PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Graduação em Direito

A APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS AOS CRIMES DE TRÁFICO FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Willian de Oliveira Costa

Arcos
2011

Willian de Oliveira Costa

A APLICAÇÃO DE PENAS RETRITIVAS DE DIREITOS AOS CRIMES DE TRÁFICO FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Leda Lúcia Soares

Arcos

2011

Willian de Oliveira Costa

A APLICAÇÃO DE PENAS RETRITIVAS DE DIREITOS AOS CRIMES DE TRÁFICO FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito

_____

Leda Lúcia Soares (Orientadora) – PUC Minas

_____

Examinador (a) – PUC Minas

_____

Examinador (a) – PUC Minas

Arcos (MG), 11 de novembro de 2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por esta oportunidade e por nunca ter se afastado de mim.

Aos meus pais, Raimundo e Zilda por tudo, principalmente pelos ensinamentos que me fizeram tornar o que sou.

À minha irmã, Fernanda, pelo amor incondicional e que, felizmente, posso dizer ser recíproco.

Aos meus tios, que sempre me incentivaram ao estudo, principalmente ao meu padrinho José Valmir, “mirinho”, minha tia Maria Vânia e tio Júnior, que me acolheram quando mais precisava no início dessa caminhada pelo conhecimento.

À minha orientadora Leda, pelas instruções que me possibilitaram a conclusão deste trabalho.

Aos amigos da república, testemunhas oculares do meu esforço.

Agradeço ainda, e como não posso esquecer, aos amigos que conquistei, com os quais tenho passado grande parte do meu tempo, crescido e amadurecido com os aprendizados adquiridos ao longo do curso e que, por mais distante que possam estar, continuarão presentes.

“A superioridade moral e política de uma sociedade livre e democrática consiste justamente em tratar os seus inimigos como pessoas com direitos fundamentais, e não se colocar ao mesmo nível deles.”

Kai Ambos

RESUMO

No presente trabalho realizou-se uma análise das disposições da Lei nº 11.343/2006, especialmente sobre a vedação contida nos Artigos 44 e 33, §4º, quanto a vedação da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os praticantes das condutas previstas nos Artigos 33, caput, §§ 1º e 4º e daquelas capituladas nos Artigos 34 a 37 desse mesmo diploma. Seu objetivo é a demonstração da inconstitucionalidade da referida vedação por violação ao princípio constitucional da individualização da pena e, conseqüentemente, pela afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como, por desobediência à supremacia constitucional com a restrição de um direito fundamental sem prévia autorização da CRFB/88. A proibição contida na citada lei impossibilita ao juiz sentenciante individualizar a pena do agente através da aferição das circunstâncias objetivas e subjetivas. Para a aniquilação de tal óbice necessário é a declaração de inconstitucionalidade da vedação em questão. Neste sentido, a decisão proferida pelo STF sobre o HC 97.256/RS, declarou inconstitucionais as expressões insertas nos Artigos 44 e 33, §4º, que vedam a convolação de penas. Contudo, esta declaração se deu através do controle difuso de constitucionalidade, não vinculando futuras decisões sobre mesma questão.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade. HC 97.256/RS. Lei nº 11.343/2006. Princípio constitucional da individualização da pena. Vedação da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito.

ABSTRACT

In the present work is an analysis of the provisions of Law No 11.343/2006, especially on the fence contained in Articles 44 and 33, § 4, the sealing of the conversion of deprivation of freedom in restricting rights for the conduct of practitioners provided for in article 33, caput, §§ 1 and 4 and those chapters in Article 34 to 37 of that Act. Your goal is to demonstrate the unconstitutionality of that fence for violating the constitutional principle of individualization of punishment and, consequently, the affront to the principles of proportionality and reasonableness, as well as for disobedience to the constitutional supremacy with the restriction of a fundamental right without prior the CRFB/88. The prohibition contained in the said statute precludes the judge sentenciante individualize the penalty of the agent through the measurement of objective and subjective circumstances. For the annihilation of such obstacle is necessary to declare the unconstitutionality of the fence in question. In this sense, the dicision of the Supreme Court on the HC 97.256/RS declared unconstitutional expressions inserts in Articles 44 and 33, § 4, which seal the convolação feather. However, this statement was through the diffuse control of constitutionality, not binding on future decisions on the same issue.

Keywords: diffuse control of constitutionality. HC 97.256/RS. Law No. 11.343/2006. Constitutional principle of individualization of punishment. Sealing the conversão of deprivation of freedom in restricting rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ampl. - Ampliada

atual. – Atualizada

ed. – Edição

nº – Número

p. – Página

rer. – Revisada

v. – Volume

ver. – Verificada

LISTA DE SIGLAS

CPB – Código Penal Brasileiro

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 SOBRE A LEI Nº 11.343/2006 12
2.1 Análises de suas disposições, sobre o uso indevido de drogas e o tráfico ilícito de entorpecentes 12
2.2 Vedações a concessão de benefícios legais 18
2.3 Equiparação do crime de tráfico ilícito de entorpecente à crime hediondo e a figura do tráfico privilegiado 19

3 DAS PENAS E SUAS FINALIDADES 23
3.1 Penas restritivas de direitos 25
3.1.1 Pressupostos necessários para aplicação 28

4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA FINALIDADE 31

5 O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 35
5.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o HC 97.256/RS 35
5.2 Postulado da supremacia da Constituição e vinculação do legislador às normas constitucionais 43
5.3 Necessidade de atuação do judiciário na guarda da Constituição 45

6 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO AO CRIME DE TRÁFICO 48
6.1 Argumentos (doutrinários) em prol da constitucionalidade 48
6.2 Argumentos (doutrinário) em prol da inconstitucionalidade 51

7 CONCLUSÃO 54

REFERÊNCIAS 55

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com a presente pesquisa, o estudo da vedação contida na Lei nº 11.343/2006, quanto à conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos nos crimes de tráfico quando o agente atender aos requisitos do Artigo 44 do CPB.

Diante de posicionamentos sobre quais as condutas típicas previstas na Lei nº 11.343/2006 seria crime de tráfico, procura-se expor a necessidade de se reconhecer o direito à substituição da pena aos agentes criminosos praticantes dos crimes previstos nos Artigo 33, caput, e §1º, e Artigos 34 a 37, bem como, aos que praticarem a conduta prevista no § 4º do Artigo 33, sempre que atenderem aos critérios objetivos e subjetivos para tal.

Através de estudos da legislação pertinente, artigos e revisões bibliográficas, bem como, julgados sobre o tema, principalmente, a decisão do STF sobre o HC 97.256/RS, será analisado ainda o princípio constitucional da individualização da pena, direito fundamental do condenado.

Cada indivíduo, pela sua natural diferença, necessita de tratamento distinto, sendo assim, inviável o tratamento consistente na adoção de um mesmo parâmetro para aplicação da pena a um traficante contumaz e a um eventual, o que acontece na prática por força da proibição.

O que se busca é analisar tal vedação, bem como, a possível extrapolação dos limites constitucionais pelo legislador da Lei nº 11.343/2006, já que, sendo o crime de tráfico equiparado a hediondo, nem mesmo a CRFB/88 elenca, dentre as restrições impostas a essa categoria de crime, a proibição da aplicação de penas restritivas de direitos.

O Poder Público no anseio de inibir crimes acaba por exacerbar seus limites, ao ponto de ferir garantias constitucionais inerentes ao ser humano.

É inegável o prejuízo à saúde pública acarretado pelo crime de tráfico que se alastra por toda a sociedade, o que justifica tal pesquisa. Contudo, não se legitima qualquer violação de direitos fundamentais do condenado por razão da prática do delito em estudo.

Várias são as discussões e entendimentos sobre o tema, muitas delas em torno de políticas sociais necessárias a solução do problema.

Restringir direitos constitucionalmente garantidos não impede que o condenado à pena privativa de liberdade volte ao mundo das drogas após seu cumprimento, sendo a prisão, apenas uma resposta instantânea do Poder Público que tenta resolver a questão após o crime já

cometido, em vez de preveni-lo, com políticas que visem afastar o indivíduo do primeiro contado com as drogas.

Assim, tendo como enfoque o princípio constitucional da individualização da pena, e diante dos vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, este trabalho vem tratar de um assunto de suma importância para toda a sociedade, procurando expor os argumentos existentes e indicar o melhor entendimento sobre a vedação em questão.

2 SOBRE A LEI Nº 11.343/2006

2.1 Análises de suas disposições, sobre o uso indevido de drogas e o tráfico ilícito de entorpecentes

Com o advento da Lei nº 11.343/2006, de 23/08/2006 que entrou em vigor no dia 08/12/2006, em substituição às Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, procurou-se uma melhor forma de regulamentar as drogas em geral.

A lei nº 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreveu medidas para prevenção do uso; para atenção e reinserção social dos usuários dependentes; repreendeu a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas, bem como; definiu os crimes como disposto em seu Artigo 1º. (BRASIL, 2008).

O Artigo 28 adotou a droga como objeto material da conduta, e não substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica como antes era pelo Artigo 16 da Lei nº 6.368/1976. (MORAES; SMANIO, 2008).

Em consonância com o disposto no parágrafo único do Artigo 1º, “considera-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL, 2008, p. 1643).

O Artigo 66 da Lei nº 11.343/2006 dispõe que, para fins do disposto no parágrafo único do Artigo 1º, “denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS, nº 344, de 12 de maio de 1988”. (BRASIL, 2008, p. 1650).

Infere-se daí que as disposições sobre as drogas tratam-se de normas penais em branco por depender de outra norma para delimitação de seu conteúdo.

Damásio de Jesus citado por Morais e Smanio, sobre as normas penais em branco, ensina que estas dependem do complemento de outras normas jurídicas ou de expedição de atos administrativos. (MORAES; SMANIO, 2008).

Em relação às normas em questão, cuida-se de normas penais em branco em sentido estrito, uma vez que o necessário complemento se encontra contido em norma procedente da instância administrativa. (MORAES; SMANIO, 2008).

A Lei nº 11.343/2006 avançou em diversos pontos, como exemplo, a descriminalização do uso de droga para consumo pessoal, que antes era punido como pena privativa de liberdade. Contudo, mantiveram-se vários verbos do tipo, ao todo dezoito, todos se equivalendo ao crime de tráfico, objetivando maior reprimenda a comercialização.

Segundo Bianchini e outros, atualmente, quatro são as tendências político-criminais em relação às drogas e, consequentemente, aos usuários, reconhecidas mundialmente. (BIANCHINI, 2009).

A primeira tendência consiste no modelo norte-americano que prega a abstinência e tolerância zero, adotando o encarceramento massivo como solução a um problema tido como policial e militar. Tal modelo excessivamente repressivo não tem trago resultados concretos.

O modelo liberal radical defende a liberação total das drogas, pois, as conseqüências das punições são diversas de acordo como a condição sócio-econômica dos envolvidos, indo para cadeia apenas os pobres. (BIANCHINI, 2009).

O método de "redução de danos" é o sistema europeu que propaga a necessidade da redução dos danos causados ao usuário e a terceiros, além da gradual descriminação das drogas, entendendo-a como problema de saúde privada e pública. A idéia de redução de danos pode envolver até mesmo a entrega de seringas, demarcação de locais adequados para o consumo, controle do consumo e assistência médica. (BIANCHINI, 2009).

Por fim, a justiça terapêutica propugna a atenção no tratamento. Contudo, o tratamento compulsório não foi previsto na Lei nº 11.343/2006. (BIANCHINI, 2009).

Os autores, sobre o modelo político-criminal adotado na Lei nº 11.343/2006, no que tange ao uso de drogas e, consequentemente, ao usuário, aduzem o seguinte:

> (a) não associação do uso de drogas com a "demonização política e social" (leia-se: o usuário de droga não deve ser visto como um "demônio"); (b) a sobrevivência da sociedade não depende só da política repressiva; (c) a política do uso controlado, como o álcool, pode dar bom resultado; (d) o uso de droga não é assunto prioritário da polícia (sim, de saúde pública). A nova legislação brasileira, no que se relaciona com o usuário, representa um avanço (ao não puni-lo com pena de prisão) e está tendencialmente em consonância com a política européia de redução de danos. (BIANCHINI, 2009, p. 166).

A Lei nº 11.343/2006, em seu Artigo 28, prevê como usuário quem "adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". (BRASIL, 2008, p. 1645).

Nos incisos do mesmo Artigo estão previstas as penas que podem ser: "advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo." (BRASIL, 2008, p. 1645).

Pelo Artigo 27 da mesma lei, as penas previstas para a conduta de uso de drogas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, com a possibilidade de serem substituídas. (BASIL, 2008).

Incorre nas mesmas penas previstas nos incisos do Artigo 28 aqueles que, para o próprio uso, semeia, cultiva ou colhe plantas para preparação de pequenas quantidades de substância capaz de causar dependência de acordo com seu §1º.

Os parágrafos subseqüentes deste Artigo determinam a forma de apuração sobre a destinação da droga; o prazo máximo das penas; a forma de cumprimento; os procedimentos em caso de recusa de cumprimento e; a disposição ao usuário de estabelecimento de saúde. (BRASIL, 2008, p. 1645).

Há diversos entendimentos sobre o fato de o consumo de drogas constituir crime ou não mais se revestir dessa característica.

Bianchini e outros verbalizam no sentido de que a conduta de posse de droga para o consumo pessoal deixou de ser formalmente "crime" sem perder o seu conteúdo de infração (de ilícito). (BIANCHINI, 2009).

Para melhor entendimento, distinguem descriminalização, legalização e despenalização, sendo a primeira, a retirada do caráter criminoso de algumas condutas; a segunda, a descriminalização substancial, deixando de ser ilícito e passando a não admitir qualquer tipo de sanção; e a terceira, a suavização da resposta penal, evitando a pena de prisão, porém sem haver a legalização, mantendo-se o caráter ilícito, sendo exatamente o que ocorreu com a conduta de posse de droga para consumo pessoal. (BIANCHINI, 2009).

Reforçando suas posições, alegam que, de acordo com o Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, somente é crime infração penal a que seja cominada pena de reclusão ou detenção, isoladamente, alternativa ou cumulativamente com pena de multa; e contravenção a infração que lhe seja cominada pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BIANCHINI, 2009).

Dessa forma, tendo em vista a descriminalização formal da conduta de uso de droga, não há que se falar em crime, mas somente em ilícito. (BIANCHINI, 2009).

Em contrapartida, Moraes e Smanio entendem que o fato do Artigo 28 não prever pena privativa de liberdade, não faz com que o caráter criminal da conduta seja extinta, pois, o Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais por serem legislações ordinárias, se limitando a estabelecer critérios de distinção de crime e contravenção, nada impede que lei ordinária superveniente estabeleça outros critérios de distinção ou de determinação de crime. (MORAES; SMANIO, 2008).

Como se depreende, a aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas nunca será cabível, possuindo, as penas aplicadas ao mesmo, a característica de penas alternativas.

O crime de trafico ilícito de entorpecentes encontra-se previsto no Artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, que prevê como praticante de tráfico aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2008).

Os incisos do §1º do citado artigo trazem as condutas equiparadas à prática do tráfico, sendo as seguintes: importar, exportar, remeter produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tenha propriedade, posse, administração, guarda, vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico. (BRASIL, 2008).

Ainda, equipara-se ao tráfico, a semeação, cultivação, ou colhimento, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas destinadas à matéria-prima para a preparação de drogas. (BRASIL, 2008).

As penas cominadas a qualquer das condutas acima descritas é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (BRASIL, 2008).

O §2º do Artigo 33 tipifica a conduta daquele que induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido de drogas, culminando a pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. (BRASIL, 2008).

A conduta do §2º, anteriormente, pela Lei nº 6.368/1976, era equiparada ao crime de tráfico de entorpecentes, inclusive recebendo a mesma pena, havendo, dessa forma, uma redução da pena com o advento da Lei nº 11.343/2006.

Para consumação dessa figura típica do §2º, o uso efetivo é prescindível, não se tratando de ocorrência de participação no crime de tráfico, mas de figura autônoma e equiparada ao trafico. (MARAES; SMANIO, 2008).

Por sua vez o §3º do Artigo 33 prevê a conduta do agente que oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, fixando pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, além do pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos dias multa) dias multa, sem prejuízo das penas do Artigo 28. (BRASIL, 2008).

A previsão do §3º fez distinguir traficante e fornecedor eventual, sendo este fornecedor esporádico de droga à pessoa de seu relacionamento, sem objetivo de lucro e com a intenção de uso conjunto. Presente todas essas circunstâncias, o agente será um fornecedor eventual e não um traficante. (MORAES; SMANIO, 2008).

Já o §4º do Artigo em questão preleciona a possibilidade de redução das penas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) em relação às condutas definidas no caput e §1º, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem mesmo integre organização, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, sendo esta previsão analisada no capítulo “Sobre a Lei nº 11.343/2006”, mais especificamente no subtítulo “Equiparação do crime de tráfico ilícito de entorpecente à crime hediondo e figura do tráfico privilegiado”. (BRASIL, 2008).

Com a capitulação do crime de tráfico, visa-se a proteção da saúde pública, de forma imediata e, mediatamente, a saúde individual de pessoas da sociedade, sendo sujeito passivo a sociedade e sujeito ativo qualquer pessoa, tratando-se, dessa forma, de crime comum, a exceção da conduta de prescrever que necessita uma especial condição do agente, somente praticado por médico ou dentista. (BIANCHINI, 2009).

Por seus vários núcleos verbais, o crime de tráfico é de ação múltipla. O agente ao praticar mais de uma ação típica, por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, no entanto, a pluralidade de verbos será considerada na fixação da pena. (BIANCHINI, 2009).

O delito de tráfico só é punido na forma dolosa, consumando-se com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo, podendo o momento consumativo se prolongar no tempo.

Para a configuração do crime de tráfico, necessário é a prática das condutas descritas em seus artigos definidores do crime sem autorização ou em desacordo com determinação

legal ou regulamentar, como se depreende das redações dos artigos da Lei nº 11.343/2006. (BIANCHINI; 2009)

Infere-se assim que, a utilização de drogas, em alguns casos, será permitida, desde que autorizada ou em atenção à determinação legal ou regulamentar.

Ainda, pelo disposto no inciso I do Artigo 52 da Lei nº 11.343/2006, para a constatação da prática do crime de tráfico, necessário se faz a análise das circunstâncias do fato; a quantidade e natureza da substância ou produto apreendido; o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa; as circunstâncias da prisão; a conduta; a qualificação e os antecedentes do agente. (BRASIL, 2008).

Não se constata na legislação qualquer menção quanto à quantidade de droga apreendida, não configurando este um critério para aferição da traficância ou do porte para uso, como pensam alguns leigos, podendo claro, junto com os demais parâmetros, contribuir para a averiguação da ocorrência do delito.

Previsto pelo Artigo 34 está a conduta daquele que, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, fabrica, adquire, utiliza, transporta, oferece, vende, distribui, entrega a qualquer título, possui, guarda ou fornece, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, com pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. (BRASIL, 2008).

O Artigo 35, bem como, seu parágrafo único, prelecionam a conduta de duas ou mais pessoas que se associam para o fim de pratica reitera ou não dos crimes previstos no artigo 33, caput, e §1º, e 34, indicando, em seu preceito secundário, a pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, se submetendo a mesma pena quem se associa para a prática reiterada do delito previsto no Artigo 36. (BRASIL, 2008).

O conduta do agente que financia ou custeia a prática dos crimes previstos nos Artigos 33, caput e §1º e 34, está prevista no Artigo 36, se submetendo à pena de reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. (BRASIL, 2008).

Também está contido na Lei nº 11.343/2006, em seu Artigo 37, a prática de colaboração, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática dos crimes previstos no Artigo 33, caput e §1º, e 34, com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa. (BRASIL, 2008).

Tendo em vista o disposto no Artigo 44 da Lei em questão, os crimes previstos a partir do Artigo 38 da Lei nº 11.343/2006, não serão objeto de tratamento pela presente pesquisa, pois, nada veda em relação aos mesmos que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritivas de direitos.

2.2 Vedações a concessão de benefícios legais

Dentre as vedações impostas aos praticantes dos crimes de tráfico, está a de aplicação de penas restritivas de direitos em substituição a pena privativa de liberdade, inserta no Artigo §4º do Artigo 33 do diploma legal, com redação da forma que se segue:

> Artigo 33:
> § 4º: Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2008, p. 1646).

Além da proibição transcrita acima, o Artigo 44, em relação aos crimes previstos no Artigo 33, caput e §1º, e Artigos 34 a 37, traz em seu texto as vedações quanto a possibilidade de prestação de fiança, concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como, obsta a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, como disposto a seguir:

> Artigo 44: Os crimes previstos nos artigos 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. (BRASIL, 2008, p. 1647).

Discordando da inclusão dos crimes previstos nos Artigos 34, 35 e 37 como tráfico, Bianchini e outros salientam que, “a equiparação a crime hediondo tem gênese constitucional, não podendo o legislador ordinário suplantar o rol taxativo apresentado pelo constituinte.” (BIANCHINI, 2009, p. 223).

Nos tipos penais dos Artigos 34, 35 e 37 não ocorre o tráfico de drogas propriamente dito, razão pela qual não se deve equipará-los à crime hediondo, mas somente os tipos previstos no Artigo 33, caput, §1º e 36. (BIANCHINI, 2009).

Por não fazer parte do escopo da presente pesquisa o estudo aprofundado de todas as vedações de concessão de benefícios legais contidas na Lei nº 11.343/2006 não será realizado, sendo abordada somente a vedação quanto à conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, contida tanto no §4º do Artigo 33 como no Artigo 44 da referida lei.

Segundo ensinamentos de Bianchini e outros, muito se discutia sobre a possibilidade de convolação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos previsto na Lei nº 11.343/2006. Para uma parcela de doutrinadores, apesar de inexistir vedação expressa na CRFB/88, a substituição de penas seria impossível tendo em vista a previsão de regime integralmente fechado pela Lei nº 8.072/1990. (BIANCHINI, 2009).

No entanto, com o advento da Lei nº 11.464/2007 e com a conseqüente abolição do regime de cumprimento de pena integral fechado para crimes hediondos, tal discussão perdeu sentido, nascendo nova discussão, esta sobre a legitimidade da vedação somente para o crime de tráfico, também equiparado a hediondo o que, para os doutrinadores, é ferir de morte o princípio da isonomia. (BIANCHINI, 2009).

Neste sentido, a intenção da presente pesquisa é verificar a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no §4º do Artigo 33, assim como no Artigo 44, todos da Lei nº 11.343/2006, principalmente por sua possível ilegalidade pela afronta ao princípio constitucional da individualização da pena.

2.3 Equiparação do crime de tráfico ilícito de entorpecente à crime hediondo e a figura do tráfico privilegiado

A CRFB/88 em seu Artigo 5º, XLIII, equiparou o crime de tráfico ilícito de entorpecente aos crimes hediondos previstos nos incisos e no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, assim como também o fez com os crimes de tortura e terrorismo, da seguinte forma:

> **Artigo5º:**
> **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. (BRASIL, 2008, p. 9).**

Pelo texto constitucional acima exposto infere-se a não previsão pela CRFB/88 de quais crimes seriam hediondos, mas somente a eleição dos crimes a estes equiparados, ficando a cargo do legislador elencá-los como assim o fez.

Ensina Rogério Sanches Cunha que, pela Lei nº 8.072/1990 o legislador infraconstitucional elencou os delitos a serem revestidos de maior repulsa, lei esta alterada pelas posteriores Leis nº 8.930/1994 e 9.695/1998, sendo a primeira lei para acrescer o homicídio simples ao rol dos crimes hediondos, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado em qualquer das hipóteses previstas no §2º do Artigo 121 do CPB; e a segunda lei para acrescentar o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, tipificadas no Artigo 273 do CPB. (CUNHA, 2009).

Todavia, a Lei nº 8.930/1994 aboliu da categoria de crime hediondo o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte. (CUNHA, 2009).

Moraes e Smanio salientam que, doutrinariamente, reconhecem-se três critérios para fixação dos crimes hediondos, sendo os seguintes: critério legal, em que o próprio legislador determina de forma taxativa quais são os delitos hediondos; critério judicial, pelo qual o magistrado, em razão da gravidade objetiva do fato, ou até mesmo pela execução do delito, considera no caso concreto a hediondez do delito pela repulsa social provocada, aplicando as conseqüências penais e processuais penais e; critério misto, que conjuga a definição pelo legislador e a consideração do magistrado dependendo do fato concreto. (MORAES; SMANIO, 2008).

No Brasil o critério adotado é o legal, sendo os crimes hediondos definidos pela Lei nº 8.072/1990. (MORAES; SMANIO, 2008).

Dessa forma, o crime hediondo não é o que se revela no caso concreto repugnante, asqueroso, depravado ou horrível, pelas circunstâncias do mesmo, mas sim, aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário. (MORAES; SMANIO, 2008).

Quanto à vedação de concessão de benefícios legais aos que praticam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, além das proibições constitucionais da concessão de fiança, graça e anistia, a Lei nº 8.072/1990 em seu Artigo 2º, I, acresceu a vedação em relação à concessão de indulto, o que torna questionável a extensão pelo legislador infraconstitucional do rol de vedações contido na CRFB/88. (CUNHA, 2011).

Moraes e Smanio ressaltam que, em relação ao crime de tráfico, somente os tipos penais descritos pelos Artigos 33, 35 e 36 da Lei nº 11.343/2006 são considerados assemelhados a hediondos, por corresponderem ao Artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976. (MORAES; SMANIO, 2008).

Contudo, o STF por suas duas turmas, em decisões sobre o HC 75.97 e 70.207, entendeu o crime previsto no Artigo 14 da Lei nº 6.368/1976, correspondente ao atual Artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 (associação para fins de tráfico), não se equipara a crime hediondo, assim, não recebendo as conseqüências previstas pela lei de crimes hediondos. (MORAES; SMANIO, 2008).

Indubitável é a equiparação por determinação constitucional do crime de tráfico aos crimes hediondos. No entanto, quanto à causa de diminuição de pena contida no §4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, os entendimentos são vários sobre o fato de o agente a quem tenha sido reconhecido direito de ter sua pena diminuída com fulcro nesta norma ter praticado um crime hediondo ou não.

Segundo Alexandre Victor de Carvalho, desembargador do TJMG, o tráfico privilegiado não constitui crime hediondo assim como não se configura o homicídio privilegiado e argumenta:

> A Lei 11343/2006 criou a figura do tráfico privilegiado que, tal como o homicídio privilegiado, por exemplo, não é crime equiparado a hediondo, não se aplicando a ele a restrição da Lei 8072/90. Nesse sentido: A figura mais controversa, a nosso ver, será a do art. 33, §4º, que prevê a figura do "tráfico de drogas privilegiado", fixando uma causa de diminuição de pena de 1/6 a 2/3, quando o agente for primário e de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Utilizamos aqui o mesmo raciocínio fixado pela jurisprudência, quanto ao crime de homicídio qualificado-privilegiado não ser considerado crime hediondo. Embora o homicídio qualificado seja crime hediondo, a presença da figura do privilégio não foi prevista no art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90. Este argumento fundado nos precedentes do STJ e STF, que já nos parece convincente o suficiente, é reforçado pela sistematização da norma e da restrição carreada no próprio dispositivo: "vedada a conversão em pena restritivas de direitos. (TJMG, apelação criminal n° 1.0024.07.488163-2/001, Des(a) Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 19/08/008. Data da Publicação: 08/09/2008).

José Henrique Kaster Franco, sobre equiparação do tráfico privilegiado a crimes hediondos entende pela total incompatibilidade do reconhecimento do privilégio e, concomitantemente, a atribuição do caráter da hediondez, e preleciona:

> O Presidente da República, por intermédio do Decreto 6.706, de 22.12.2008, concedeu indulto, sob determinadas condições a condenados pelo crime do art. 33, §

> 4º, da Lei 11.343/06. E agiu corretamente, pois a combinação do art. 33, *caput*, com o parágrafo 4º não pode ser tida como crime hediondo, porque: I) "privilégio" não se harmoniza com "hediondez". São conceitos incompatíveis, ontologicamente inconciliáveis. O legislador resolveu conceder uma diminuição de pena que varia entre 1/6 e 2/3, modificando consideravelmente a pena originária, pois entendeu que o tráfico privilegiado merece resposta penal mais branda, justamente porque o agente envolveu-se ocasionalmente com esta espécie delituosa, não registra antecedentes e não está a usufruir, diuturnamente, dos lucros desta empresa ilícita.II) a pena mínima para o crime privilegiado é de 1 ano e 8 meses. Não é razoável que o tráfico privilegiado, cuja pena mínima é menor do que a pena mínima prevista para o furto qualificado ou para o porte de arma de uso permitido seja considerado crime hediondo. Se o tráfico privilegiado se revestisse de gravidade para justificar a hediondez, o legislador não daria vazão a tal disparidade na previsão da sanção.III) o legislador, ao elencar os crimes hediondos e assemelhados a hediondo na Lei 8072/90 não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, quase unânimes, ensinam que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, justamente porque a Lei 8.072/90 não se refere à figura mesclada, isto é, não se pode estender a lei para fazer hediondo um crime que ali não fora expressamente previsto". (KASTER, 2009).

O reconhecimento ao agente da causa especial de diminuição de pena contida no §4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, teoricamente, significaria também o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos definidos no Artigo 44 do CPB e seus incisos, para aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à privativa de liberdade. Mesmo sendo o entendimento de que o tráfico privilegiado seja crime hediondo, não tornaria impossível a convolação de penas, por falta de expressa vedação pela CRFB/88, bem como, pela Lei nº 8.072/1990.

Assim, pelo princípio e garantia constitucional da individualização da pena, estando preenchidos os critérios elencados pelo Artigo 44 do CPB, necessário se faz a conversão da pena privativa de liberdade, independentemente do crime previsto pela Lei nº 11.343/2006 que o agente tenha praticado, seja o delito do Artigo 33, caput, §1º e §4º, ou mesmo algum dos capitulados nos Artigos 34 a 37.

3 DAS PENAS E SUAS FINALIDADES

A pena é uma sanção penal decorrente da prática de um crime.

Para Rogério Greco, a pena é conseqüência natural imposta pelo Estado quando alguém comete uma ação típica, ilícita e culpável (conceito analítico de crime), abrindo a possibilidade para o Estado fazer valer seu poder/dever de punir, observando sempre os princípios constitucionais. (GRECO, 2009).

Por não ser o escopo da presente pesquisa, a análise aprofundada do conteúdo de cada elemento para a configuração do crime não será realizada.

As penas podem ser: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. (GRECO, 2009).

Cezar Roberto Bitencourt aduz que na antiguidade a privação de liberdade como sanção penal não existiu, servindo apenas como guarda do réu até o julgamento, havendo como sanção penal, as penas de morte, corporais e infamantes. (BITENCOURT, 2003).

Na Idade Média, a privação da liberdade como custódia e não como pena prevalece, tendo a lei penal o objetivo do medo coletivo através de barbáries sangrentas, verdadeiros espetáculos para as multidões. (BITENCOURT, 2003).

Segundo Michel Focault, sobre as atrocidades diante da coletividade, aduz que “fazem da execução pública mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça; ou antes, é a justiça como força física, material e temível do soberano que é exigida.” (FOUCAULT, 1987, p. 43).

Contudo, na Idade Média surgiu a prisão de Estado e a prisão eclesiástica, a primeira destinada aos inimigos do poder, que cometeram traição ou mesmo por serem adversários políticos, e a segunda, reservada aos clérigos rebeldes. Ambas as prisões, foram as precursoras a se destinarem ao cumprimento de penas. (BITENCOURT, 2003).

Nos séculos XVI e XVII, a pobreza se estende pela Europa. Os miseráveis para sobreviverem utilizam-se das esmolas, roubos e assassinatos, iniciando-se, um movimento de transcendência com a criação de prisões destinadas à correção dos infratores. (BITENCOURT, 2003).

Com o Iluminismo, pelas idéias de Beccaria, em sua obra, “Dos Delitos e das Penas” de 1764, começou a ecoar a voz de indignação com relação ao tratamento dado aos seres humanos por seus semelhantes, sendo este o marco para mudança de mentalidade quanto à

cominação de penas, havendo hoje maior preocupação com a integridade física e mental dos condenados. (GRECO, 2009).

O atual CPB, em seu Artigo 33, prevê como espécies de penas privativas de liberdade, a reclusão e detenção, podendo aquela ser executada sob o regime fechado, semiaberto ou aberto, e esta somente sob o regime semiaberto e aberto, sendo a mais marcante diferença entre as espécies. (BRASIL, 2008).

Pelo Artigo 43 do CPB, "as penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III – (Vetado); IV - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana." (BRASIL, 2008, p. 551).

A pena de multa é de natureza pecuniária, devendo o juiz se ater a situação econômica do réu de acordo com o Artigo 60 do CPB, sendo considerado em seu cálculo o sistema de dias-multa de acordo como o § 1º do mesmo Artigo. (BITENCOURT, 2003).

Sobre a finalidade da aplicação das penas, Luiz Regis Prado destaca as seguintes teorias: Teoria Absoluta, para qual a pena é retributiva para compensar o mal causado pelo agente ao praticar o crime, sendo o efeito preventivo alheio a sua essência; Teoria Relativa, segundo a qual a pena possui finalidade preventiva, seja através da prevenção geral, que objetiva, por meio da punição, que sirva de exemplo, evitar futuras ações criminosas dos demais indivíduos, bem como, pela prevenção especial, através da qual, pela punição, evita-se a reincidência do agente punido. (PRADO, 2002).

Predominante na atualidade é a Teoria Unitária ou Eclética, que concilia os fins da retribuição e das prevenções geral e especial. (PRADO, 2002).

Todavia, hodiernamente, não apenas a retribuição e a prevenção são os escopos das penas. Há a intenção da aplicação humanizada das mesmas, principalmente com a humanização do sistema penal, valorizando o agente apenado como ser integral, resgatando valores e o transformando para o retorno de forma harmoniosa e pacífica à sociedade.

Tais objetivos estão sendo atingidos principalmente através do método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) cujo incentivo à implantação no Estado de Minas Gerais é feito pelo Tribunal de Justiça através do Projeto Novos Rumos na Execução Penal. Pelos ótimos resultados obtidos, como o alto índice de recuperação dos agentes, reincidência mínima e baixo custo, esse método é copiado por países como Bulgária, Alemanha, Chile, Estados Unidos, Inglaterra, Noruega, dentre outros. (APAC, 2009).

Sem perder de vista os fins de prevenção e retribuição da pena privativa de liberdade, busca-se através da valorização do ser humano, oferecer ao condenado condições de recuperação e retorno ao convívio social, havendo como objetivo mediato a própria proteção da sociedade. (APAC, 2009).

Neste sentido, indubitável é a importância das penas como forma punitiva e preventiva dos crimes, contudo, não se pode perder de vista a necessidade de recuperação do apenado para seu retorno ao meio social, pois, mais cedo ou mais tarde este cumprirá sua pena e deixará o cárcere, sendo um homem melhor ou pior, dependendo do tratamento a que foi submetido.

3.1 Penas restritivas de direitos

Como já salientado, além das penas privativas de liberdade e de multa, as penas restritivas de direitos, previstas pelo CPB, também constituem penas passíveis de aplicação aos agentes criminosos, constituindo-se penas autônomas e substitutivas das privativas de liberdade, por isso, também denominadas penas alternativas.

Cezar Roberto Bitencourt preleciona que, embora as penas privativas de liberdade tenham contribuído para a humanização da sanção criminal, as penas alternativas reformularam o sistema, sendo penas modernas evitando o desnecessário encarceramento por penas muito curtas. (BITENCOURT, 2002).

Rogério Greco enfatiza a impossibilidade de se encontrar uma pena que venha a substituir a privação da liberdade em crimes mais graves, no entanto, havendo casos em que a substituição se faz possível, evitando-se os males provocados pelo cárcere aos presos que cometeram delitos menos graves e que se encontram juntos a perigosos criminosos. (GRECO, 2009).

O encarceramento de um eventual criminoso em meio a criminosos contumazes traria prejuízos não só para o mesmo, mas também para toda a sociedade que conviveria com a enorme possibilidade do retorno à mesma, não de um simples criminoso, mas sim, de um criminoso em potencial, após o convívio com praticantes dos mais diversos delitos.

Segundo Sandro Marcelo Paris Franzoi, o jornal “O Estado de São Paulo”, em pesquisa publicada na edição de 17 de setembro de 2006, trouxe importantes revelações sobre

o encarceramento. Dos reeducandos condenados a penas alternativas naquele Estado, 87% mantiveram seu trabalho enquanto cumpriam a pena, ocasionando menos pobreza e reincidência de 10%, contra 80% dos ex-presidiários. (FRANZOI, 2006).

Salienta ainda que "esta estatística está diretamente ligada à manutenção do infrator, que não tem perfil de criminoso, no seio da sociedade, integrado a sua comunidade, o que não se vê na sanção carcerária. (FRANZOI, 2006, p. 22).

Existem defensores e críticos das penas alternativas à prisão.

Manoel Pedro Pimentel, citado por Rogério Greco, aduz sobre o fracasso da prisão quanto à recuperação de condenados a penas curtas, devendo o cárcere ser evitado, pois em nada contribuiria para a prevenção geral, somente afastando-o do convívio social. (GRECO, 2009).

Sandro Marcelo Paris Franzoi preconiza a necessidade de propagação de uma mudança de pensamento no corpo social, abrindo espaço para as sanções alternativas ao cárcere e sua aplicação. Tal mudança deve passar por uma ruptura de pré-conceitos, envolvendo sociedade, legislador e aplicadores do direito (magistrados e membros do Ministério Público), afastando a prisão somente àqueles irrecuperáveis. (FRANZOI, 2006).

Na linha de críticos da aplicação de penas alternativas à privação de liberdade, encontra-se Ralf Dahrendorf que, citado por Rogério Greco, aduz que qualquer substituição da pena de detenção estaria socialmente errado, sacrificando-se a sociedade pelo indivíduo, sendo um desestímulo a quem está longe dos crimes. (GRECO, 2009).

As penas alternativas previstas pelo Artigo 43 do CPB são as seguintes:

> Artigo 43: As penas restritivas de direitos são:
> I - prestação pecuniária;
> II - perda de bens e valores;
> III – (Vetado);
> IV - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
> V - interdição temporária de direitos;
> VI - limitação de fim de semana. (BRASIL, 2008, p. 551).

Preleciona o § 1º do Artigo 45 do CPB que a pena de prestação pecuniária consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de valor fixado pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. (BRASIL, 2008).

Nesta sanção, o montante da condenação destina-se preferencialmente à vítima ou a seus dependentes e, excepcionalmente, quando não tiver dano a reparar ou não houver vítima

imediata ou seus dependentes, destinar-se-á às entidades públicas ou privadas com destinação social, de acordo com o §1º do Artigo 45 do CPB. (BITENCOURT, 2003).

Sobre essa espécie de pena alternativa, René Ariel Dotti citado por Rogério Greco, afirma que a previsão constitucional contida no Artigo 5º, V e X, de indenização por dano moral quando haver ofensa a bens personalíssimos, justifica sua existência. (GRECO, 2009).

Rogério Greco verbaliza que a pena pecuniária poderá ser substituída por prestação de outra natureza, podendo ser entendida por prestação outra que não em dinheiro, o que dá azo para a discussão sobre a constitucionalidade de tal possibilidade face o princípio da legalidade. (GRECO, 2009).

Quanto à pena alternativa de perda de bens e valores, a mesma se encontra prevista no inciso II do Artigo 43 do CPB, sendo que, de acordo como o § 3º, se dará em favor do Fundo Penitenciário Nacional, tendo como teto o prejuízo causado pela infração ou do lucro obtido pelo agente ou por terceiro, salvo disposição diversa de legislação especial. (BRASIL, 2008).

Os bens sujeitos a perda podem ser móveis ou imóveis e quanto à valores, os mesmos podem ser tanto a moeda corrente como papéis, a exemplo das ações. (GRECO, 2009).

Luiz Flávio Gomes, citado por Rogério Greco, para a elucidação da diferença entre o confisco e a pena de perda de bens e valores, assevera que, na primeira, só será confiscado os instrumentos e produtos do crime ou mesmo o proveito obtido com eles e, na segunda, a perda será de bens e valores lícitos, que não necessariamente sejam frutos do crime. (GRECO, 2009).

A pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública, prevista no inciso IV do Artigo 43, consiste em pena alternativa aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses, compreendendo a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, levadas a efeito em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, devendo estar as tarefas de acordo com suas aptidões, devendo ser cumpridas de modo a não prejudicar a jornada de trabalho, conforme Artigo 46, §§ 1º, 2º e 3º do CPB. (BRASIL, 2008).

Ainda, segundo o § 4º daquele Artigo, caso a presente pena for superior a 1 (um) ano, o condenado poderá cumpri-la em menor tempo, não inferior a metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 2008, p. 552).

A regra quanto a aplicação da pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública foi excepcionada em relação ao delito de consumo de drogas, previsto no

Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, para o qual poderá ser aplicada pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. (GRECO, 2009, p. 543).

Prevista no inciso V do Artigo 43 do CPB, a pena alternativa de interdição temporária de direitos segundo Artigo 47 do mesmo diploma é: a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar determinados lugares. (BRASIL, 2008).

A pena de limitação de fim de semana, prevista pelo Artigo 48 do CPB, consiste na obrigação do condenado em permanecer aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (BRASIL, 2008).

Pelo parágrafo único do mesmo Artigo, durante a permanência do condenado no albergue ou estabelecimento adequado, poderão ser ministrados cursos e palestras ou atividades educativas. (BRASIL, 2008).

Diante das várias penas restritivas de direitos possíveis de serem aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade, resta claro a intenção do legislador em buscar um modo de punição diverso da privação da liberdade que muitas vezes se mostra insatisfatório, principalmente em relação a penas de curta duração.

Nem sempre a pena de prisão contribui para a recuperação do agente, podendo ser, pelo contrário, fator determinante para que o mesmo volte a delinqüir, após desumano tratamento atrás das grades.

Dessa forma, as penas restritivas de direitos, como alternativas à prisão, de acordo com as reais condições do agente criminoso e das circunstâncias da conduta por ele praticada, após aferição pelo juiz, poderão se mostrar eficientes à sua recuperação e ao preparo ao retorno à sociedade.

3.1.1 *Pressupostos necessários para aplicação*

Para a convolação da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, estas previstas no Artigo 43 do CPB, necessário se faz o atendimento a pressupostos objetivos e subjetivos pré-estabelecido em lei.

Pelo inciso I do Artigo 44 do CPB, as penas restritivas de direitos são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, não podendo o crime ser cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, em caso de crime culposo, poderão ser aplicadas independentemente da quantidade de pena. (BRASIL, 2008).

Prevê os incisos II e III deste mesmo artigo que, para a aplicação dessa espécie de pena, o réu não poderá ser reincidente em crime específico, bem como, a sua culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e os motivos e circunstâncias deverão indicar a suficiência da substituição. (BRASIL, 2008).

Como revelado pelo inciso II do Artigo 44 do CPB, não é qualquer reincidência que desautorizará a aplicação de pena alternativa, mas sim, a reincidência dolosa com a prática do mesmo crime.

A previsão do inciso I quanto à quantidade de pena; o modo de execução do crime; e a natureza culposa do delito indica os requisitos objetivos exigidos para a conversão, enquanto as previsões dos incisos II e III sobre as características intrínsecas ao agente correspondem aos requisitos de ordem subjetiva para tal.

As penas restritivas de direitos por serem substitutivas das de privação de liberdade, inclusive chamadas de penas alternativas, somente poderão ser aplicadas após a fixação dessa última.

Rogério Greco, sobre a aplicação das penas alternativas, ensina que, a fim de encontrar a pena base para o delito, o juiz deverá analisar todas as circunstâncias do Artigo 59 do CPB. Ao final das três fases, concluindo pela aplicação da pena não superior a 4 (quatro) anos e atendendo o sentenciado aos pressupostos subjetivos, o juiz decidirá sobre a substituição. (GRECO, 2009).

Preleciona o § 2º do Artigo 44 do CPB que, na condenação até 1 (um) ano, a substituição poderá se dar por multa ou por pena restritiva de direitos; se superior a esse tempo, a substituição poderá se dar por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (BRASIL, 2008).

Ao condenado reincidente, por força do § 3ª do Artigo 44 do CPB, poderá ser aplicada pena alternativa desde que a reincidência não seja pela prática do mesmo crime, assim como, em face da condenação anterior a substituição seja socialmente recomendável. (BRASIL, 2008).

Em caso de descumprimento injustificado da pena substitutiva imposta, a mesma será convertida em privativa de liberdade, sendo deduzido o tempo já cumprido da pena restritiva,

respeitando saldo mínimo de detenção ou reclusão, de acordo com o Artigo 44, § 4º do CPB. (BRASIL, 2008).

Havendo nova condenação à pena privativa de liberdade, caberá ao juiz da execução decidir sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível o cumprimento pelo condenado da pena alternativa anterior, conforme disposto no Artigo 44, § 5º do CPB. (BRASIL, 2008).

Sobrevindo decreto condenatório há a necessidade de averiguar se este se deu por fato anterior ou posterior a substituição da pena privativa de liberdade. Se o crime foi cometido anteriormente, terá aplicação o §5º do Artigo 44 do CPB e, se praticado posteriormente, a pena substitutiva deverá ser convertida em privativa de liberdade pela mostra de inaptidão do condenado para cumprir pena diversa. (GRECO, 2009).

O Artigo 55 do CPB instrui que as penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdições temporárias de direitos e limitação de fim de semana terão mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, com exceção do disposto no § 4º do Artigo 46. (BRASIL, 2008).

No que tange ao delito de consumo de drogas, previsto no Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o tempo de cumprimento de pena restritiva de direitos será de 5 (cinco) ou 10 (dez) meses, conforme disposições dos §§ 3º e 4º, por não possuir a natureza de pena substitutiva à pena de privação de liberdade, afastando-se, dessa forma, o disposto no Artigo 55 do CPB. (GRECO, 2008).

Assim, além das penas restritivas de direitos serem alternativas ao cárcere, principalmente nos casos de condenação em tempo menor, há a necessidade de obediência à certas condições.

Não sendo atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos, o condenado não terá o direito de ver sua pena privativa de liberdade substituída, principalmente por se mostrar desprovido de índole que aconselhe a substituição.

4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA FINALIDADE

E cediço que dentre os diversos princípios que permeiam do direito penal, existe o princípio constitucional da individualização da pena inserido no rol dos direitos e garantias fundamentos previstos pela CRFB/88, mais precisamente no Artigo 5º, XLVI, que ainda preleciona a sua regulamentação por lei.

Luís Roberto Barroso, sobre a importância dos princípios constitucionais, preleciona que são "as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos". (BARROSO, 2001, p. 151).

Para Guilherme de Souza Nucci, o cumprimento do principio constitucional da individualização da pena, tem por finalidade preservar a dignidade da pessoa humana. (NUCCI, 2007).

Segundo Ionilton Pereira do Vale, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias para o retorno do condenado ao convívio social, sendo fulminado pelos valores humanos qualquer enfoque segregacional. (VALE, 2007).

Ainda sobre o princípio em questão, o autor salienta a necessidade de sua aplicação em cada caso concreto, aduzindo que "com a previsão da individualização da pena, estabelece o legislador, que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinqüente a exata medida punitiva pelo que fez." (VALE, 2008, p. 460).

Individualizar a pena significa a eleição de uma sanção ao mesmo tempo justa e adequada quanto ao montante, perfil e efeitos sobre o sentenciado, tornando-o único e diferente dos demais infratores, evitando, dessa forma, a padronização da pena, que prescindiria da figura do juiz. (NUCCI, 2007).

A individualização se dá em três momentos: a) individualização legislativa: individualização da pena feita pelo legislador no momento de criação do tipo penal incriminador, momento em que fixa a espécie de pena (detenção ou reclusão), bem como, os limites de duração da pena, dentre outros aspectos; b) individualização judicial: que ocorre na sentença condenatória, com a fixação concreta da pena dentre os limites impostos pelo legislador, fixando ainda, o regime e eventuais benesses e; c) individualização executória: que se desenvolve na execução penal. (NUCCI, 2010a).

Na fase de individualização pelo legislativo, o legislador deve obedecer três princípios básicos: a) princípio do in dúbio pro libertate, que orienta sobre a necessidade de renúncia à criminalização quando há dúvidas quanto à lesividade, bem como, a necessidade de descriminalização de condutas que não mais necessite de reprimenda, atendendo à noção do direito penal mínimo; b) princípio da tolerância, que indica a aceitação de um mínimo de conflito social diante de uma sociedade pluralista e; c) princípio da abstenção de tarefas de ingerência social, que determina que a tomada de decisões legislativas seja livre do clamor social, impedindo decisões com o fim de modificar comportamentos sociais não desviados, assumindo uma política criminal com função de transformação social. (VALE, 2008).

Na fase judicial se dará, primeiramente, pela fixação da pena-base conforme determinação do artigo 68 de atendimento ao critério do Artigo 59 (circunstâncias judiciais); em seguida, pela consideração das circunstâncias agravantes e atenuantes e; por fim, pela consideração das causas de aumento e diminuição de pena. (GRECO, 2009).

Quanto à individualização na fase de execução, vale frisar que, a execução penal é o momento do efetivo cumprimento do que se impôs ao apenado em sentença, ocasião.em que se faz valer a ordem contida na sentença condenatória, impondo-se, efetivamente, a pena cominada, seja ela, a privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.” (NUCCI, 2010a).

Na fase de execução da pena com base no Artigo 5º da Lei nº 7.210/1984, “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal”, conseguindo-se, dessa forma, dar a cada preso uma pena que seja a necessária e suficiente para sua reinserção social. (BRASIL, 2008, p. 1324).

Mirabete, citado por Rogério Greco, quanto ao tema preleciona que a execução da pena não pode ser igual para todos os presos pela simples razão de serem diferentes, devendo ser executada de acordo com as respostas do condenado, assim havendo verdadeira individualização da pena nessa fase. (GRECO, 2009).

Rogério Greco, sobre a necessária e correta individualização da pena nessa fase, preleciona:

> Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme a condições pessoais de cada um. (GRECO, 2009, p. 73).

Com o que até o momento foi exposto sobre o princípio da individualização da pena, percebe-se que este possui aplicação em três momentos distintos, contudo, para a presente pesquisa, a sua aplicação mais nos interessa na fase judicial, quando se aplica, no caso concreto, a pena abstrata previamente determinada pelo legislador.

É o momento da individualização judicial que mais se evidencia o efeito da vedação quanto a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, pois, havendo tal proibição o juiz do processo de conhecimento muitas vezes abstém-se quanto à conversão.

Deixar de aplicar penas restritivas de direitos presentes os requisitos objetivos e subjetivos para tal, é flagrante afronta ao princípio e garantia fundamental em questão, negando-se a sua vigência.

Ticiano Figueiredo verbaliza que com a decisão do HC 97.256/RS quanto à possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos em substituição a pena privativa de liberdade, reconheceu-se a inconstitucionalidade da não individualização da pena feita pelo legislador quando da elaboração da Lei nº 11.343/2006. (FIGUEIREDO, 2010).

Impossibilitado está o legislador de criar uma vedação genérica e abstrata que desconsidere as circunstâncias específicas do caso concreto, impedindo, assim, a individualização da pena. (FIGUEIREDO, 2010).

Sandro Marcelo Paris Franzoi argumenta que individualizar significa particularizar uma situação dentro de um grupo e não padronizar. Com a vedação da conversão da sanção privativa de liberdade em restritiva de direitos, o legislador retira do julgador a possibilidade de análise concreta do merecimento do condenado em detrimento de seu direito a individualização da pena. (FRANZOI, 2006).

Não se vê com bons olhos a proibição contida na Lei nº 11.343/2006, pois, subtrai-se do juiz a possibilidade de conversão da reprimenda privativa de liberdade. (FRANZOI, 2006).

Dessa forma, como se deu na decisão do HC 97.256/RS, não sendo convolada a pena, mesmo presentes os requisitos do Artigo 44 do CPB, após o reconhecimento ao agente desse direito, incumbido dessa tarefa estará o juiz da execução, pois, a ele também cabe a função de individualizar a pena.

Porém, como já salientado, a decisão quanto à inconstitucionalidade da vedação não produziu efeito vinculante, como será demonstrado a seguir em análise integral da declaração, sendo plenamente possível entendimentos sobre a legalidade das proibições com a

conseqüente negativa de substituição da pena privativa de liberdade, mesmo presentes os pressupostos legais para conversão e o entendimento do STF pela inconstitucionalidade.

5 O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o HC 97.256/RS

Vários são os julgados que negam a aplicação das penas restritivas de direitos aos traficantes.

A convolação é negada mesmo sendo os praticantes do crime de tráfico primários e de bons antecedentes, não se dedicando à atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, conforme disposto no Artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. (BRASIL, 2008).

Apesar de preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos elencados pelo artigo 44 do CPB e seus incisos, muitas das vezes há a negativa da convolação de penas unicamente para o atendimento ao clamor da sociedade por uma maior reprimenda.

Tal diversidade de entendimentos quanto a possibilidade ou não da conversão, se deve pelo fato da questão quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da vedação não estar plenamente definida, cabendo vários posicionamentos plenamente válidos quanto ao tema.

As maiorias das decisões que reconhecem válida as vedações quanto à aplicação de pena restritivas de direitos são dos juízos de primeira e segunda instância e tais posicionamentos prevalecem mesmo após o posicionamento do STF quanto a inconstitucionalidade das vedações.

Neste sentido, é o julgado a seguir do TJMG que negou a concessão da substituição da pena privativa de liberdade ao condenado pela conduta prevista no § 4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 entendendo a conversão como incompatível com um delito equiparado a crime hediondo:

> EMENTA: TRÁFICO - REGIME PENITENCIÁRIO - CRIME HEDIONDO - TRÁFICO PRIVILEGIADO - INEXISTÊNCIA - CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA QUE NÃO AFASTA A NATUREZA DO DELITO - REGIME INICIALMENTE FECHADO - OBRIGATORIEDADE. A Lei Federal 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei Federal 8.072/90, passou a determinar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, sendo o tráfico crime equiparado constitucionalmente, o que desautoriza a conclusão de que o regime inicial da pena possa ser diverso daquele previsto na lei, ainda que aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º ao art. 33 da Lei Federal 11.343/06 que não afeta ou descaracteriza o crime como hediondo, se mostrando ilegal a fixação do regime diverso daquele declinado na norma que é plenamente vinculada, assim como a concessão de substituição da pena privativa de

> liberdade e do 'sursis', que são com ela incompatíveis. Recurso provido em parte. (TJMG. Apelação Criminal n° 1.0024.09.653242-9/001 - 1ª Câmara Criminl. Data do Julgamento: 22/02/2011. Data da Publicação: 08/04/2011. Rel. Des(a). Judimar Biber).

Como exposto no julgado acima, mesmo após o entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, há julgados negando a convolação, exatamente pelo fato da decisão do Supremo não ter produzir efeito vinculante sobre as posteriores decisões, sendo apenas uma declaração incidental de inconstitucionalidade.

Antes mesmo do posicionamento do STF sobre o tema, inclinando-se pela sua inconstitucionalidade, julgados do STJ e até mesmo do próprio Supremo já vinham entendendo pela possibilidade da aplicação das penas restritiva de direitos, da forma que se segue:

> Drogas (normas para repressão). Conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Conversão (possibilidade).**1.** Não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinquentes sem periculosidade. **2.** As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso. **3.** O agravamento das penas, bem como a adoção de regime mais rigoroso para o seu cumprimento, por si sós, não constituem fator de inibição da criminalidade. **4.** Admite-se, em hipóteses tais, o emprego do art. 44 do Cód. Penal; em caso assemelhado, ver o HC-32.498, de 2004. **5.** De mais a mais, se a progressão de regimes (cumprimento da pena) tem a ver com a garantia da individualização da pena, de igual modo, é óbvio, a substituição – as penas privativas de direitos substituem as privativas de liberdade. **6.** Ordem concedida, admitindo-se a conversão de uma noutra pena menos gravosa. (STJ. Rel. Min. Nilson Naves – sexta turma. HABEAS CORPUS Nº 118.776 - RS (2008/0230619-8. DJE 20/08/2010)
>
> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL.TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida.(STF. HC 102.678. DJE Nº 71 DE 23/04/2010 REL. MIN. EROS GRAU).

Mas foi no julgamento do HC 97.256/RS pelo pleno do STF que se solidificou o entendimento sobre a inconstitucionalidade das vedações, contudo, valendo apenas para o caso em questão, ou seja, não gerando efeito vinculante para as decisões futuras, mas apenas

deixando claro a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos nos crimes de tráfico, preenchidos os requisitos pelo condenado para tal.

O referido Habeas Corpus com pedido liminar para suspensão da execução da pena imposta ao paciente foi impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu como constitucional a vedação quanto à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ao condenado pelo crime de tráfico, tendo tal vedação apenas o intuito de maior punição aos agentes.

No Superior Tribunal de Justiça a Defensoria Pública teve negada a aplicação de pena restritiva de direitos ao condenado a 1 ano e 08 meses pela prática do delito previsto no Artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, por entender a proibição quanto a conversão como plenamente constitucional.

Irresignado com a decisão do STJ, a Defensoria Publica alegou ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da citada vedação face o princípio constitucional da individualização da pena; a garantia constitucional de que a lei não excluirá do poder judiciário lesão ou ameaça a direito; bem como, diante do princípio da proporcionalidade.

A questão foi submetida ao plenário do STF.

Carlos Ayres Britto, enquanto Ministro do STF e relator da decisão, concedeu a ordem declarando incidentalmente, por seis votos a quatro, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no Artigo 33, §4º e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" expressa no Artigo 44 do mesmo diploma.

A seguir, a ementa da referida decisão do STF que decidiu sobre a inconstitucionalidade das vedações:

> HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta

> com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113, p. 27).

Pelo entendimento de Carlos Ayres Britto, a Constituição, embora tenha conferido à lei o complemento dos crimes hediondos, bem como, a regulação da individualização da pena, acabou por fazê-lo impondo um limite material, qual seja, a não concessão de fiança, da graça e da anistia, não se referindo em nenhum momento sobre a vedação da conversão de pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. (BRITTO, 2010).

Segundo o eminente Ministro, a proibição da conversão estaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no Artigo 5º, XLIV, da CRFB/88, ao dar o mesmo tratamento a condutas diferentes, ponto crucial para a tomada da decisão quanto à inconstitucionalidade.

Nesse sentido, ressaltou:

> Uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a concreta incidência da alternatividade; severidade jurisdicional sindicável tão-só pelos vetores da razoabilidade e da proporcionalidade. Outra coisa, porém, é proibir ao julgador, pura e secamente, a convolação da pena supressora da liberdade em pena restritiva de

> direitos. Opção que a encarecida garantia da individualização da reprimenda, exatamente por ser a antítese da desindividualização, não tolera. (BRITTO, 2010, p. 25).

Eros Grau, citado por Carlos Ayres Britto em decisão sobre o mesmo tema vocalizou que o Congresso Nacional, a quem primeiro se dirige o princípio da individualização da pena, não pode impedir o julgador de individualizar a pena do condenado por crime hediondo em cada caso concreto. (BRITTO. 2010).

Nada se excetuou na CRFB/88 quanto a individualização da pena, seja por razão de atividade legislativa, nem mesmo por motivo da fase de dosimetria da pena e sua execução, cuidando-se de enunciado constitucional que não enquadra como normas restringíveis ou, na linguagem de José Afonso da Silva, normas de eficácia contida, pois insuscetível de contração no seu núcleo deôntico ou de intransigente proteção individual. (BRITTO, 2010).

O relator, fundamentando seu entendimento, argumentou sobre os tratados e convenções internacionais que versam sobre os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Tais diplomas visam tratamento diferenciado ao crime de tráfico. Um exemplo é a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substância Psicotrópicas, norma supra-legal incorporada pelo direito interno pelo Decreto 154 de 26 de junho de 1991, que prevê no Artigo 3º, § 4º, alínea "c", a aplicação de outras medidas (penas alternativas/restritivas de direitos) às infrações menores, substituindo condenações e sanções penais mais rigorosas. (BRITTO, 2010).

Nesse diapasão, Carlos Ayres Britto, concedeu parcialmente o habeas corpus para remover o óbice dos Artigos 44 e 33, § 4º, ambos da lei nº 11.343/2006 no tocante aos pontos dos mesmos que vedam a conversão de pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Declarou ainda incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, das referidas vedações, determinando ao juízo da execução a análise dos requisitos do paciente para a conversão de sua pena. (BRITTO, 2010).

Sendo este o entendimento do relator, passou-se ao voto do Ministro Joaquim Barbosa que, com pedido de vênia ao relator, divergiu do mesmo sobre a questão.

Joaquim Barbosa, em seu voto, argumentou sobre a impossibilidade de substituição da pena, não derivando o instituto da individualização da pena diretamente da Constituição, mas sim, de leis que expressamente autorizem tal substituição. (BARBOSA, 2010).

O ordenamento jurídico não outorga aos juízes ampla liberdade quanto à análise dos requisitos para a possibilidade ou não da conversão da pena, citando ainda os exemplos dos crimes cometidos mediante violência e grave ameaça e sob a incidência do Artigo 44, § 3º do

CPB, para os quais a lei proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (BARBOSA, 2010).

Com os argumentos proferidos em seu voto, Joaquim Barbosa chega à conclusão de que existem crimes muito menos graves que o tráfico, como exemplo, o crime de roubo, roubou simples e lesão corporal grave em que, não se permite a aplicação das penas restritivas de direitos. Assim, por qual razão não poderia vedar então a aplicação dessa pena em crime muito mais grave que reconhecido inclusive pela Constituição. (BARBOSA, 2010).

Dessa forma, para o eminente julgador, o princípio da individualização da pena não é violado, pois, a individualização não foi totalmente impedida.

Neste sentido, o Ministro expôs que a garantia só seria violada se houvesse impedimento completo da individualização judicial nos crimes hediondos, seja no momento de aplicação da pena prevista pelo juiz, com o legislador definindo a espécie de pena aplicável ou, no momento da execução e cumprimento de pena pelo condenado.

A vedação somente acarretou uma diminuição da esfera de atuação do juiz sentenciante, sendo a vedação concernente apenas à uma espécie de pena, qual seja, a pena restritiva de direitos, vedação também existente quanto à outros crimes, pelo fato da CRFB/88, em seu Artigo 5º, XLVI, conferir ampla atuação ao legislador, pela sua redação, optando este pela pena privativa de liberdade como sanção para o crime de tráfico. (BARBOSA, 2010).

Salientou ainda que, a vedação quanto à aplicação de penas restritivas de direitos configura-se como política criminal, situada, portanto, na esfera de deliberação do poder legislativo, promovendo igualdade de tratamento entre os crimes hediondos, estando de acordo com a constituição e a realidade brasileira, não violando o princípio da individualização da pena. (BARBOSA, 2010).

A Ministra Cármen Lúcia, por não vislumbrar a inconstitucionalidade, acompanhou o voto de Joaquim Barbosa, para denegar a ordem, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowki seguiu o voto do relator, segundo o mesmo, por duas razões básicas, expostas a seguir:

> Em primeiro lugar o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição estabelece que a lei regulará:
> Art.5º.....
> XLVI – a lei regulará a individualização da pena...
> Então não há espaço para uma lei que nega, que vede, que impeça essa individualização como ocorre no caso. Parece-me que uma lei que veda a individualização e afasta a possibilidade de aplicação de penas alternativas fere, como disse também o ilustre Ministro Carlos Britto, o princípio da proporcionalidade e até da razoabilidade. (LEWANDOWSKI, 2010, p. 64).

Assim, Ricardo Lewandowski, entendendo pela inconstitucionalidade de tais vedações, acompanhou o entendimento do relator.

Gilmar Mendes, em voto, ressaltou que a individualização da pena é um direito fundamental, bem como, a incongruência de ao mesmo tempo o Artigo 33, §4º reconhecer o menor potencial do delito e impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (MENDES, 2010).

César Peluso, fora de seu voto, explanou o entendimento de Gilmar Mendes, levando em conta pesquisa sobre o tráfico de drogas realizada pela UFRJ e UnB, financiada pelo Ministério da Justiça, concluindo que na maioria das vezes a condenação a pena restritiva de liberdade leva ao cárcere pessoas que certamente não voltariam a delinquir. (PELUSO, 2010).

Nesse diapasão, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o objetivo do Tribunal não é a liberação geral, mas a devida avaliação pelo juiz. (MENDES, 2010).

Ellen Gracie e Marco Aurélio conforme entendimento de Joaquim Barbosa, também denegaram a ordem.

Pelo Ministro Marco Aurélio, a CRFB/88, ao prever a impossibilidade de fiança nos crimes hediondos, dentre estes, incluindo-se o tráfico, veda também a liberdade provisória em caso de flagrante. Assim, não se pode conceber que, após a fixação da sentença, venha o condenado, após todo o tempo de cárcere, a ter sua pena convertida, e simplesmente posto em liberdade. (AURÉLIO, 2010).

Cezar Peluso, em sede de voto, acompanhou a relatoria, entendendo pela violação do princípio da individualização da pena.

Por sua vez, o ilustre julgador salientou que, a lei, pela natureza do crime, não pode impedir o juiz de individualizar a pena, sem alterar o sistema, assim como, frisou sobre a diferença entre gravidade do crime e natureza do crime. (PELUSO, 2010).

A gravidade do crime é auferida em concreto pelo juiz, motivo da previsão do Artigo 44 do CPB quanto ao máximo de pena (pena não superior a quatro anos) e, a natureza do crime não compõe os critérios para a individualização da pena, configurando apenas impedimento ao juiz no momento da conversão. (PELUSO, 2010).

Ainda, em diálogo com Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso reforçou seu entendimento alegando da forma que se segue:

> ...consta do trecho que Vossa Excelência transcreveu no seu voto – e que recordo agora -, em remissão ao saudoso e falecido Assis Toledo, o qual dizia que, de outro

> modo, o juiz ficaria impedido de tratar diferentemente o caso do grande traficante que está preso e o caso da sua companheira que, no dia da visita, leva para ele uma pequena trouxinha de maconha! Ambos seriam tratados igualmente pelo sistema! Isso pode até ser irrelevante do ponto de vista teórico, mas do ponto de vista concreto, de justiça concreta, a meu ver, fere, com o devido respeito, o princípio d individualização. (PELUSO, 2010, p. 75).

Nessa linha de entendimento, o Ministro concedeu a ordem.

Após o voto de Cezar Peluso, o Tribunal deferiu liminar, por unanimidade, para determinar expedição de alvará de soltura do paciente até que o julgamento fosse concluído com o voto do Ministro Celso de Mello, que se encontrava ausente, ficando o julgamento suspenso. (PELUSO, 2010).

Com o retorno do Ministro Celso de Mello, este se manifestou sobre a questão posta em votação.

O mesmo externou seu entendimento pela possibilidade da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, competindo ao juiz a análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à convolação. (MELLO, 2010).

Já em seu voto, argüiu que a vedação colide com a garantia da individualização da pena, o que já é reconhecido pela doutrina e jurisprudência. (MELLO, 2010).

O Poder Público está condicionado pelo princípio da razoabilidade, não podendo este agir imoderadamente, principalmente sobre matéria de liberdade individual, havendo sempre uma limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. (MELLO. 2010).

Para o Ministro, o princípio da proporcionalidade também deve ser verificado no âmbito da atuação estatal, proibindo excessos e o livre arbítrio, assim dizendo:

> ...o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do poder público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo.
> ...este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, como o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. (MELLO, 2010, p. 96/97).

Deste modo, entendendo como inconstitucional e acompanhando a relatoria, concluiu pela necessidade de censura pelo STF da vedação contida nos Artigos 44 e 33 §4º da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a violação de preceito constitucional, devendo, quando atingidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no Artigo 44 do CPB, ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. (MELLO, 2010).

Vale reforçar que a declaração de inconstitucionalidade no julgamento do HC 97.256/RS, valeu somente para aquele caso concreto.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, não concedeu ao paciente a conversão de sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, mas apenas decidiu sobre as vedações contidas na Lei nº 11.343/2006 e determinou ao juízo da execução a análise dos requisitos objetivos e subjetivos para tal convolação.

5.2 Postulado da supremacia da Constituição e vinculação do legislador às normas constitucionais

O STF ao decidir sobre o HC 97.256/RS reconheceu a inconstitucionalidade da vedação contida nos Artigos 33, §4º e 44 da Lei nº 11.343/2006 por afronta ao princípio constitucional da individualização da pena.

Carlos Ayres Britto, em sede de voto, como já exposto, explanou seu entendimento no sentido de que a Constituição, ao conferir à lei o complemento dos crimes hediondos e a regulamentação da individualização da pena, impôs um limite material, sendo a não concessão da fiança, graça e da anistia, não se referindo a vedação de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direito, estando a proibição a violar o princípio constitucional em questão, por dar o mesmo tratamento a condutas diferentes. (BRITTO, 2010).

Nesse sentido, ressaltou a diferença entre o estabelecimento de condições mais severas para a possibilidade de convolação das penas e a pura e seca proibição ao julgador da substituição, configurando-se esta última em verdadeira desindividualização da pena. (BRITTO, 2010).

Infere-se assim, que o legislador ordinário extrapolou os limites constitucionais, legislando além do limite posto pela constituição ao vedar a aplicação de penas restritivas de direitos a algumas condutas típicas previstas na Lei nº 11.343/2006.

Segundo Luís Roberto Barroso, a constituição ocupa posição suprema no ordenamento jurídico, e preleciona:

> Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de

> vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Na prática brasileira, já demonstramos em outra parte, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas. (BARROSO, 2011, p.158).

Dessa forma, todas as normas jurídicas deverão obedecer aos preceitos constitucionais para terem validade.

José Afondo da Silva ensina que existem duas formas de inconstitucionalidade, quais sejam: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. (SILVA, 2006).

A inconstitucionalidade por ação ocorre pela contrariedade de normas ou princípios constitucionais pela produção de atos legislativos ou administrativos. O fundamento dessa inconstitucionalidade se encontra no fato de que, pelo principio da supremacia da constituição, deverá haver a compatibilidade vertical das normas jurídicas. As normas de grau inferior serão válidas quando compatíveis com as de grau superior, no caso a constituição. Quando não houver a referida compatibilidade, as normas inferiores serão inválidas, prevalecendo as superiores. (SILVA, 2006).

No caso de existência da incompatibilidade vertical, também chamada inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, esta poderá se dar formalmente ou materialmente: formalmente quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou sem a observância das formalidades ou procedimentos legais dados pela constituição e; materialmente, quando da ocorrência de contrariedade de preceito ou princípio constitucional pelo conteúdo dos atos legislativos ou administrativos. (SILVA, 2006).

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão é verificada nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários à tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. (SILVA, 2006).

Assim, verifica-se que quanto à vedação em questão contida na Lei nº 11.343/2006, ocorre a inconstitucionalidade por ação na modalidade material, não só pela norma proibitiva contrariar um princípio constitucional, sendo, consequentemente, um preceito inválido ou inconstitucional, mas também pelo fato do legislador incluir vedação não prevista constitucionalmente.

O legislador deve, no desempenho da função de legislar, se ater aos mandamentos da norma maior, qual seja a CRFB/88, esta como norteadora na elaboração na legislação infraconstitucional.

O Ministro Carlos Ayres Brito, em voto da decisão sobre o HC 97.256/RS, citou entendimento de Cezar Peluso inserido em decisão do HC 82.959/SP, onde este invocou ensinamento de J.J. Canotilho e explicitou a necessidade de autorização constitucional expressa para restrição de direitos fundamentais, cabendo ao legislador procurar fundamento para o exercício de sua competência nas normas constitucionais. (BRITO, 2010).

Havendo, pois, a inobservância de normas e princípios constitucionais, como no caso em tela, passível é a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo editado, com a sua submissão ao controle de constitucionalidade.

5.3 Necessidade de atuação do judiciário na guarda da Constituição

Para defesa da já referida supremacia constitucional necessário é a existência de instrumento capaz de implementar tal superioridade, o controle de constitucionalidade.

José Afonso da Silva, sobre o controle de constitucionalidade, ressalta que “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios da Constituição”. (SILVA, 2006, p. 46).

Ensina Alexandre de Moraes que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.” (MORAES, 2003, p. 579).

Em relação ao momento de realização do controle de constitucionalidade, este poderá se dar antes de uma norma inconstitucional ingressar no ordenamento jurídico (controle preventivo) ou, após o seu ingresso no ordenamento jurídico, servindo o controle para expulsar a norma editada em desrespeito à norma constitucional (controle repressivo). (MORAES, 2003).

A análise quanto controle preventivo, não será realizada na presente pesquisa por não se incluir no escopo do presente trabalho.

O controle repressivo jurídico ou judiciário foi adotado como regra pelo direito constitucional brasileiro, havendo dois sistemas para sua realização. O sistema reservado ou concentrado (via de ação) e o sistema difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). (MORAES, 2003).

Excepcionalmente, o controle de constitucionalidade repressivo se exercerá pelo Poder Legislativo, todavia, o aprofundamento no estudo dessa forma de exercício é prescindível ao desenvolvimento dessa pesquisa. (MORAES, 2003).

Como se pôde perceber, o controle repressivo judiciário ou jurídico assume a forma mista.

O controle constitucional por via de ação direta procura a declaração de inconstitucionalidade independentemente da existência de um caso concreto, sendo, dessa forma, objeto principal da ação, se exercendo através de ação direta de inconstitucionalidade genérica; interventiva ou; por omissão; além da ação declaratória de constitucionalidade. (MORAES, 2003).

Na declaração de inconstitucionalidade de forma concentrada de lei ou ato normativo, a decisão terá efeito retroativo para todos, saindo imediatamente do ordenamento jurídico. (MORAES, 2003).

Somente o estudo sobre o controle de constitucionalidade difuso será aprofundado na presente pesquisa.

Caracterizada pela análise da compatibilidade do ordenamento jurídico com a constituição, por todo e qualquer juiz ou tribunal, o controle por via de exceção ou defesa, não é feito enquanto objeto principal da lide, mas sobre questão prévia, necessária ao julgamento do mérito. (MORAES, 2003).

Dessa forma, esse controle somente será exercido perante o caso concreto, por voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou órgão especial, segundo disposto no Artigo 97 da CRFB/88. (MORAES, 2003).

Declarada de forma incidental a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF, desconstituído estará de qualquer eficácia jurídica, alcançando inclusive os atos pretéritos, contudo, somente tendo aplicação entre as partes e no processo em que houve a declaração. (MORAES, 2003).

Pela disposição do Artigo 52, X da CRFB/88, após a realização do controle de constitucionalidade difuso poderá realizar-se pelo Senado Federal a edição de resolução suspendendo a execução, da lei ou ator normativo declarado inconstitucional por decisão do STF, que terá efeitos erga omnes, contudo, ex nunc, ou seja, a partir da publicação da citada resolução. (MORAES, 2003).

Sobre a forma de controle difuso de constitucionalidade e a posterior edição de resolução pelo Senado Federal, Oswado Luiz Palu, preleciona o entendimento de que “nesse

sistema os efeitos são retroativos para o caso concreto e inter partes; após a resolução do Senado Federal, os efeitos não são retroativos para os demais casos (respeita-se os atos pretéritos), e valem contra todos (erga omnes).” (PALU, 2001, p. 270).

Sendo assim, essa resolução do Senado não tem aplicação quanto ao controle de constitucionalidade concentrado, pois, como já exposto, por este controle, o ato ou norma incompatível como a CRFB/88 é retirado imediatamente do ordenamento jurídico.

A Declaração de inconstitucionalidade obtida no julgamento do HC 97.256/RS se deu de forma incidental, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos, determinando-se ao Juíz da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

Não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação, há aqueles que defendem sua constitucionalidade como exposto no capítulo seguinte dessa pesquisa.

6 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO AO CRIME DE TRÁFICO

6.1 Argumentos (doutrinários) em prol da constitucionalidade

Como já exposto anteriormente, a vedação quanto a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição a pena privativa de liberdade nos crimes de tráfico é atualmente seara para grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Guilherme de Souza Nucci, antes da decisão sobre o HC 97.256/RS, em análise à Lei nº 11.343/2006 e à referida vedação, expõe o entendimento quanto sua constitucionalidade por se tratar de implementação de política criminal, argumentando:

> A partir da Lei 11.343/06, resolve-se a polêmica. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no art. 44, caput, desta lei, por restritiva de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas. A proibição apenas positivou aquilo que já era percebido como inadequado para o crime dessa espécie. (NUCCI, 2010, p. 396 e 397).

Ainda, para o doutrinador, tendo em vista a alteração introduzida pela Lei nº 11.464/2007 na Lei dos crimes hediondos, passando a prever o Artigo 2º, inciso II, a impossibilidade de fiança para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é um disparate o réu aguardar todo processo preso e, ao final, ser condenado e colocado em liberdade pela aplicação de uma pena restritiva de direitos. (NUCCI. 2011).

Em conformidade com o entendimento de Nucci, em defesa da constitucionalidade da vedação, o Ministro do STF, Joaquim Barbosa, em voto sobre o HC 97256/RS, alegou que a individualização da pena não deriva diretamente da CRFB/88, mas sim, de lei. Ressaltou ainda a existência de crimes muito menos graves, como roubo e lesão corporal simples, aos quais é vedada a convolação de penas, tratando apenas de um critério para a aplicação da substituição, não impossibilitando a individualização da pena, além de tratar-se de instrumento de política criminal, situada, portanto, na esfera de deliberação do poder legislativo. (BARBOSA, 2010).

Contudo, aduzir que a previsão da vedação pela Lei nº 11.343/2006 trata-se de instrumento para implementação de política criminal, buscando dar tratamento mais rigoroso ao agente praticante do crime de tráfico ou mesmo objetivando igualar o tráfico aos crimes hediondos, são perfeitamente refutáveis frente a decisão do STF.

Não se desenvolve políticas criminais a partir da violação de um direito e garantia fundamental do indivíduo como é a individualização de sua pena, constitucionalmente previsto, não merecendo prosperar qualquer preleção de que a individualização não se origina da Constituição.

Para Joaquim Barbosa a vedação estaria a promover a igualdade de tratamento entre os crimes hediondos, estando de acordo com a CRFB/88 e a realidade brasileira, não violando o princípio da individualização da pena. (BARBOSA, 2010).

Para o Ministro Marco Aurélio, não se concebe o réu preso durante todo o trâmite processual e, após, com a fixação da pena privativa de liberdade e sua substituição por restritiva de direito, seja posto em liberdade. (AURÉLIO, 2010).

Entretanto, trata-se de regra que o réu aguarde em liberdade o trâmite de seu processo até o trânsito em julgado, sendo decretada sua prisão ou ela mantida após a sentença somente nos casos de fundamentada necessidade pela presença de algum requisito autorizante da prisão preventiva.

Sendo assim, havendo necessidade de motivação para o encarceramento do agente durante a instrução criminal, bem como, após a prolação da sentença para que este não recorra em liberdade, nada obsta que lhe seja reconhecido o direito de ficar em liberdade após ter sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos.

Reconhecer ao agente criminoso o direito a ter sua pena alternada significa dar efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, que indica a necessidade de tratamento diferenciado aos agentes através da aplicação de pena suficiente para reprimenda do crime e compatível com as condições do agente para a busca de sua recuperação.

Para alguns doutrinadores, de acordo com Bianchini e outros, a antiga previsão de regime integralmente fechado para cumprimento de pena do agente praticante de crime hediondo, que se encontrava no §1º do Artigo 2º da Lei n. 8.092/1990, justificava a necessidade da não conversão da pena. (BIANCHINI, 2009).

Porém, como já salientado, a previsão de regime de cumprimento de pena integralmente fechado foi alterada pela Lei nº 11.464/2007, passando a prever o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado.

Dessa forma, não mais subsistindo o regime integralmente fechado, não há que se falar em necessidade da vedação de convolação de penas e, estando tal proibição inserida somente na Lei nº 11.343/2006, em nada iguala o crime de tráfico aos crimes hediondos, mas, pelo contrário, persistindo a vedação somente para o crime de tráfico, é dado um tratamento mais severo a um crime que nem mesmo é hediondo, mas sim, apenas equiparado.

Quanto aos argumentos de que também há a aplicação da vedação em questão à crimes de menor potencial ofensivo que o tráfico, devendo a vedação subsistir para o crime mais grave, também não merecem destaque.

Salientou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto no julgamento do HC 97.256/RS, sobre a existência de crimes como o roubo e a lesão corporal, para os quais o Artigo 44, I do CPB também obsta a conversão de penas por se tratar de crimes cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa. (BARBOSA, 2010).

Ressaltou ainda a necessidade da vedação para um crime tão mais grave que é o tráfico, com o legislador, pela possibilidade de sua ampla atuação dada pelo Artigo 5º, XLVI, da CRFB/88, diminuindo a esfera de atuação do magistrado, mas sem impossibilitar a individualização da pena, restringindo somente a aplicação da pena restritiva de direitos. (BARBOSA, 2010).

Contudo, a restrição para os crimes de roubo e lesão corporal se faz necessária exatamente com o objetivo de um tratamento diferenciado aos agentes criminosos.

Considerando o crime de furto previsto no Artigo 155 do CPB e o crime de roubo capitulado no Artigo 157 do mesmo diploma, ambos os delitos se caracterizam pela subtração de coisa alheia móvel, com a diferença de que neste último, o agente o pratica mediante violência ou grave ameaça.

Dessa forma, pode-se dizer que o crime de roubo trata-se de um furto com um elemento a mais, o que justifica a existência da vedação para este crime baseado no seu modo de cometimento mais grave, distinguindo entre agentes que praticaram um furto simples e aqueles que cometeram o roubo com o objetivo de individualizarem suas penas.

Vedar a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição a pena privativa de liberdade para os crimes previstos na Lei nº 11.343/2006, em nada facilita a individualização da pena dos agentes como se verifica no caso dos crimes de roubo e de furto, mas, pelo

contrário, acaba por igualá-los sem considerar as circunstâncias do crime e características do agente.

Diferentemente do entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, a individualização da pena pelo magistrado encontra-se totalmente impedida com a restrição em questão, restando ao juiz sentenciante, diante da vedação pura e simples, a aplicação da pena privativa de liberdade ao agente sem mesmo se ater aos requisitos tragos pelo Artigo 44 do CPB, pela inaplicabilidade das penas alternativas.

O legislador ao proibir tal benefício acaba por violar, além do princípio da individualização da pena, também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade,

Como bem salientado pelo Ministro Celso de Melo, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade objetivam inibir qualquer abuso do poder público principalmente em relação à restrição de direitos individuais, devendo o legislador se ater aos limites materiais impostos ao desempenho de sua função. (MELO, 2010).

No caso em tela, o limite material pelo qual o legislador não se pautou no momento de criação da Lei nº 11.343/2006 se encontra previsto pelo Artigo 5º, XLIII da CRFB/88, que proibiu ao agente praticante de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a concessão de fiança, graça e anistia.

Excedendo seu limite de atuação, fixado pela CRFB/88, o legislador inseriu na Lei nº 11.343/2006, especificamente no §4º do Artigo 33 e no Artigo 44, a restrição quanto à aplicação de pena restritiva de direitos em substituição a pena privativa de liberdade.

Dessa forma, conforme entendimentos acima mencionados, são estes os principais argumentos levantados para a defesa da constitucionalidade da vedação e que não mais se sustentam frente a nova perspectiva criada pela decisão do Supremo sobre o HC 97.256/RS.

6.2 Argumentos (doutrinário) em prol da inconstitucionalidade

Quanto aos argumentos em prol da inconstitucionalidade da vedação, indubitavelmente mais convincentes por seus próprios fundamentos, estes se mantiveram frente a decisão do STF, sendo os expostos a seguir.

Na defesa pela inconstitucionalidade da vedação em análise, o Ministro Carlos Ayres Brito argüiu o fato de a CRFB/88 ter fixado um limite material ao legislador, sendo a não

concessão de fiança, da graça e da anistia ao praticante de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Artigo 5º, XLIII). (BRITO, 2010).

Não houve referência pela CRFB/88 quanto a vedação de aplicação de pena restritiva de direito, estando o legislador a violar o princípio da individualização da pena ao estabelecer tal proibição, por proporcionar igual tratamento a condutas na maioria das vezes diferentes no momento da aplicação da pena ao caso concreto. (BRITO, 2010).

O legislador ao impossibilitar a individualização da pena pelo juiz extrapola seu limite de atuação e, consequentemente, afronta o princípio da supremacia constitucional, que segundo ensinamento de José Afonso da Silva "requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios da Constituição". (SILVA, 2006, p. 46).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a individualização da pena é um direito fundamental, sendo incongruência que, ao mesmo tempo, a Lei nº 11.343/2006, por seu Artigo 33, §4º reconheça o menor potencial ofensivo do delito de tráfico e impeça a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (MENDES, 2010).

Cezar Peluso, fazendo remissão à Assis Toledo, aduz sobre a impossibilidade do juiz diante da vedação em questão, de diferenciar o caso do grande traficante e do traficante eventual, sendo que ambos receberiam o mesmo tratamento. (PELUSO, 2010).

Luiz Flávio Gomes, em seu artigo "Tóxico: Penas Substitutivas no Tráfico e o populismo Penal Midiático" sobre a atuação do legislador quanto a previsão da vedação em questão e a decisão sobre o HC 97.246/RS, preleciona:

> O que devemos extrair dessa decisão do STF é o seguinte: o Poder Político (Legislativo mais Executivo), navegando uma vez mais pela onda do populismo penal (que defende como bandeira o rigor penal para a "solução" dos problemas graves do país), cometeu excesso (como bem sublinhou o Min. Celso de Mello). Foi além do que podia quando proibiu penas substitutivas (alternativas) para "todos" os delitos de tráfico de drogas. O poder de "fabricar leis" é limitado. O legislador ordinário já não pode escrever (nas leis) tudo que lhe vem à cabeça. (GOMES, 2010, p. 28).

Ainda, sobre o referido tema, o eminente doutrinador salienta que todas as inconstitucionalidades e inconvencionalidades escritas pelo legislador, são, atualmente cortadas pelos juízes. Nada além da fiança, graça e indulto deveria ter sido vedado pelo legislador, pois a regra é a liberdade, sendo a prisão, uma exceção. (GOMES, 2010).

O legislador penal deve respeitar o princípio da individualização da pena, função do juiz frente às peculiaridades do caso concreto e do agente, não podendo com critérios vagos e populistas substituir os juízes. (GOMES, 2010).

Agindo com lucidez, o legislador distinguiu vários tipos de traficante, contudo, no momento de estabelecer as sanções, perdeu a racionalidade e razoabilidade, tratando todos igualmente, sem dar a cada crime a punição na medida da sua gravidade, violando também os princípios da igualdade e proporcionalidade. (GOMES, 2010).

Sandro Marcelo Paris Franzoi sobre o direito do traficante ao reconhecimento da benesse da conversão de penas aduz que "o Estado brasileiro tem como fundamento principal o respeito à dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III da Constituição da República, de sorte que mesmo o condenado deve merecer atenção estatal". (FRANZOI, 2006, p. 24).

Quanto à vedação da substituição de penas para o praticante do crime previsto no §4º do Artigo 33 (tráfico privilegiado), o autor argumenta sobre a existência de uma contradição legislativa, pois, ao mesmo tempo em que se reconhece o privilégio da redução da pena, há a imposição da pena de prisão. Segundo o mesmo, foi dado com uma mão e tirado com a outra. (FRANZOI, 2006).

Sendo estes os principais argumentos pela inconstitucionalidade, defende-se nesta pesquisa a aplicação da pena restritiva de direitos em substituição a pena privativa de liberdade, quando preenchido os requisitos no Artigo 44 do CPB, não somente aos praticantes do delito previsto no Artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, mas também aos agentes que cometerem os crimes capitulados nos Artigos 33, caput e §1º, e 34 a 37, sobre os quais também recai a vedação.

7 CONCLUSÃO

É cediço a importância do advento da Lei nº 11.343/2006 em substituição às Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, proporcionou tratamento diferenciado à traficantes e usuários, dando uma maior atenção a estes, além de definir crimes.

Contudo, essa mesma lei ao vedar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, através do §4º do Artigo 33 e de seu Artigo 44, acabou por incorrer em inconstitucionalidade.

Pela disposição dos artigos acima mencionados, aos praticantes da conduta tipificada no Artigo 33, caput, e §§ 1º e 4º, e das condutas previstas do Artigo 34 a 37 da Lei nº 11.343/2006, não teriam direito ao benefício da convolação de suas penas privativas de liberdade em penas alternativas, mesmo se preenchido os requisitos objetivos e subjetivos previstos no Artigo 44 do CPB, necessários à concessão da benesse.

A inconstitucionalidade se dá pelo fato do legislador ordinário impossibilitar, com a imposição da vedação, a individualização pelo juiz da pena do condenado, violando assim, o princípio constitucional da individualização da pena, expresso no Artigo 5º, XLVI da CRFB/88.

Ao proibir a substituição, “traficantes de primeira viagem” e traficantes contumazes são equiparados no momento de aplicação da pena, não podendo o juiz, analisando cada caso concreto, adequar suas penas de acordo com as circunstâncias do fato e suas características pessoais.

Inegável a necessidade da repreensão com uma punição pelo crime praticado, todavia, não se pode olvidar que a pena também guarda em si o caráter preventivo e ressocializador do agente, que voltará em um dado momento ao convívio social.

Negar a convolação das penas é fazer com que um eventual praticante do crime de tráfico punido com pena relativamente curta se submeta a mesma punição severa de um traficante persistente punido com longa pena, indo para o cárcere assim como este, afastando-se da família, trabalho e da sociedade, podendo retornar à vida em coletividade em condições físicas e psicológicas piores que antes do encarceramento.

É principalmente por estas condenações tão curtas que o legislador previu as penas restritivas de direitos que, muitas das vezes se mostram como necessárias e suficientes à recuperação do apenado e à sua preparação para a volta ao convívio coletivo.

Mas para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o julgador perante o caso concreto, deverá possuir liberdade para escolha das penas a aplicar, o que não ocorre com a existência do óbice em questão.

Mesmo sendo o crime de tráfico equiparado aos crimes hediondos por previsão constitucional, a proibição de substituição das penas não pode ocorrer, pois, além de prever os crimes equiparados a hediondos, a CRFB/88 também previu quais os benefícios legais não seriam reconhecidos aos seus praticantes, sendo estes benefícios somente, o da graça, anistia e fiança.

A Lei nº 8.072/1990, assim como a CRFB/88, nada dispôs sobre a vedação de aplicação de penas alternativas, dessa forma, o legislador da Lei nº 11.343/2006, ao prevê-la, além de impossibilitar a individualização da pena, o que por si só a torna inconstitucional, ainda extrapolou seus limites, impondo uma restrição à liberdade individual do agente, não prevista pela CRFB/88 e nem mesmo pela lei de crimes hediondos.

Nesse diapasão, diante da constatação da inconstitucionalidade da vedação em estudo frente à afronta ao princípio constitucional da individualização da pena e, consequentemente, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como, frente à desobediência à supremacia da constituição e da restrição a direito fundamental sem prévia autorização constitucional, correta foi a decisão do STF no HC 97.256/RS, reconhecendo a possibilidade da convolação das penas.

Estando preenchidos os requisitos do Artigo 44 do CPB, fazendo jus o agente criminoso à substituição de sua pena, a mesma deverá ser convertida como meio de se efetivar a necessária individualização da pena, devendo tal direito ser reconhecido não só ao praticante do delito previsto pelo §4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, mas também, sempre que possível, aos praticantes das condutas capituladas no Artigo 33, caput, e § 1º, e nos Artigos 34 a 37, para os quais também se veda as penas alternativas.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Sítio das Citações. Disponível em: http:// sitiodascitacoes.net/ category/ auto res/kai-ambos/. Acesso em: 02 nov. 2011.

APAC, Cartilha. Programa novos rumos. Belo Horizonte: TJMG, 2009. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/cartilha_apac.pdf. Acesso em: 01 out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça Apelação Criminal n° 1.0024.09.653242-9/001 - 1ª Câmara Criminal. Rel. Des(a). Judimar Biber. Data do Julgamento: 22/02/2011. Data da Publicação: 08/04/2011.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça, Apelação Criminal n° 1.0024.07.488163-2/001, Rel. Des(a). Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 19/08/008. Data da Publicação: 08/09/2008.

BIANCHINI, Alice et al. Legislação Especial Criminal. Coleção ciências criminais. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 6, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

BRASIL. Código penal brasileiro (1984). Vade Mecum Saraiva. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Vade Mecum Saraiva. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei 7.210/84. (1984). Vade Mecum Saraiva. 4. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei 11.343/06 (2006). Vade Mecum Saraiva. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 118.776. Rel. Min. Nilson Naves, sexta turma. RS (2008/0230619-8. DJE 20/08/2010).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97.256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal pleno. Julgado em 01/09/2010. Dje-247 divulg 15-12-2010 public 16-12-2010 ement vol-02452-01 pp-00113, p. 27.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 102.678. Relator. Min. Eros grau. Dje nº 71 de 23/04/2010.

FIGUEIREDO, Ticiano. Os efeitos reflexos da decisão proferida pelo STF que permitiu a substituição da pena para os condenados por tráfico de entorpecentes. 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29676Os efeitos reflexos da decisão proferida pelo STF que permitiu a substituição da pena para os condenados por tráfico de entorpecentes. Acesso em: 01 out. 2011.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, José Henrique Kaster. Tráfico privilegiado:a hediondez das mulas. Revista Jus Navigandi, 2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/12234/trafico-privilegiado-a-hediondez-das-mulas. Acesso em: 01 out. 2011.

FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. A Inconstitucional Vedação da Substituição da Pena a Traficante na Nova Lei de Tóxico/2006 (Artigo periódico). Porto Alegre: Revista IOB Direito Penal e Processual Penal,. v. 7, n. 40, p. 19-28, out./nov. 2006.

GOMES, Luiz Flávio et al. Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Tóxicos: Penas Substitutivas no Tráfico e o Populismo Penal Midiático/2010 (Artigo periódico). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 38, p 28-30, out./nov. 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. 10 ed. São Paulo; Editora Atlás, 2008.
NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5ª. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas, e efeitos. 2. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo.: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral: arts. 1º a 120. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. rev., e atual. até a emenda constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

VALE, Honilton Pereira. Princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana/2008. (Artigo periódico). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 871, p: 459-472, maio 2008.