime Aberto	15
1.1.2.4 Regime Especial	18
1.1.3 Progressão de regime	19
1.1.3.1 Critério objetivo	21
1.1.3.2 Critério subjetivo	22
1.1.4 Regressão de Regime	23
1.2 As Penas Restritivas de Direitos	26
1.2.1 Conceito	26
1.2.2 Requisito objetivo	28
1.2.3 Requisito subjetivo	30
1.2.4 Espécies	31
1.2.4.1 Penas restritivas de direitos em sentido estrito	31
1.2.4.2 Penas restritivas de direitos pecuniárias	35
CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	38
2.1 Conceitos e Funções	38
2.2 Princípio da Individualização da pena	38
2.3 Princípio da Isonomia ou da Igualdade	41
2.4 Princípio da Proporcionalidade	42
2.5 Princípio da Humanidade	44
CAPÍTULO III - O POSSICIONAMENTO DO STF (Supremo Tribunal Federal) EM RELAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NO TRÁFICO DE DROGAS	46
3.1 Votos favoráveis à substituição da pena	47
3.2 Votos desfavoráveis à substituição da pena	49
4 Considerações Finais	51
BIBLIOGRAFIA	53

INTRODUÇÃO

O tráfico e o uso de drogas teve previsão legal pela primeira vez no Código Penal de 1940 onde em seu artigo 281 o legislador reprimia seu uso e quaisquer outras condutas relacionadas ao entorpecente como importar ou exportar, vender ou expor à venda dentre outras, mas somente no ano de 1976 o combate às drogas começou a ser mais efetivo e eficiente, foi quando entrou em vigor a Lei nº 6368, onde ficaram demonstrados as diferenças entre o dependente químico e o criminoso. Contudo, tendo ou não cometido o delito, estes sujeitos eram tidos como "perigo social", e com isto, tinham que passar por tratamentos e recuperações.

Desta forma, as drogas eram consideradas mais importantes que o motivo pelo qual os levou a praticar tal ato, seja ele o consumo ou dependência química. Ao longo dos anos, na vigência desta Lei, a visão dos legisladores com o intuito de proibir a venda ou o consumo de entorpecentes foi se modificando, passando então a terem uma visão abolicionista, uma vez que a pena privativa de liberdade não estava mais fazendo "efeito" para a repreensão do consumo ou até mesmo para a prática de outros delitos que estão relacionados ao tráfico e uso de drogas. Logo, a criminalidade aumentava a cada dia, desta forma, os legisladores se deram conta que o único meio para que houvesse uma punição eficaz, seria a adoção de outras medidas que não o cárcere como punição.

O presente trabalho monográfico diz a respeito aos direitos do sentenciado quanto à substituição da pena e a discussão acerca da possibilidade de sua aplicação no crime de tráfico de drogas, se tal vedação feriria direito e garantias penais assegurados constitucionalmente, como a individualização da pena e a isonomia. Outro gravame da proibição se refere ao fato de que, ao vedar a pena alternativa, se dificulta ainda mais a ressocialização do réu, vez que aquela é valioso instrumento de reinserção social dos condenados.

A opção pelo tema deu-se pela constatação de que o tráfico de drogas ainda continua sendo um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade na atualidade, apesar das prisões estarem lotadas por réus presos condenados nesse tipo de crime e pelo rigor punitivo da legislação e da política criminal. O problema, portanto, é se a política criminal de combate às drogas no Brasil esta sendo eficaz no que se propõe

na Lei ou esta sendo meramente simbólica. Para que se possa compreender melhor o presente trabalho, divide-se este estudo em três capítulos.

Inicialmente, no primeiro capítulo, serão abordados os aspectos das consequências jurídicas do delito, sua punição, as penas privativas de liberdades nos seus regimes Aberto, Semiaberto e Fechado, regime Especial, progressão e regressão de regime, e as penas restritivas de direitos, conceito, requisitos e espécies.

No segundo capítulo, diz a respeito dos princípios constitucionais penais, conceitos e funções.

Por fim, no terceiro e último capítulo, ira abordar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação à possível substituição de pena nos crimes de tráfico de drogas.

Por último, vale lembrar que apesar da substituição de pena já ter sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal quando este julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) que proibiam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não se verifica a perda de objeto do presente trabalho monográfico, eis que, ainda a muita discussão sobre este assunto que está longe de ser resolvido, sendo que a aplicação das penas alternativas ainda esta a critério dos juízes de primeiro grau, que poderão render-se ao peso da visão inalterável e repressiva que paira sobre qualquer tipo de condenado por tráfico de drogas.

CAPÍTULO I - CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

1.1 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

1.1.1 Conceito

Largamente utilizada nas modernas legislações, comparativamente às outras sanções penais, a pena privativa de liberdade era antigamente apenas um instrumento de custódia provisória do acusado, enquanto se desenrolava o processo ou se aguardava o início da execução da pena. Com efeito, assevera Bettiol (1976, p.137, apud PRADO, Luiz Regis, 1999, p. 293) que a origem recente da pena de prisão explica-se pelo fato de que, no passado, “as verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco, enquanto o encarceramento tinha alvo meramente processual, porque servia para assegurar, no processo, a presença do réu”¹. Evitava-se, desse modo, a fuga do acusado.

Em Roma, bem como na Grécia, a prisão não era empregada como pena propriamente dita (assim entendidos a pena de morte, o banimento, o exílio, os castigos corporais, o trabalho forçado), mas sim como um local de retenção temporária, até o pagamento de dívida (sanção civil) ou como custódia doméstica².

A prisão somente surge como pena no Direito canônico³, através do recolhimento, em cela, dos religiosos que houvessem praticado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja. Tinha o objetivo de estimular o arrependimento dos condenados.

Hoje em dia, as penas privativas de liberdade impostas pelo estado, configuram sanções contra aquela pessoa que praticou algum ato infracional e formam, modernamente, a base de todos os sistemas penitenciários do mundo civilizado.

Se, em relação às penas corporais e à pena capital, são, aparentemente, mais humanas, à medida que não são perpétuas, a prática de sua execução, em todos os países do mundo, sem exceção conhecida, revela sua mais profunda desumanidade.

¹ BETTIOL. Giuseppe. **Direito Penal**, Parte III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 137.

² GOULART, Henny. **Penologia**. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, s/d, Vol. I. p. 52.

³ Conjunto de leis e regulamentos feitos ou adotados pelos líderes da Igreja, para o governo da organização cristã e seus membros.

Apesar de cooperar para o fim da pena sobre o corpo (suplícios, mutilações), a pena de prisão não tem correspondido com as finalidades de recuperação do preso no sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição⁴.

No entanto é pacífico no mundo da ciência penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade⁵. Pois sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. A pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado e o qual este recorre, quando necessário, para tornar possível à convivência entre os homens⁶.

O conceito da tríplice finalidade da pena é bastante familiar mesmo ao homem comum, o preso é colocado na penitenciária com objetivo de ser punido, intimidado e, principalmente reformado⁷.

As penas privativas de liberdade estão previstas pelo código penal, para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. A lei das contravenções penais também prevê pena privativa de liberdade que é a prisão simples⁸.

As diferenças entre reclusão e detenção, é que os crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência, a pena de reclusão pode iniciar seu cumprimento no regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente com o descumprimento as condições impostas pelo juiz, poderá levar o condenado a pena de detenção ao regime fechado, através da regressão de regime⁹. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, conforme descreve o art. 33caput, do Código Penal.

Passamos a seguir aos regimes de cumprimento de pena.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, vol. I, São Paulo: Atlas, 2007. p. 252.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 418.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 419.

⁷ THOPSON, Augusto, **A Questão Penitenciária**, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 5.

⁸ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, vol.I, 10 ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 496.

⁹ BITENCOURT, César Roberto, **Tratado de Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 421

1.1.2 Regimes de Cumprimento da Pena

É importante frisar, de início, que a Lei 6.416/77, anteriormente disciplinadora do sistema de penas, estabelecia uma divisão entre os condenados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, nas modalidades de reclusão e detenção, em perigosos e não perigosos. Enquanto os sentenciados perigosos eram forçosamente submetidos às regras do regime fechado, os não perigosos, cuja a pena não ultrapassasse oito anos, poderiam ser recolhidos a estabelecimento de regime semiaberto, desde o início, ou, quando a pena excedesse àquele limite, ser posteriormente transferido para esse regime mais benéfico, uma vez cumprido um terço dela em regime fechado (art. 30, § 5º). Caso a pena imposta não fosse superior a quatro anos, poderia o condenado ser recolhido a estabelecimento de regime aberto desde início, ou depois de cumprir um terço (pena superior a quatro e inferior a oito) ou dois quintos (pena superior a oito) em outro regime (art. 30, § 5.º, I, a, b e c).

Com o advento da Lei 7209/84, todavia, abandonou-se a distinção entre os regimes penais fundada na periculosidade do agente. De fato, os regimes de penas (fechado, semiaberto e aberto) hoje são estipulados segundo o mérito do condenado, salvo no tocante ao período inicial de cumprimento da sanção penal, no qual constituem fatores determinantes a reincidência e a quantidade da pena aplicada.

Preceitua o atual Código Penal (art. 33, caput) que a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto; a pena de detenção, porém, será executada em regime semiaberto ou aberto, admitindo-se, excepcionalmente, a regressão para o regime fechado. São, portanto três regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade a saber. Inicialmente, tem-se que as penas privativas de liberdade poderão ser cumprida em três tipos ou espécies de regime, fixados pelo magistrado no momento da prolação da sentença penal condenatória, onde o juiz estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da sua pena privativa de liberdade, entretanto, o regime a ser fixado pelo juiz é inicial e não definitivo, tendo em vista que a Lei de Execução Penal, LEP, prevê a execução da pena de forma progressiva, com a possibilidade de regressão ou progressão.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

Os regimes de execução da pena privativa de liberdade são estruturados conforme critérios de progressividade (regra) ou de regressividade

(exceção), instituídos com o objetivo explícito de humanizar a pena privativa de liberdade, segundo duas variáveis: o mérito do condenado e o tempo de execução da pena [...].

O regime inicial de execução da pena privativa de liberdade é determinado na sentença criminal condenatória (art. 59, III, CP): o regime fechado depende exclusivamente da quantidade da pena aplicada; o regime semiaberto e o regime aberto dependem da quantidade da pena aplicada e da primariedade do condenado¹⁰.

O artigo 110 da Lei de Execução Penal determina que deverá o juiz, na sentença, estabelecer o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena: “Art. 110. O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”¹¹.

De acordo com o artigo 33, § 2º do Código Penal, ainda, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, desde que não seja reincidente; e, por fim, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá cumprir a pena em regime aberto:

Art. 33.[...].

§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto¹².

Ressalte-se, ainda, que a Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), criou o regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Porém, no ano de 2006 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, previsto no § 1º do artigo 2º da referida Lei.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008, p. 514-515.

¹¹ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹² BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

No ano de 2007 entrou em vigor a Lei n. 11.464, que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, determinando que a pena por crimes hediondos e equiparados deveria ser cumprida “inicialmente” em regime fechado e não mais “integralmente” em regime fechado.

Assim sendo, passou a ser admitida a progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, havendo uma diferenciação, no entanto, em relação ao mínimo do lapso temporal a ser cumprido para que o apenado progrida de regime, sendo de dois quintos da pena se o apenado for primário e três quintos da pena se o réu for reincidente.

Art. 1º. [...].

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente¹³.

Feitas essas considerações gerais acerca dos regimes de cumprimento de pena, analisa-se, a seguir, os três regimes existentes no direito penal brasileiro.

1.1.2.1 Regime Fechado

No regime inicialmente fechado o sentenciado deverá cumprir sua pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, obrigatoriamente, quando a pena a ele imposta for superior a oito anos, mesmo que o réu não seja reincidente.

O artigo 33 do Código Penal traz a classificação:

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média¹⁴.

Ainda que o Código Penal não tenha definido o que é considerado estabelecimento de “máxima ou média” segurança, quis o legislador referir-se aos estabelecimentos prisionais fechados, ou seja, as chamadas “penitenciárias”, as quais são destinadas aos presos mais perigosos.

O artigo 87 da Lei de Execuções Penal diz: “Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado”¹⁵. Ademais, estes

¹³ BRASIL. Lei Nº 11.464, 2007. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁴ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

estabelecimentos devem ser construídos em local afastado do centro urbano, a uma distância que não restrinja sua visitação (art. 90 da LEP).

Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio:

O regime fechado caracteriza-se pela limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles.

Devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes¹⁶.

O artigo 34 do Código Penal traz as “regras” do regime fechado:

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º. O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º. O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas¹⁷.

O preso do regime fechado estará sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno (art.34,§1º, do CP), porém, na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP)¹⁸, não passa de mera carta de intenções do legislador brasileiro. Com a superlotação carcerária jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno¹⁹.

Nesse contexto, salienta Juarez Cirino dos Santos que a realidade carcerária do regime fechado constitui negação absoluta do programa do legislador, tendo em vista que o trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados; o trabalho externo em serviços ou obras públicas é raríssimo; e o isolamento durante o repouso noturno é excluído pela superpopulação carcerária²⁰.

¹⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 176.

¹⁷ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁸ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013. **Art. 88**. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

¹⁹ CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, vol. I, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, 2008. p. 519.

O regime fechado caracteriza-se pelo maior controle e vigilância dos condenados e destina-se aos presos de extrema periculosidade, tendo, como finalidade, a reinserção do delinquente à sociedade.

Porém, constata-se que os estabelecimentos prisionais brasileiros não cumprem com a função que lhes foi destinada e a maioria deles não atende as condições básicas preconizadas pelo artigo 88 da LEP, tais como: alojamento em cela individual com área mínima de 06 (seis) metros quadrados, salubridade do ambiente, etc.

Enfim, as questões referentes à prisão são problemáticas no Brasil, pois a prisão não tem regenerado, educado, ressocializado ou recuperado o condenado para sua vida em liberdade. Por isso, afirma Valdir Sznick que sabidos são os males da prisão e hoje quase todas não passam de “depósitos de presos”²¹. No entanto, a prisão continua sendo o remédio doloroso de que dispõe o Estado para sancionar o infrator da lei penal²².

Passamos a seguir a analisar o próximo regime de cumprimento de pena, o regime semiaberto.

1.1.2.2 Regime Semiaberto

No regime semiaberto deverá o sentenciado cumprir sua pena em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar (artigo 91 da Lei de Execuções Penais), poderá o condenado ser alojado em compartimento coletivo, observados, porém, os requisitos de salubridade ambiental (art. 88, a, da Lei de Execuções Penais), sempre que a pena for superior a quatro anos e inferior a oito.

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar²³.

Esse regime é também chamado de “regime intermediário”, uma vez que encontra-se entre dois extremos: o regime fechado, que é um regime mais severo e o regime aberto, que é o mais brando, explicando Alexandre de Moraes e Gianpaolo

²¹ SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. São Paulo: Eud, 2001. p. 257.

²² LEAL, César Barros Leal. **Prisão**: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 111.

²³ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

Poggio Smanio que “há condenados a penas de média ou curta duração que têm, desde logo, aptidão para o regime semiaberto, sendo desnecessário seu recolhimento inicial em regime fechado”²⁴.

Neste regime o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado²⁵. O juiz na própria sentença já poderá conceder o serviço externo ou posteriormente o juiz da execução poderá concedê-lo desde o início do cumprimento de pena.

De acordo com Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 177), no regime semiaberto:

[...] a preocupação com a segurança é menor do que a prevista nas penitenciárias, fundando-se, principalmente, na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu *status*, em especial, o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir²⁶.

No regime semiaberto, portanto, não há necessidade de segurança e vigilância extremas. Os presos podem movimentar-se com certa liberdade e o seu sentido de responsabilidade deve ser enfatizado, possuindo esse sistema, como finalidade primordial, o trabalho do condenado, para que este se sinta mais útil e para que ocupe o tempo ocioso de forma produtiva.

No artigo 35 do Código Penal encontram-se as “regras” do regime semiaberto:

Art. 35. [...].

§ 1º. O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º. O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior²⁷.

Enfim, verifica-se que o regime semiaberto possui um rigor intermediário entre os regimes fechado e aberto e caracteriza-se pelo trabalho comum (interno ou externo) durante o dia; pelo recolhimento noturno; e pela permissão de frequência do condenado a cursos profissionalizantes.

²⁴ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 176.

²⁵ JESUS, Damásio, **Direito Penal**, vol.I, 17ªed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 462.

²⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 181.

²⁷ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

Passamos agora a analisar o último regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, o regime aberto.

1.1.2.3 Regime Aberto

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36 do Código Penal), este deverá cumprir sua pena em casa de albergado (prisão albergue) ou estabelecimento adequado, e o recolhimento do preso, nesse caso, se dá apenas no período noturno, feriados e nos dias de folga.

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado²⁸.

O regime aberto restringe-se aos condenados não reincidentes e cuja pena tenha sido igual ou inferior a quatro anos.

O regime aberto, explicam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, “[...] constitui-se em uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, ou prisão noturna ou ‘semi-liberdade’” e funda-se:

Na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado [...].

Este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. [...]²⁹.

Igualmente entende Juarez Cirino dos Santos, ao dispor que:

O regime aberto tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado [...] e se caracteriza pela liberdade sem restrições para o trabalho externo, frequência a cursos e outras atividades autorizadas durante o dia e pela liberdade restringida durante a noite e dias de folga [...]³⁰.

No regime aberto, portanto, o condenado pode, durante o dia e sem vigilância, trabalhar, estudar ou dedicar-se a outras atividades fora do

²⁸ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

²⁹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 178.

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008. p. 520.

estabelecimento, devendo recolher-se à casa de albergado (ou prisão albergue) à noite e nos dias de folga.

Porém, no entanto, para que o apenado cumpra sua pena no regime aberto não basta o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos (cumprimento do lapso temporal e atestado de conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento prisional). Há, também, a necessidade de aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz.

Segundo o artigo 113 da LEP, Lei de Execução Penal, “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”, ao passo que o artigo 114 enumera duas exigências a serem cumpridas pelo condenado que ingressa no regime aberto: 1ª) a possibilidade de vir a exercer imediatamente um emprego (requisito de ordem material); e 2ª) o ajustamento com responsabilidade e autodisciplina ao novo regime (requisito de ordem pessoal).

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:
I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime³¹.

Assim sendo, o ingresso no regime aberto pressupõe que o condenado esteja trabalhando (ou que esteja em condições de trabalho imediato); pressupõe a possibilidade de ajustamento ao regime; e, ainda, pressupõe a aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz (arts. 113 e 114 da LEP)³².

Ressalte-se, ainda, que o artigo 117 da LEP determina que poderão ser dispensados do trabalho e cumprir pena em residência particular: 1) o condenado maior de setenta anos; 2) o condenado acometido de doença grave; 3) a condenada com filho menor ou com filho portador de deficiência física ou mental; e 4) a condenada gestante.

Art. 114. [...].
§ único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei³³.

³¹ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

³² SANTOS, Christiano Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 520.

³³ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante³⁴.

No inciso I, constata-se que a Lei presume, ao condenado maior de setenta anos, uma menor periculosidade e maiores dificuldades de suportar o regime da pena; no inciso II, a Lei estabelece a prisão domiciliar no caso de condenado acometido de doença grave, presumindo a necessidade de tratamento ao condenado ou por entender que o cumprimento da pena poderá agravar a situação do condenado, colocando sua vida em risco; no inciso III, trata-se de condenada com filho menor ou portador de deficiência física ou mental, protegendo, a Lei, nessa hipótese, não somente a sentenciada, como também a criança que necessita de cuidados frequentes e especiais; e, por fim, no inciso IV se prevê a possibilidade da condenada gestante cumprir pena em regime de prisão domiciliar, para que a mesma tenha meios de proporcionar melhores condições de saúde e higiene durante o período de gestação e parto.

Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, ainda:

O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime.

Restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime.

Está ele também obrigado a trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não o permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução³⁵.

Verifica-se que o regime aberto deverá ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado. No entanto, os condenados que se encontrem nas hipóteses do artigo 117 da LEP poderão cumprir pena em sua residência.

Ainda, é importante mencionar nesse contexto, que embora o juiz somente possa determinar a prisão domiciliar nas hipóteses do artigo 117 da LEP, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se o sentenciado tem o direito ao regime aberto e encontra-se impedido de exercê-lo por falta de local apropriado, poderá cumprir a pena em prisão domiciliar, pois a omissão do Poder Público em construir

³⁴ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

³⁵ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 192.

ou adaptar casa para os albergados não pode prejudicar o sentenciado ou impor-lhe cumprimento de pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe é garantido pela legislação³⁶.

Por fim, assinala a doutrina que a principal vantagem da prisão aberta consiste em permitir que o sentenciado “faça uma experiência de liberdade concreta, e não apenas simulada, pois tem oportunidade de viver e de trabalhar como um homem livre, embora ainda esteja cumprindo pena”³⁷.

1.1.2.4 Regime Especial

O regime especial de cumprimento de pena pela mulher e também para o homem com mais de sessenta anos é garantia estabelecida em nosso ordenamento jurídico, homens e mulheres são iguais perante a lei, inclusive em direitos e obrigações, é o que assegura a Constituição Federal de 1988, no entanto, não se pode interpretar a admitir a possibilidade de que mulheres e homens venham a ocupar a mesma cela em caso de cumprimento de penas privativas de liberdade, e, para cercear a possibilidade de alguma determinação insensata no que tange ao assunto, o Código Penal, no título que trata da aplicação das penas, a garantia de regime especial para as mulheres no seu art. 37:

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo³⁸.

A garantia mencionada no art. 37 do Código Penal é fruto de alteração determinada pela Lei 7.10/84, a Lei de Execução Penal, cuja lei, quanto aos estabelecimentos penais, disciplina o regime especial, como vemos em seu art. 82, § 1º:

Art. 82. [...].

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal³⁹.

³⁶ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 193.

³⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas penitenciários**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989. p. 271.

³⁸ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

O regime especial direcionado à mulher encontra-se alicerçado na Constituição Federal/88, decorrente, entre outros do princípio da Individualização das Penas e por conseguinte, trata a mulher de forma diferenciada, assegurando tanto o cumprimento da pena em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, e que às presas serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Por fim, nota-se na menção do art.5º, XLVIII da Constituição Federal de 1988, que encontra-se estabelecido o cumprimento da pena em estabelecimento distinto também em razão da idade, portanto, ao maior de sessenta anos também foi assegurado o reconhecimento a estabelecimento prisional próprio e adequado à sua condição pessoal, como consta no, § 1º do art. 82 da LEP, no entanto, se observado o disposto no art. 117 da LEP, a idade é elevada para os 70 anos quando se tratar da possibilidade do beneficiário do regime aberto ser recolhido em residência particular.

1.1.3 Progressão de regime

Após o início do cumprimento da pena privativa de liberdade segundo o regime fixado na sentença condenatória, permite-se, em razão da adoção, pelo nosso ordenamento, de um sistema progressivo, a transferência do condenado para um regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

A progressão de regime nas penas privativas de liberdade conforme descreve o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84, será executada de forma progressiva, ou seja, do regime mais rigoroso para o menos rigoroso.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão⁴⁰.

³⁹ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁴⁰ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

Assim sendo, se o condenado iniciou a pena em regime fechado, passará para o regime semiaberto (regime intermediário), e após, ao regime aberto. Consequentemente, se o condenado iniciou o cumprimento da pena em regime semiaberto, passará para o regime aberto.

As etapas para a progressão de pena devem, necessariamente, ser cumpridas e por isso, a legislação penal veda a chamada “progressão por saltos”, em que o condenado progride de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso sem passar pelo regime intermediário, a seguir, os critérios objetivos e subjetivos a serem cumpridos pelo apenado para que o mesmo possa progredir de regime.

O critério objetivo diz respeito ao cumprimento da pena e o critério subjetivo diz respeito ao mérito, ao bom comportamento carcerário do apenado, podendo-se afirmar que “a progressão de regime prisional, desde que satisfeitos os requisitos legais, é um direito público subjetivo do sentenciado”⁴¹.

O sistema de execução penal, portanto, “exige um requisito de caráter objetivo, que diz respeito ao *quantum* do cumprimento da pena no regime anterior e um requisito de caráter subjetivo, que se refere ao mérito do condenado [...]”⁴².

Ressalte-se que os dois requisitos devem ser atendidos para que a progressão de regime possa subsistir, não bastando apenas o cumprimento de um deles e, ainda, que a progressão de regime exige decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, consoante determinação do § 1º do artigo 112 da LEP.

1.1.3.1 Critério objetivo

O critério objetivo a ser cumprido pelo apenado para que ele progrida de regime refere-se ao lapso temporal.

Desta forma, o condenado, para progredir de regime, deve, primeiramente, ter cumprido 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, consoante determinação do artigo 112 da LEP:

⁴¹ MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 116.

⁴² MUAHAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior[...]⁴³.

Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o lapso temporal a ser cumprido para que o apenado progrida de regime não será mais de 1/6 (um sexto). Será de 2/5 (dois quintos) se o réu for primário e 3/5 (três quintos) se for reincidente, consoante determinação do § 2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos:

Art. 2º. [...].

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente⁴⁴.

Juarez Cirino dos Santos explica:

A progressão significa a transferência do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo, após cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP), mediante decisão judicial motivada precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa (art. 112, § 1º da LEP).

[...].

Contudo, a regra da progressividade fundada no tempo de execução e no comportamento do condenado admite restrições e exceções definidas em lei.

As restrições legais referem-se aos condenados por crimes contra a administração pública (art. 33, § 4º, CP), em que a progressão de regime depende da condição complementar de reparação do dano ou de devolução do produto do crime realizado.

[...].

As exceções legais têm por objeto condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo [...] ⁴⁵.

Sendo assim, para que o condenado progrida de regime deve, necessariamente, cumprir 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, além de apresentar bom comportamento carcerário.

⁴³ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁴⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008. p. 515-517.

1.1.3.2 Critério subjetivo

O critério subjetivo exigido para que o apenado progrida de regime diz respeito ao bom comportamento carcerário, conforme determina a parte final do artigo 112 da LEP, Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva [...], quando o preso [...] ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão⁴⁶.

Ressalte-se que a redação anterior do artigo 112 da LEP exigia a comprovação do “mérito” para a progressão de regime, devendo a decisão ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Entretanto, embora a comprovação do mérito não seja mais exigida por Lei, entende Renato Marcão (2006, p. 116) que “[...] o direito à progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito”.

Prosseguindo, tem-se que o requisito subjetivo é comprovado pelo atestado de conduta carcerária, assinado pelo diretor do estabelecimento no qual o sentenciado cumpre sua pena.

Assim, além do lapso temporal a ser cumprido basta o bom comportamento do preso para que ele tenha o direito à progressão, ou seja, “[...] o preso que não ostentar bom comportamento carcerário não reunirá mérito para a progressão”⁴⁷.

Por fim, tem-se que a progressão de regime (do mais rigoroso para o menos rigoroso) é um direito do sentenciado estabelecido pela LEP – Lei de Execução Penal, desde que ele cumpra os requisitos (objetivo e subjetivo) determinados por Lei, devendo o juiz fundamentar, sempre, a concessão ou a denegação da progressão, em virtude do princípio da fundamentação das decisões judiciais.

⁴⁶ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁴⁷ MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 119.

1.1.4 Regressão de Regime

A “regressão” de regime é o inverso da “progressão” de regime, ou seja, é a mudança do regime imposto ao condenado, do menos severo para o mais severo.

Desta forma, determina-se, pela regressão, a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso, quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo⁴⁸.

Veja-se, nesse sentido, a afirmativa de Renato Marcão:

Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão⁴⁹.

Ainda, de acordo com Juarez Cirino dos Santos:

A regressão significa transferência ou retorno do preso para regime de maior rigor punitivo, e pode ocorrer nas hipóteses (a) de prático de fato definido como crime doloso ou de falta grave e (b) de nova pena por crime anterior, cuja soma determine incompatibilidade com o regime atual [...]⁵⁰.

Assim sendo, se o condenado encontra-se em regime aberto, a regressão implicará no retorno ao regime semiaberto; e se o condenado se encontra em regime semiaberto, regredirá ao regime fechado.

Essa hipótese encontra-se regulamentada pelo artigo 118 da LEP, o qual prevê a regressão quando o condenado pratica fato definido como crime doloso, quando pratica falta considerada grave, ou quando sofre condenação por crime anterior e a pena (somada ao restante da pena em execução), torna incabível o regime.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

⁴⁸ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 173.

⁴⁹ MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 145.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008. p. 517.

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111)⁵¹.

O inciso I, primeira parte, refere-se à prática de crime doloso. Neste caso, não é necessário a sentença transitada em julgado: basta que o condenado tenha praticado o crime doloso que regredirá de regime. “[...] não importa a natureza, espécie ou gravidade do crime doloso praticado. Também não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado [...]”⁵².

O inciso I, segunda parte, refere-se à prática de falta grave cometida pelo sentenciado, sendo várias as hipóteses de falta grave que implicam em regressão, previstas no artigo 50 da LEP, tais como: fuga, posse indevida de armas, descumprimento das condições impostas ao regime aberto, dentre outras.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo⁵³.

Ainda, o inciso II do artigo 118 da LEP refere-se à condenação do apenado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Nessa hipótese, também ocorrerá a regressão.

Assim, explicam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, “em decorrência de nova condenação, cujo total da unificação da pena restante com a pena imposta torne incabível o regime semiaberto ou aberto, nos termos do artigo 33

⁵¹ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁵² MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 195.

⁵³ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

do Código Penal, haverá possibilidade de regressão para um regime de pena menos brando”⁵⁴.

O § 1º do artigo 118 da LEP traz, ainda, a hipótese de regressão no caso do sentenciado frustrar os fins da execução:

Art. 118. [...].

§ 1º. O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta⁵⁵.

“Frustrar” os fins da execução significa, neste caso, não corresponder o sentenciado às expectativas da execução, ou seja, qualquer ato atentatório as finalidades da execução poderá ser considerado suficiente para regredir o apenado do regime aberto para o semiaberto.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 196) explicam que a circunstância de “frustrar os fins da execução” refere-se ao fato de o sentenciado assumir uma conduta que demonstre incompatibilidade com o regime aberto. Assim, o sentenciado que, por exemplo, provoca a rescisão do contrato de trabalho, abandona o emprego, pratica contravenção ou crime culposo ou falta média ou leve, demonstra que não está adaptando-se ao regime e nem está se reinserindo no meio social, recomendando-se a sua transferência para um regime mais rigoroso.

Essa situação, prevista no § 1º do artigo 118 da LEP é um pouco complexa, tendo em vista que determina a possibilidade de regressão (do regime aberto para o semiaberto) se o condenado “frustrar os fins da execução”, mas não menciona o que seria tal hipótese. Por esse motivo, explica Renato Marcão que “dada a impossibilidade e a multiplicidade do comportamento humano, é de rigor que se tenha extrema cautela na avaliação das condutas que se pretenda indicar como atentatórias aos fins da execução”⁵⁶.

Em relação à segunda hipótese do § 1º do artigo 118 da LEP, tem-se que poderia haver a regressão no caso do não pagamento injustificado da pena de multa pelo condenado, no entanto, tal hipótese não subsiste mais desde o advento da Lei n.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 196.

⁵⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁵⁶ MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 149.

9268/96, artigo 51. Essa Lei, explica Renato Marcão (2006, p. 150), passou a considerar a multa como dívida de valor e impediu a sua conversão em pena de prisão no caso de não pagamento. "Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor [...]".

Sendo assim, o inadimplemento da pena de multa pelo condenado não poderá mais gerar prisão e conseqüentemente, não poderá gerar a regressão do regime prisional.

Por fim, verifica-se que a regressão é permitida no Direito Penal brasileiro desde que haja uma causa justificadora, as quais se resumem em: 1) praticar o condenado crime doloso; 2) praticar o condenado falta considerada grave (hipóteses elencadas no artigo 50 da LEP); 3) sofrer o condenado condenação por crime anterior cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e 4) quando o condenado frustrar os fins da execução.

Agora, passamos a observar as penas restritivas de direitos.

1.2 AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

1.2.1 Conceito

De primeiro, cabe assinalar que as penas restritivas de direitos não se confundem com as antigas penas acessórias, consagrada na legislação anterior. O Código Penal de 1940 estabelecia como penas acessórias a perda da função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação da sentença, admitindo a aplicação cumulativa com a pena restritiva de liberdade.

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

As penas restritivas foram instituídas para substituir a pena privativa de liberdade, não perdendo o caráter de castigo, porém evitando os malefícios da pena carcerária de curta duração, são penas substitutivas, ou seja, não se aplicam por si,

de imediato, mas apenas em substituição às penas privativas de liberdade, nos casos enumerados em lei individualizando a pena privativa de liberdade, sendo assim magistrado poderá substituí-la pela restritiva. A pena restritiva de direitos consiste na inabilitação temporária de um ou mais direitos do condenado, na prestação pecuniária ou na perda de bens ou valores, imposta em substituição à pena privativa de liberdade, e cuja espécie escolhida tem relação direta com o delito cometido, em seu teor, as penas restritivas de direitos são classificadas como uma opção sancionatória oferecida pela legislação penal com o objetivo de evitar a imposição da pena privativa de liberdade.

Pode-se dizer que o legislador, sabiamente, optou pelo não encarceramento do criminoso que pratica infrações de leve e médio potencial ofensivo, consciente da falência do sistema penitenciário.

Tal possibilidade, esta disposta ao Juiz no momento da determinação da pena na sentença, conforme dispõe artigo 59, inciso IV, do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...].

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível⁵⁷.

Neste sentido afirma Cezar Roberto Bitencourt:

“E, como na dosagem da pena o juiz deve escolher a sanção mais adequada, cevando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado e, particularmente, a finalidade preventiva, é natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade”⁵⁸.

O juiz, ao determinar a quantidade da pena de prisão do delito cometido pelo infrator, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito for considerado culposos e estando presentes outros pressupostos, deverá o magistrado considerar a possibilidade da substituição por uma pena alternativa. E, se essa substituição não for possível, há a possibilidade da suspensão condicional da pena.

⁵⁷ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol I ed, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 554.

Esta imposição da pena mais adequada, no tocante ao delinquente é bastante benéfica, pois é uma substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos dessocializadora.

Neste sentido, afirma Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

“Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável”⁵⁹.

A aplicação da pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade esta condicionada a determinados pressupostos, subjetivos e objetivos que devem estar presentes simultaneamente.

1.2.2 Requisito objetivo

a) quantidade de pena aplicada. A pena não pode ser superior a quatro anos, independente se doloso ou culposo. Para as penas sentenciadas de até quatro anos não se faz distinção entre crime doloso ou culposo.

b) natureza do crime cometido. Nos crimes de natureza culposa⁶⁰, permite-se a substituição da pena privativa de liberdade independentemente da quantidade de pena aplicada.

Além disso, quando a condenação não for superior a um ano de prisão, poderá ser substituída por pena de multa ou restritiva de direitos, ou uma ou outra, nunca pelas duas cumulativamente, de modo que a multa embora não esteja elencada juntamente com as demais sanções denominadas penas restritivas, ela assume, a função e natureza de pena alternativa à privativa de liberdade, com caráter de substitutiva.

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. vol. I, São Paulo: Atlas, 2007. p. 258.

⁶⁰ **Crime Culposo** - Art. 18, II, do CP - É o crime resultante da inobservância do cuidado necessário do agente, o qual não intenta nem assume o risco do resultado típico, porém a ele dá causa por imprudência, negligência e imperícia. Ou seja, é um agir descuidado que acaba por gerar um resultado ilícito não desejável, porém previsível. Ocorre crime culposo, por exemplo, quando o motorista, trafegando por via pública em alta velocidade, agindo com imprudência, atropela um pedestre que circulava pelo local.

Comenta, deste modo, doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

“as circunstâncias gerais é que determinarão qual das duas substituições, no caso concreto, será a mais recomendável, ou, para usar a terminologia do artigo 59, será a necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime”⁶¹.

“A conduta culposa, hoje bem mais frequente, objeto de menor reprovabilidade, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos na realização de um comportamento normalmente lícito. Os autores desses comportamentos descuidados que, às vezes, causam um resultado típico, de regra, não necessitam ser ressocializados, e a imposição de uma pena privativa de liberdade revela-se absolutamente desnecessária, sem qualquer sentido preventivo especial. Nesse aspecto, merece aplausos a previsão para os crimes culposos, sem impor limite quantitativo da pena privativa, pois sua substituição será apenas uma possibilidade condicionada a todas as circunstâncias sintetizadas nos requisitos ora examinados”⁶².

c) modalidade de execução. Deve-se considerar nesse requisito, o momento da ação do delincente, uma vez que se esta for praticada com violência ou grave ameaça, este não merece o benefício da substituição. Cumpre-se destacar que a violência contra a coisa como, por exemplo, no furto qualificado com rompimento de obstáculo não é fator impeditivo, por si só, da concessão da substituição.

Os requisitos objetivos estão previstos no artigo 44, inciso I do Código Penal:

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

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo⁶³.

Além disso, nos crimes de lesão corporal leve dolosa e no constrangimento ilegal, por nestes crimes estarem presentes a violência (no primeiro) e grave ameaça a pessoa (no segundo), não se aplica essa limitação nestes delitos, pois estão inclusos nas infrações de menor potencial ofensivo, e continuarão sendo tratados pela Lei dos Juizados Especiais.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol I, ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 562-563.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol I, ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 558.

⁶³ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

1.2.3 Requisito subjetivo

a) réu não reincidente em crime doloso. As penas restritivas de direitos são, em tese, inaplicáveis em casos de reincidência, pois somente o reincidente em crime doloso pode, em princípio, impedir a substituição.

Entretanto, a própria reincidência em crime doloso não é fator de impedimento absoluto, pois a medida em face da condenação anterior poderá ser socialmente recomendável, sobre esse requisito ensina Fernando Capez:

Dessa forma, somente aquele que, após ter sido definitivamente condenado pela prática de um crime doloso, vem a cometer novo crime doloso fica impedido de beneficiar-se da substituição. Se entre a extinção da pena do crime doloso anterior e a prática do novo delito tiverem decorrido mais de 05 anos, o condenado fará jus à substituição, não subsistindo a vedação⁶⁴.

b) prognose de suficiência da substituição.

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt:

Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato⁶⁵.

Os requisitos subjetivos estão previstos no artigo 44, incisos II e III do Código Penal:

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
II - o réu não for reincidente em crime doloso;
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente⁶⁶.

Ainda no aspecto na nova Lei, esta teve como objetivo também dar cumprimento ao disposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que prevê a pena de prestação social alternativa, que tem de atingir as seguintes metas segundo Fernando Capez:

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. I, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 438.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol I, ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 562.

⁶⁶ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

- I – Diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário;
- II – favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente;
- III – reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detém o maior índice de reincidência;
- IV – preservar os interesses da vítima⁶⁷.

A seguir passamos a observar às espécies de penas restritivas de direitos.

1.2.4 ESPÉCIES

1.2.4.1 Penas restritivas de direitos em sentido estrito

a) *Prestação de Serviço à Comunidade ou a Entidades Públicas*: É a realização de tarefas gratuitas em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários. Tais tarefas serão desempenhadas conforme a aptidão do condenado, que prefere submeter-se a essa sanção a afrontar a pena privativa de liberdade. Essa pena alternativa deverá ser cumprida durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal do trabalho, esta regulamentada no Art. 46 do Código Penal Brasileiro:

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

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada⁶⁸.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

Na definição dessa sanção, houve clara preocupação em estabelecer quais as entidades que poderão participar da prestação gratuita de serviços comunitários. Afastaram-se, liminarmente, as entidades privadas que

⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁶⁸ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

visam lucros, de forma a impedir a exploração de mão de obra gratuita e o consequente locupletamento sem a devida contraprestação⁶⁹.

Em consequência disso, toda instituição de caráter público, que não vise lucro, tem a possibilidade de participar e ser conveniada com este instituto alternativo à pena de prisão.

A prestação de serviços a comunidade ou entidades públicas deve ser aplicada pelo juiz que julgar o sentenciado. Entretanto, a sua aplicação, compreendendo a entidade a ser designada ou o programa comunitário, deverá ser atribuído pelo juiz da execução. O juiz da execução poderá, com o intuito de ajustar as condições pessoais do condenado e conciliar com suas atividades pessoais, alterar a forma, horário e o local de cumprimento da pena; mas este jamais poderá alterar a modalidade de pena imposta ao condenado.

Incumbe ao patronato público ou particular, órgão da execução penal, orientar os condenados à pena restritiva de direitos e fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade, conforme disposto no artigo 79 da Lei de Execução Penal:

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

I - orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

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

III - colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional⁷⁰.

Esta pena restritiva de direitos é admitida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, “d”:

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

[...].

d) prestação social alternativa⁷¹.

O fato desta sanção ser cumprida geralmente aos sábados, domingos e feriados, gera ao sentenciado aborrecimentos e angustias, de modo que esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo. Ao mesmo tempo, ao realizar essas tarefas à comunidade, o condenado sente-se útil ao

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 16 ed, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 573.

⁷⁰ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

perceber que está contribuindo e, muitas vezes há o reconhecimento da comunidade pelo trabalho realizado. Assim, o sentenciado ao realizar os trabalhos comunitários começa a refletir sobre o ato ilícito que praticou e os valores éticos e morais. Conceitua Cezar Roberto Bitencourt:

A reflexão facilita o propósito pessoal de ressocializar-se, fator indispensável no aperfeiçoamento do ser humano. Essa sanção representa uma das grandes esperanças penológicas, ao manter o estado normal do sujeito e permitir, ao mesmo tempo, o tratamento ressocializador mínimo, sem prejuízo de suas atividades laborais normais⁷².

Neste sentido, comenta Julio Fabbrini Mirabete e Renato N, Fabbrini:

Trata-se de medida de grande alcance e, aplicada com critério, poderá produzir efeitos salutares, despertando a sensibilidade popular. A realização de trabalho em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários poderá alargar os horizontes e conduzir as entidades beneficiadas a elaborar mecanismos adequados à fiscalização e orientação dos condenados na impossibilidade de serem essas atividades realizadas por meio do aparelhamento judicial⁷³.

Sendo assim, as medidas que objetivam a ressocialização do condenado não deve ser tarefa exclusiva do Estado, mas também com participação da comunidade. Com isso, a efetividade dessa pena dependerá bastante do apoio que a comunidade der às autoridades judiciais.

b) **Limitação de Fim de Semana:** Consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados aos condenados, durante essa permanência cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas, conforme descreve o art. 48 do Código Penal:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Assim como a da prestação de serviços a comunidade e entidades publicas, a pena de limitação no fim de semana tem o intuito de evitar o afastamento do condenado em suas tarefas diárias, bem como sua relação familiar e sócia

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 16 ed, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 575.

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, 28 Ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 262.

econômica. Ainda neste sentido, tem como objetivo impedir o encarceramento do apenado no ambiente criminógeno, bem como tem principalmente um caráter educativo, pois em seu cumprimento o condenado poderá participar de cursos, palestrar ou outras atividades educativas, com a finalidade do mesmo aproveitar o tempo que está dentro do estabelecimento indicado e assim não permanecer tantas horas sem fazer nada, o que não acrescentaria em qualquer aspecto..

No que se refere o fato desta pena limitar-se a apenas aos fins de semana, este cumprimento nos dias de “lazer” impedem que se perca a finalidade preventiva geral, por conta do simples fato do individuo ter que recolher-se a um estabelecimento penitenciário todos os fins de semana, acarreta transtornos psicológicos.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

A finalidade dessa sanção vai além do delinquente: pretende impedir que os efeitos diretos e indiretos recaiam sobre a família do condenado, particularmente as consequências econômicas e sociais, que têm produzido grandes reflexos em pessoas que não devem sofrer os efeitos da condenação. Em outras palavras, busca-se garantir o sagrado princípio da personalidade da pena⁷⁴.

A execução da pena começará com o comparecimento do sentenciado no local indicado pelo juiz da execução, na execução penal, está disposta em seu artigo 151 da Lei de Execuções Penais, conforme segue:

Art. 151. Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.
Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento⁷⁵.

No caso de descumprimento das regras impostas, não comparecendo ao estabelecimento indicado ou ate mesmo praticar falta grave, a pena será convertida em privativa de liberdade.

c) ***Interdição Temporária de Direitos***: Constitui uma incapacidade temporária para o exercício de determinada atividade, podendo ser proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo,

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 16 ed, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 569.

⁷⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Assim essa pena poderá ser aplicada quando o indivíduo cometer algum crime no exercício da administração pública.

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de frequentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos⁷⁶.

Esta pena restritiva de direitos tem como uma das suas principais características atingir os interesses econômicos do condenado, pois esta priva a prática de certas atividades sociais que, geralmente, são os deveres funcionais e profissionais do sentenciado. Neste sentido, a partir do momento que se proíbe a realização da tarefa laboral diária remunerada, há a redução dos rendimentos. As interdições temporárias previstas nos incisos I e II do artigo 47 do Código Penal somente podem ser aplicadas nas hipóteses de crimes cometidos com abuso ou violação dos deveres inerentes à sua função, cargo ou profissão.

1.2.4.2 Penas restritivas de direitos pecuniárias

Estas penas restritivas consistem em uma diminuição do patrimônio do agente ou uma prestação inominada em favor da vítima ou seus herdeiros, são elas:

a) **Prestação Pecuniária**: Refere-se ao valor em favor da vítima, seus dependentes ou entidades públicas ou particularidades com destinação social. Que é o caso da multa, a qual só pode ser aplicada em substituição a pena privativa de liberdade, quando esta não for superior a seis meses, tal sanção devera ser fixada pelo juiz, de modo que não pode ser inferior a um salário mínimo e nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, esta prevista nos artigos 43, I e artigo 45, § 1º do Código Penal Brasileiro:

⁷⁶ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários⁷⁷.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

A aplicação dessa pena independe de consenso ou aceitação da parte beneficiária, pois seria ilógico e inaplicável o juiz, por ocasião da sentença condenatória, abrir prazo para a manifestação de quem quer que seja.” “não existindo parte ofendida definida, é destinar o pagamento a entidade assistencial⁷⁸.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Mirabete:

De forma sumaria, deve o juiz fixar o quantum da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime⁷⁹.

Essa prestação pecuniária pode ter caráter de uma antecipação de indenização civil, de modo que o valor pago à vítima ou a seus dependentes será devidamente descontado, com o intuito de evitar o enriquecimento sem causa.

À condenação de prestação de outra natureza conforme parágrafo segundo do artigo 45 do Código Penal, conforme segue, este dispositivo sujeita o juiz a substituir a prestação pecuniária em prestação de outra natureza, consistindo na entrega do condenado de cestas básicas ou no fornecimento de mão de obra, de modo é claro que é necessário a concordância do beneficiário. Esse dispositivo é competente para o juiz da execução penal e, uma vez não paga a prestação pecuniária por impossibilidade financeira, este deverá transformá-la em prestação de “outra natureza”.

b) **Perda de Bens e Valores**: Como o próprio nome diz é a perda dos bens ou valores, como forma de pagamento da pena. Nesta sanção, a perda de bens e valores

⁷⁷ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral/Parte Especial Especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 441.

⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, 28 Ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 267.

que pertencem ao condenado, vai para o Fundo Penitenciário Nacional, valendo-se como teto o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro. Pode-se dizer que é uma pena de confisco, ao contrario da prestação pecuniária, a qual tem caráter indenizatório.

Esta pena restritiva de direitos é autorizada pelo artigo 5º, XLVI, “b” da Constituição Federal e pelo artigo 45,§3º do Código Penal, conforme seguem:

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

[...].

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

[...].

b) perda de bens⁸⁰.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime⁸¹.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

O objeto desse “confisco”, no entanto, não serão os instrumentos ou produtos do crime, como ocorre no “confisco-efeito da condenação”, mas é o próprio patrimônio do condenado, definido como “bens e valores”⁸².

Somente poderá ser aplicada esta sanção quando a condenação não ultrapassar o limite de quatro anos de prisão e também quando for possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Ou seja, trata-se de uma pena de caráter confiscatório, com o objetivo de apreender definitivamente bens ou valores do individuo por parte do Estado.

c) *Prestação de outra natureza ou inominada*: Consiste na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a pena alternativa inominada permite a doação de cestas básicas para entidades que a reverterem em prol de pessoas carentes, desde que haja a aceitação do beneficiário quando o crime tenha sido

⁸⁰ BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁸¹ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral/Parte Especial Especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 445.

praticado contra pessoa determinada. Além disso, somente a sanção de prestação pecuniária é autorizada a ser convertida em prestação de outra natureza, de modo que a pena de perda de bens e valores, não recebe essa mesma possibilidade.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

2.1 Conceitos e Funções

Segundo Ronald Dworkin, o conceito de princípio significa: “origem, fonte, juridicamente os princípios são fundamentos pelo qual devem ser conjugados por outros valores através de uma dimensão de peso”⁸³.

Humberto Ávila assegura que:

[...] os princípios são finalísticos, a primar por um estado ideal das coisas a serem galgados, mas não remontam o que fazer para alcançar tal finalidade, é o que o autor chama de caráter teleológico dos princípios⁸⁴.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Os princípios, em seu sentido jurídico, se materializam em uma ordem na qual surge e justifica o ordenamento, de forma a propiciar uma maior eficiência do mesmo, a fim de garantir à efetividade da dignidade da pessoa humana⁸⁵.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os princípios irão dar conformidade ao sistema, na medida em que serão o eixo valorativo pelo qual deve se pautar o legislador ao elaborar as normas, bem como o julgador ao aplicar o direito, seja a norma regra ou mesmo outro princípio, sendo assim caracterizada a sua função integradora.

A seguir veremos alguns princípios que se aplicam ao caso concreto.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Ronald Dworkin. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. Ed. São Paulo: Martins fontes, 2007. p. 74.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. rev. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

2.2 Princípio da Individualização da pena

O princípio constitucional da individualização da pena garante que as penas aplicadas aos infratores não sejam iguais, ainda que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida⁸⁶.

Por este princípio, a reprimenda legal deve ser particularizada nos diversos ramos, legislativo (quando o legislador, após descrever uma infração, fixa os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo, bem como os regimes de cumprimento e benefícios possíveis de ser concedidos ao infrator, estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas – individualização in abstracto); judiciário (o magistrado, valendo-se dos parâmetros positivados pelo legislador, fixa a pena *in concreto*, determinando sua quantidade, *p. ex. 4 anos e 6 meses de reclusão* e o regime inicial de cumprimento, *aberto, semiaberto e fechado*. Nesse momento, cabe também ao juiz verificar se o condenado faz jus à possibilidade de gozar certos benefícios, notadamente, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou o *sursis* - suspensão condicional da pena); e executório (processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional), de forma a evitar a padronização da sanção penal. A pena de cada crime deve, neste sentido, variar de acordo com a personalidade do agente, bem como seu meio de execução, não podendo ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes.

Este princípio é um direito fundamental, está previsto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988, os quais dispõem, respectivamente, da seguinte forma:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral/Parte Especial Especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245.

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível⁸⁷.

Art. 5º. [...].

XLVI - A Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição de liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos⁸⁸.

Por individualização da pena se deve entender o processo para, segundo a límpida e notória frase de Nelson Hungria, “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

Segundo Luiz Regis Prado, o princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução (art. 5º, XLVI, CF/88)⁸⁹.

De acordo com César Barros Leal, ele afirma que como pressuposto da individualização da pena a lei preceitua que os presos sejam classificados conforme seus antecedentes e personalidade⁹⁰.

É o que determina o artigo 5º da LEP, Lei de Execução Penal, ao dispor que “os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal”.

Por este princípio, portanto, o juiz deverá definir a quantidade de pena ao acusado nos limites da cominação legal, devendo a pena ser mensurada e aplicada de acordo com cada caso concreto, analisando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as consequências do crime, além do comportamento da vítima.

⁸⁷ BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁸⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30.

⁹⁰ LEAL, César Barros Leal. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 61.

Segundo Alberto Silva Franco: O princípio da individualização da pena garante a todo cidadão condenado num processo crime uma pena particularizada, pessoal e distinta⁹¹.

Ressalte-se que o princípio da individualização da pena também consiste no tratamento diferenciado para cada condenado, dispondo, o artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, individualizando, desta forma, a pena a ser cumprida.

2.3 Princípio da Isonomia ou da Igualdade

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes⁹².

Este princípio prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

Segundo Guilherme Nucci:

A igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia⁹³.

Assim sendo, é sabido que todos os seres humanos são naturalmente desiguais, devendo o Direito tratá-los de forma igualitária, com normas que possam

⁹¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

⁹² ⁹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

garantir que todos recebam o que merecem, contudo, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais, sendo responsabilidade do juiz minorar as desigualdades sociais quando for aplicar a lei penal, intentando menor rigorismo a condutas de indivíduos economicamente desfavorecidos, em um crime de cunho patrimonial, por exemplo, contudo, sendo mais rígido quando observar a mesma conduta cometida por pessoas financeiramente privilegiadas⁹⁴.

2.4 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, além de um instrumento importante a ser utilizado na manutenção da ordem estabelecida pela Constituição Federal e na proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos. A proporcionalidade, por isso mesmo, “[...] indica a harmonia e a boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas”⁹⁵.

Segundo Sebastián Mello:

Aristóteles relacionava justiça com proporcionalidade, sendo o justo espécie do gênero proporcional. Logo, é possível aferir que a proporção é meio de busca da equidade, no simbolismo da justiça⁹⁶.

A aplicação da pena ao sentenciado deve ser proporcional a sua culpabilidade, ou seja, retribuir ao condenado o mal causado pelo crime, ela deve guardar estrita relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao condenado,⁹⁷ limitando o poder punitivo do Estado, devendo ser proibida qualquer punição maior do que a suficiente para reprimir, evitando assim violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 210.

⁹⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. In: Schmitt, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador: Edições JusPodivm, 2007. p 101.

⁹⁷ ARIEL DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 212.

humana, das liberdades, das garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais. “A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público”⁹⁸.

Neste sentido, fica claro que há um limite imposto, especialmente ao legislador, que deve obedecer certos critérios na elaboração das normas, para que as mesmas conformem-se com a estrutura constitucional do país. Um desses critérios, estabelecido como um dos mais relevantes, é o princípio da proporcionalidade. Enfatiza-se que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade, sendo assim, o juiz deverá analisar se a aplicação da pena no caso concreto trará mais benefício à sociedade do que malefícios ao condenado, principalmente se a esse for aplicada uma pena privativa de liberdade, nesse último caso, devendo considerar todos os aspectos: danos ao seu corpo físico, mental, psíquico, além dos custos estatais e privados com a manutenção do condenado no cárcere e seu posterior retorno ao seio da sociedade.

Posto isto, é possível concluir que a pena só será adequada se promover a sua finalidade descrita no artigo 59, *caput* do diploma penal⁹⁹, de reprovação e prevenção do delito, se assim não o fizer deve ser afastada, pois será desproporcional.

⁹⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

⁹⁹ **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

2.5 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade é o que dita à inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica durável do delito e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, e que como tal deve ser tratado. É no não esquecimento que o réu é pessoa humana. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.

Na evolução do Direito Penal, a reivindicação da humanização das penas tem sido uma constante. Primeiramente, das penas de mortes e corporais às penas privativas de liberdade e, atualmente, dessas para as penas alternativas¹⁰⁰.

Entende-se, portanto, que este princípio tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral – como a ação judicial – particular - o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo.

No princípio da humanidade, há de se entender que a aplicação das leis penais deve se basear pela tolerância e humanidade, buscando, primordialmente, o bem estar de todos na comunidade e, ainda, dos atingidos pela sanção penal, já que, os últimos não merecem ser excluídos da sociedade somente porque delinquiram, ainda mais se levando em consideração o fim preventivo da pena, qual seja, a ressocialização¹⁰¹.

No texto constitucional pátrio, a parte referente ao princípio da humanidade esta descrita nos art. 5º, inciso XLIX e XLVII:

Art. 5º [...].

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
[...].

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 142.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis¹⁰²;

Na LEP (Lei de Execuções Penais), no art. 3º, *caput* e parágrafo único:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política¹⁰³.

No Brasil, há que se observar que o princípio da humanidade das penas é constantemente violado, principalmente na fase da execução da pena. Nesse sentido, assevera Guilherme Nucci:

[...] não é segredo serem as condições carcerárias no Brasil, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar em autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para se fazer o cumprimento da pena de modo humanizado, podendo os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos do Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios¹⁰⁴.

No entendimento do referido doutrinador, conclui-se que enquanto as penas privativas de liberdade forem indispensáveis para punir certa categoria de criminosos, ou seja, aqueles de periculosidade máxima, deve-se buscar, pelo menos, garantir condições mínimas e dignas de sobrevivência no cárcere, aonde possa se manter o *status* de pessoa humana.

Posto isto, percebe-se que, é justamente na dignidade da pessoa humana que se consolida o fundamento principal do princípio da humanidade das penas. O homem deve ser a medida primeira e última de todas as coisas, motivo pelo qual se deve ter em mente que na categoria dos direitos humanos o Direito Penal é o mais relevante¹⁰⁵.

É preciso, no entanto, não se esquecer, que através da pena a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento do delito. E, como decorrência não se pode deixar ressaltar que o declinável respeito ao princípio da humanidade

¹⁰² BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁰³ BRASIL. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

¹⁰⁵ ARIEL DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 151.

não deve obscurecer a natureza aflagrante da sanção penal, ou seja, e de responsabilidade do delincente por haver violado o direito, fazendo com que este receba a resposta merecida da sociedade em sua maneira e proporção.

Passamos a seguir ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à substituição das penas em restritivas de direito.

CAPÍTULO III - O POSICIONAMENTO DO STF (Supremo Tribunal Federal) EM RELAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS NO TRÁFICO DE DROGAS.

Desde que entrou em vigor a Lei 11.343/06, diversos recursos chegaram aos tribunais superiores, pretendendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mesmo existindo a vedação legal constante nos artigos 44 e 33 § 4º da referida Lei.

Em face às diversas discussões, a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a discutir acerca da constitucionalidade da vedação contida na Lei de drogas. O julgamento foi referente ao *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de um réu, condenado a um ano e oito meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, com base no § 4º art. 33, por portar pequena quantidade de droga (13,4 gramas de cocaína). Ante as diversas críticas doutrinárias, a Suprema Corte, em julgamento realizado no dia 1/9/2010, por seis votos a quatro, admitiu ser possível as penas restritivas de direito no tráfico ilícito de drogas. Dessa forma, julgou inconstitucionais as partes dos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06 que proibiam a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, competindo a cada magistrado em seu caso concreto, analisar se cabe a aplicação ou não.

Passa-se a seguir, a análise dos votos dos ministros no julgamento do referido Habeas Corpus.

3.1 Votos favoráveis à substituição da pena

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto começou seu voto lembrando inicialmente, ter a jurisprudência do Supremo se mantido firme no sentido de admitir a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, por todo o período de vigência da Lei 6.368/76 (antiga lei de drogas), revogada pela Lei 11.343/2006 e, mesmo com o advento da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), citou que o próprio texto constitucional admitiu que o legislador ordinário previsse novas condutas consideradas hediondas, contudo, impôs certo limite, qual seja, a vedação somente poderá recair sobre a graça, anistia e fiança, não podendo proibir as penas restritivas de direito mencionando o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal¹⁰⁶ portanto. Assim, entende o ministro que a própria Constituição retirou do legislador ordinário a possibilidade de prever mais vedações do que as já preestabelecidas pelo legislador constituinte. Isso, pois, as normas que restringem direitos ou garantias fundamentais, como a liberdade, devem ser contidamente interpretadas¹⁰⁷.

Acrescentou que, nessa regra de parâmetro, a Constituição fez clara opção por não admitir tratamento penal ordinário mais rigoroso do que o que nela mesma previsto, subtraindo do legislador comum a possibilidade de estabelecer constringências excessivas daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte, em consonância com o postulado de que a norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive quando de sua primária aplicação pelo legislador comum.

Prosseguindo o voto, entende o Ministro Relator no que se refere o princípio da individualização da pena que o legislador não pode, pura e secamente, subtrair do julgador o poder de individualizar a pena do réu, mesmo que se trate de crime hediondo. Assim, afirmou o Ministro:

Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que

¹⁰⁶ Art. 5º da Constituição Federal - XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

¹⁰⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator.

a ele, juiz, se afigurar como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo¹⁰⁸.

Assentou, ademais, que a garantia constitucional da individualização da pena foi regradada em dispositivo posterior justamente àquele referente aos crimes hediondos, avaliou que, a Constituição o teria feito apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade da individualização em função de cada tipo penal, não recrutando o legislador ordinário para excluir do âmbito da garantia qualquer dos tipos criminais.

Apontou que as penas restritivas de direitos seriam em essência uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Articulou que não por acaso todas elas seriam comumente chamadas de penas alternativas, pois essa seria mesmo a sua natureza, ou seja, constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas gravíssimas e, por vezes, vexatórias sequelas.

Consignou que todas essas proposições ganhariam em clareza se se atentasse para o fato de que a Carta Magna teria prestigiado a liberdade física das pessoas, fazendo do aprisionamento uma exceção (CF, art. 5º, LVII, LXI, LXVI)¹⁰⁹.

Comentou que teria sido exatamente à luz dessa vertente constitucional da convalidação que, por meio da Lei 9.714/88, o legislador ordinário teria ampliado as possibilidades de aplicação de uma outra modalidade de pena substitutiva do aprisionamento, isto é, a pena restritiva de direitos, assim afirmou o Ministro:

[...] no próprio dispositivo em que habilita a lei ordinária a cominar pena privativa ou restritiva de liberdade, a Constituição arrolaria espécies de apenamento que a lei tanto poderia fazer incidir sob o regime da cumulatividade quanto não poderia subtrair do regime de convalidação, isto é, penas que a lei não estaria obrigada a cumular com outras, mas que obrigatoriamente se disponibilizariam para o regime de substituição àquelas que tivessem por conteúdo a liberdade humana¹¹⁰.

O relator realçou, por fim, que, no plano dos Tratados e Convenções Internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, seria conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes, na hipótese de o tráfico se

¹⁰⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. p. 74.

¹⁰⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. p. 75.

¹¹⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. p. 76.

caracterizar pelo seu menor potencial ofensivo, para possibilitar alternativas ao encarceramento.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, observou que uma lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir uma escolha judicial somente tendo por base a natureza jurídica de um crime (natureza hedionda), pois essa não compõe os critérios de individualização da pena. Assim, não há que se confundir a gravidade do crime com a natureza jurídica do mesmo, pois aquela primeira deverá ser analisada concretamente pelo juiz sentenciante¹¹¹.

Afirma ainda, que da mesma forma que a pena de prisão, as penas alternativas também cumprem as funções retributiva e preventiva, cabendo ao juiz, no caso concreto, escolher qual a sanção que será suficiente e eficaz para de um lado, retribuir o mal causado e prevenir a reincidência e, do outro lado, ressocializar e recuperar o condenado, ressaltando que as penas restritivas de direito são uma ótima alternativa para prevenir os efeitos maléficos e estigmatizantes do cárcere.

No sentido de conceder parcialmente a ordem e declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, contida no também aludido art. 44 do mesmo diploma legal, votaram acompanhando o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello.

5.2 Votos desfavoráveis à substituição da pena

O Ministro. Joaquim Barbosa, em voto-vista, iniciou a divergência por considerar que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas estaria de acordo com a Constituição e com a realidade social brasileira, não prejudicando a individualização justa, equânime e adequada da pena cabível nesses crimes, de acordo com o caso concreto.

¹¹¹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. p. 74.

Asseverou que, no ordenamento pátrio, a substituição da pena não caberia em qualquer crime, sendo esta vedada em várias situações (CP, art. 44). Salientou que o Código Penal, ao versar sobre a substituição da pena, fixara as diretrizes a serem observadas pelo juiz no momento de sua aplicação. Consignou, ademais, que o instituto em apreço não derivaria diretamente da garantia constitucional da individualização da pena, haja vista que o ordenamento não outorgaria ao juiz a liberdade ampla de analisar se a substituição seria possível em toda e qualquer situação concreta. Reputou que a garantia da individualização da pena somente seria violada se o legislador estivesse impedido por completo de realizar a individualização judicial nos crimes hediondos em pelo menos um de seus dois momentos: o da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante e o da execução e cumprimento da reprimenda pelo condenado. Assinalou, nesse sentido, que a proibição legal da substituição da pena no delito de tráfico, referir-se-ia apenas a uma diminuição da esfera de atuação judicial na cominação da reprimenda e que não se extinguiria a possibilidade de individualização judicial na fase de sua aplicação. Aduziu que o legislador teria legitimidade para estabelecer limites mínimos e máximos à atuação judicial, na imposição da pena em concreto, e que, por tal motivo, a lei penal poderia impor tanto as penas previstas no art. 5º, XLVI, da CF — tais como, penas privativas de liberdade e restritivas de direitos — quanto outras ali não abarcadas, à exceção das penas constitucionalmente proscritas (art. 5º, XLVII). Concluiu que a garantia da individualização da pena não constituiria impedimento a outras vedações legais e que, se abstraída em demasia, culminaria em situação na qual o legislador não poderia instituir pena alguma, competindo ao juiz individualizar a sanção penal de acordo com o seu julgamento no caso concreto dentre aquelas estabelecidas exclusivamente na Constituição¹¹².

Acompanharam o Ministro Joaquim Barbosa, os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, que seguiram em divergência ao relator.

Após, encerrado os debates, por seis votos a quatro o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente inconstitucional a proibição contida na Lei 11.343/06 em seus artigos 44 e § 4º do art. 33, sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, admitindo assim ser possível as penas

¹¹² BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS n. 97.256/RS, Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Brasília, 01.09.2010. p. 77.

restritivas de direito no tráfico ilícito de drogas, ficando a cargo do juiz de primeiro grau aplicar ou não à substituição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como questão central a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos no tráfico de drogas, onde o delito praticado não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta ao sentenciado não ultrapassar o limite máximo de quatro anos e o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

A pesquisa iniciou-se pelos tipos de penas que hoje são aplicadas a quem comete um delito, passando pelos princípios constitucionais penais, o posicionamento do STF e chegando as estas considerações finais.

Atualmente, percebemos que um dos problemas que mais preocupam a sociedade brasileira é o que se deve fazer com aquela pessoa que agiu de forma ilícita transgredindo as normas ditadas pelo estado. A forma através da qual o infrator será punido tem que ser eficaz e a pena aplicada deve ser justa, uma vez que o condenado deverá estar recuperado ao termino de cumprimento de sua pena e pronto para reincorporar-se à sociedade e não mais agir em desacordo com a lei. Porém, hoje o que se vê no Brasil, no entanto, são instituições penitenciárias conhecidas como ‘‘escolas do crime’’ que não cumprem seu papel ressocializante, sendo tal fato comprovado com as altas taxas de fugas e rebeliões existentes, bem como através das altas taxas de reincidência dos presos brasileiros. No Brasil, sete em cada dez presos que deixam o sistema penitenciário voltam ao crime, ou seja, 70%, uma das maiores taxas de reincidência do mundo segundo o ministro Cezar Peluso.

Está claro para todos nós, que o sistema penitenciário desse país está falido, que a pena privativa de liberdade não recupera o infrator devido às péssimas condições do cárcere bem como as penas aplicadas muitas das vezes são equivocadas, diante desse quadro alarmante surge, portanto, a necessidade que se busquem alternativas quais seja o não encarceramento do infrator de menor potencial ofensivo a fim de que o mesmo possa se recuperar e se arrepender do

delito não mais voltando a delinquir, sendo este tratado como um ser humano que errou e deve refletir sobre seus atos para que não mais os pratique em desacordo com a lei e, dessa forma, possa ser reincorporado à sociedade.

Posto isto, no caso enumerado no presente trabalho monográfico a substituição da pena fica evidente e clara para a ressocialização do condenado, fazendo assim com que a aplicação da pena privativa de liberdade se dê em última circunstancia, fazendo dela uma extrema exceção no cumprimento da Lei.

BIBLIOGRAFIA

ARIEL DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. rev. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**, Parte III, SP, RT, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol I, ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. I, 9º ed. São Paulo: editora Saraiva, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Coleção Pensamento Criminológico, nº 5. Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Ronald Dworkin. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. Ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOULART, Henny. **Penologia**. SP, Editora Brasileira de Direito, s/d, Vol. I.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. vol.I ,10º ed.Rio de Janeiro: editora Impetus, 2008.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. vol.I, 17ºed, São Paulo: editora Saraiva, 2003.

LEAL, César Barros Leal. **Prisão**: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. In: Schmitt, Ricardo Augusto (org.). **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador: Edições JusPodivm, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, 25ª Edição Revista e Atualizada, Atlas. 2007.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial Especial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas penitenciários** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989.

PRADO, Luis Regis. **Multa substitutiva: medida política criminal alternativa**, Revistas dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Christiano Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Eud, 2001.

THOPSON, Augusto, **A Questão Penitenciária**. 5º ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2000.