**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

TAMIRIS FERNANDES DA SILVA

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS

Recife
2010

TAMIRIS FERNANDES DA SILVA

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: ciências jurídicas.

Orientador: Prof^o. **Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.**

Recife
2010

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Silva, Tamires Fernandes da.
S586d Da (in)constitucionalidade do Art. 44 da Nova Lei de drogas /
Tamires Fernandes da Silva. - Recife, 2010.
108 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2010.
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Tráfico de drogas. 3. Inconstitucionalidade. 4. Lei
11.343/2006. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade
Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2010-0016)

Tamiris Fernandes da Silva
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS

DEFESA PÚBLICA em Recife, 13 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Professor Mestre Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.

1º Examinador:

2º Examinador:

Primeiramente a Deus, meu amigo e companheiro de todas as horas, que sempre me carregou no colo nos momentos mais difíceis da minha vida.

À minha avó Maria que, mesmo quando lutava pela vida, nunca deixou de demonstrar o amor e o orgulho que sentia pela minha pessoa.

À minha mãe, razão do meu viver, ar que preenche os meus pulmões e espírito que alimenta o meu ser.

Agradeço a Deus, primeiro pelo dom da vida e segundo por ter me proporcionado a felicidade de ter feito parte da Faculdade Damas, que além de ter sido responsável por minha formação acadêmica, permitiu-me conhecer e viver os melhores momentos de minha vida ao lado dos meus queridos amigos.

Por outro lado, agradeço também, do fundo do meu do meu coração, os enormes esforços empreendidos pela minha mãe Silvana e pelo meu padrasto Junior. Sem eles, realmente, não sei se conseguiria, pois mesmo naqueles horríveis momentos de desestímulo, as voltas para casa nos tão esperados fins de semana faziam valer apenas cada momento de stress e medo vivido longe da minha família. Era compensador, observar os olhares de orgulho exalados diante de cada conquista minha, por menor que fosse.

Também não é possível esquecer a grande contribuição das pessoas que compunham os três Órgãos Públicos onde estagiei, pois elas me ajudaram a aliar a teoria à prática, sempre me orientando no sentido de que deveria prevalecer, em todo e qualquer caso, a ética e a justiça. Assim, meus sinceros agradecimentos às pessoas de Dr. Abner Apolinário, seu Isaías (chefe de secretaria) e aos demais integrantes da 11ª Vara Criminal do Recife, Dr. Bruno Lage, defensor público da União, Dr. Fábio George, procurador regional da República, que inclusive foi quem me sugeriu o tema do presente trabalho monográfico. Agradeço ainda a Alana, minha amiga e companheira de estágio, a Abath, que com sua firme defesa aos direitos humanos me fez perceber que nem sempre o que parece ser justo o é, e, como não poderia deixar de ser, a Ewaldo com “W”, que sempre me presenteou com os longos e adoráveis causos de sua vida.

Agradeço também aos meus professores, todos eles, mas em especial a Leonardo Siqueira, que, de pronto, aceitou me orientar na construção desta monografia, bem como às professoras Erika Babini e Marina Adeodato que, nos bastidores, deram-me belíssimas dicas de como fugir do excessivo dogmatismo que circunda o tema trabalhado. Muito obrigada.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos, sem exceção, principalmente aqueles que compõem a turma do “Greg”: Adma (minha irmã), Andressa, Dani, Edilázio, Epaminondas, Minnei (Aline) e Ursula, que me fizeram perceber que sem eles nada tem graça, nem mesmo a conquista do futuro profissional que meu esforço pode me proporcionar. Agradeço, ainda, de modo bastante especial, a Gabi e a Natacha, amigas eternas que levarei comigo até os últimos dias da minha vida. Foram emocionantes os momentos que passamos juntas.

Sem maiores delongas, obrigada a todos que contribuíram direta ou indiretamente para minha formação acadêmica, pois para mim é um enorme prazer estar aqui, hoje, demonstrando o quão grata estou com a ajuda de todos vocês.

“A justiça, todo mundo sabe, é a busca da verdade. Ao contrário da Lei, que, como ninguém ignora, é o encobrimento da Mentira.” (Millôr Fernandes)

RESUMO

O artigo 44 da Nova Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006, além de restringir a aplicação de alguns benefícios penais e processuais penais aos traficantes, acabou por vedar, expressamente, a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo que a Constituição e a própria Lei de Crimes Hediondos nada tenham disposto sobre o assunto. Deste modo, a referida vedação apresenta-se inconstitucional na medida em que viola os princípios da isonomia e da individualização da pena previstos, respectivamente, no art. 5º, *caput*, e inciso XLVI da Constituição Federal de 1988. Primeiro porque, equipara as “mulas” do tráfico, que agem, excepcional e casuisticamente, aos verdadeiros traficantes (chefes do tráfico), tratando igualmente situações extremamente diferentes. Segundo porque, retira do julgador a possibilidade de operacionalizar a segunda fase de individualização da pena, pois mesmo que as circunstâncias do caso concreto apontem para a necessidade da mencionada comutação, ou seja, mesmo que o réu preencha todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal para que ocorra a devida substituição e, que a aplicação da pena alternativa seja suficiente para “reprimir” e prevenir a prática de novos delitos, o juiz encontra-se, na prática, impedido de assim proceder por causa daquele imperativo dispositivo legal.

Palavras-chave: tráfico drogas; artigo 44 lei n. 11.343/2006; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Article 44 of the New Law of Drugs - Law No. 11.343/2006 besides restricting the application of some criminal and procesual benefits against traffickers, prohibiting, expressly, the possibility of substitution custodial sentences by punishment involving the restriction of rights, even though the Constitution and the proper Heinous Crimes Law nothing provided on the subject. Thus, the related seal presents itself unconstitutional as it violates the principles of equality and individualization of punishment provided for, respectively, in art. 5, caput, and XLVI clause of the Federal Constitution of 1988. First because it equates the "mulas" of trafficking, acting, exceptional and case by case, to the real drug dealers (drug courier), dealing also with very different situations. Second, it removes from the judge the possibility to operate the second phase of individualization of punishment, because even if the circumstances of the case indicate the need for the aforementioned switching, i.e., even if the defendant fills all the objective and subjective requirements demanded in Article 44 of the Penal Code to occur the due substitution and that the application of the alternative sentence is sufficient to "suppress" and prevent the commission of new crimes, the judge found itself, in practice, prevented from doing so because of that imperative legal provision.

Keywords: drug trafficking, Article 44 Law No. 11.343/2006; unconstitutional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL	
1.1 Breves considerações acerca da constitucionalidade do tema.....	11
1.2 O princípio da individualização da pena.....	13
1.2.1 Da correlação existente entre o princípio da individualização da pena e os demais princípios aplicáveis à pena.....	14
1.2.2 Da atividade legislativa de individualização de pena.....	16
1.2.3 Da atividade judicial de individualização da pena.....	18
1.2.4 Da atividade executiva de individualização da pena.....	22
1.3 O princípio da isonomia.....	25
1.3.1 Igualdade formal.....	26
1.3.2 Igualdade material.....	28
1.3.2.1 Igualdade material e o artigo 44 da Nova Lei de Drogas.....	29
CAPÍTULO 2 A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS E A NOVA LEI DE DROGAS	
2.1 Pena: conceito, origem, fins/fundamentos e espécie.....	33
2.1.1 Conceito.....	33
2.1.2 Origem.....	35
2.1.3 Fins/fundamentos.....	44
2.1.3.1 Teoria retribucionista ou absoluta da pena.....	45
2.1.3.2 Teoria preventiva ou relativa da pena.....	46
2.1.3.3 Teoria mista/unificada/eclética da pena.....	48
2.1.4 Espécies de pena.....	49
2.1.4.1 Penas privativas de liberdade.....	53
2.1.4.2 Penas restritivas de direitos.....	58
2.2 Requisitos para substituição das penas.....	64
2.2.1 A Nova Lei de Drogas e a possibilidade de substituição: análise crítica da vedação expressa no artigo 44.....	68
CAPÍTULO 3 O GARANTISMO PENAL E A VEDAÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 44 DA LEI N. 11.343/2006: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA CATEGORIA DE CRIMES “SUPRA-HEDIONDOS” E UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A MATÉRIA	
3.1 O garantismo penal e a vedação expressa no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.....	80
3.2 A vedação expressa no art. 44 da Nova Lei de Drogas e o surgimento de uma categoria de crimes “supra-hediondos”.....	91
3.3 Uma análise jurisprudencial sobre a matéria.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	105
ANEXO	

INTRODUÇÃO

O Trabalho monográfico ora apresentado tem por finalidade a realização de um estudo sobre a suposta constitucionalidade do artigo 44 da Nova Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006. Para tanto, faz-se-á uma análise acerca da possível violação dos princípios da isonomia e da individualização da pena previstos, respectivamente, no artigo 5º, *caput*, e inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, bem como do princípio da proporcionalidade, implicitamente previsto no referido texto constitucional.

Quando da análise da possível violação dos retromencionados princípios, observar-se-á as teses de doutrinadores que pugnam pela inconstitucionalidade do referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006, bem como daqueles que defendem a plena constitucionalidade deste dispositivo legal.

Os primeiros desenvolverão a ideia de que a vedação, *in abstracto*, da possibilidade de substituição de penas fere, sobremaneira, o princípio da individualização da pena na medida em que retira do juiz a possibilidade de operacionalizar a segunda fase dessa individualização, consubstanciada no poder-dever que possui de aplicar a espécie de pena (privativa de liberdade ou restritiva de direito) que melhor se coadune ao caso concreto. Por outro lado, a violação ao princípio da isonomia ocorre na medida em que o legislador ordinário, ao elaborar referida lei, acabou por equiparar o traficante ocasional, “mula” do tráfico, ao verdadeiro chefe da boca de fumo, tratando da mesma forma situações extremamente diferentes.

Os segundos, por sua vez, desenvolverão teses no sentido de que a vedação expressa no art. 44 da Nova Lei de Drogas não fere qualquer dispositivo constitucional, uma vez que a vontade do legislador, legitimada pela própria constituição (art. 5º, XLIII), foi de tratar com maior rigor as condutas criminosas mais graves.

Após, analisar-se-á, de forma bastante crítica, se o indivíduo condenado pela prática de tráfico de drogas pode invocar direito subjetivo à referida substituição de penas, desde que atendidos, no caso concreto, todos os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP e, desde que a pena restritiva de direitos a ser aplicada seja necessária e suficiente para a repressão e prevenção do crime por ele cometido.

Ao abordar esse assunto, faz-se-á um estudo político-criminal acerca da matéria, a fim de refletir sobre a possibilidade de a referida vedação apresenta-se como consequência da aplicação de um direito penal máximo, que, com o objetivo de legitimar o *ius puniendi* através

da aplicação da sanção mais cruel legalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a pena privativa de liberdade, conduz o traficante à categoria de inimigo retirando do mesmo a condição de pessoa, devendo, portanto, ser exterminado do convívio social, contrariando assim, todas as ideologias pregadas pelo Estado Social e Democrático de direito.

Por fim, faz-se-á uma análise jurisprudencial sobre o assunto, no intuito de demonstrar toda a evolução do pensamento jurídico sobre as vedações previstas no artigo 44 da Nova Lei de Drogas, até chegar ao atual posicionamento firmado pelo Plenário da Suprema Corte que, por seis votos a quatro, atestou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade previsto no HC n. 97.256/RS.

Destarte, a metodologia utilizada no presente trabalho monográfico conjuga a pesquisa bibliográfica com a análise de jurisprudências e precedentes dos Tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), bem como dos Tribunais Regionais Federais.

Os objetivos específicos almejados foram, resumidamente, refletir sobre a possível inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006; estudar a posição do traficante como o mais novo inimigo do direito penal; formular um referencial teórico a fim de demonstrar o descompromisso do direito penal com a ressocialização do indivíduo, uma vez que a aplicação de pena privativa de liberdade tem sido a única alternativa utilizada pelo poder estatal para reprimir a prática de delitos e, refletir sobre a possível criação de uma categoria de crimes “supra-hediondos”, tendo em vista o fato de as sanções previstas na Nova Lei de Drogas apresentarem-se, na prática, mais severas do que as reprimendas utilizadas pela Lei de Crimes Hediondos.

Ao final, na conclusão, serão feitas algumas considerações acerca do tema, a fim de demonstrar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal.

CAPÍTULO 1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

1.1 Breves considerações acerca da constitucionalidade do tema

A Nova Lei de Drogas - Lei nº 11.343/06 - traz em seu bojo, mais especificamente em seu art. 44, uma série de vedações e restrições que vem sedimentando, com reflexos na seara constitucional, a situação prisional dos acusados e apenados envolvidos com o tráfico de drogas. Tal dispositivo impede, por exemplo, que o magistrado, quando da análise do caso concreto, substitua a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mesmo que todos os requisitos exigidos pelo diploma penal brasileiro para tal comutação estejam presentes.

Doutrina e jurisprudência, portanto, digladiam-se a fim de firmar um posicionamento unísono sobre a matéria. De um lado, estão aqueles que defendem a especialidade da Nova Lei de Drogas face à Lei de Crimes Hediondos, posicionando-se contra a referida benesse ao argumento de serem totalmente legais e legítimas tais vedações, tendo em vista o fato de ter sido a vontade do legislador, imprimida no tipo penal, tornar mais rigoroso o cumprimento das respectivas penas face ao grande desvalor imprimido nas condutas que as ensejam, não havendo assim, qualquer ofensa à Constituição.

Doutra banda, encontram-se aqueles que defendem a real possibilidade de aplicação das regras do artigo 44 e incisos do Código Penal aos condenados pela prática de tráfico de drogas, primeiro porque tais delitos são, via de regra, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa e, segundo porque sua não aplicação fere, sobremaneira, os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Por isso, de grande valia o estudo da constitucionalidade do tema.

Sobre o assunto, *vide* posicionamento de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, bem como a tese defendida por Paulo S. Xavier de Souza:

Com o a proibição de *sursis* e da pena substitutiva, nota-se no legislador ordinário uma clara opção pelo rigor punitivo como solução para a crescente criminalidade. Como é o legislador ordinário que estatui as condições de acesso e os crimes que permitem a incidência das medidas despenalizadoras, não se vê qualquer vício constitucional em tais restrições.¹

Embora igualmente polêmica a questão, na hipótese das penas restritivas entendemos que **cabe a substituição nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes [...], quando aplicada pena não superior a quatro anos, e se o condenado**

¹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 112.

preencher os demais requisitos do art. 44 do código, porque são crimes praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, que em tese, conforme anotado, admitem o *sursis*.² (*Grifo nosso*).

Tais autores, portanto, entendem que as vedações trazidas pelo art. 44, da Lei nº 11.343/2006, são inconstitucionais na medida em que ofendem os princípios da isonomia e da individualização da pena descritos, respectivamente, no art. 5º, *caput* e inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, uma vez que além de tratar situações desiguais de maneira igual, não leva em consideração a real análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem tanto o fato quanto o autor do delito.

Dito isto, apresenta-se de grande valia uma análise preliminar a cerca do alcance e relevância dos mencionados princípios constitucionais do direito penal, a fim de dar sustentáculo ao estudo proposto no presente trabalho monográfico, qual seja a possível inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06.

Primeiramente, destaque-se que todo e qualquer princípio, além de ser responsável por conferir uma feição sistêmica ao ordenamento jurídico em que está inserido, também tem como principal objetivo proporcionar um alicerce para a interpretação, a integração, o conhecimento e a eficaz aplicação do direito positivo. Sendo assim, além de servir como cláusula de abertura que possibilita uma melhor interpretação do texto normativo, também vai orientar o aplicador da lei a melhor adequá-la ao caso concreto.

Deste modo, e não muito diferente dos demais princípios inseridos nas legislações dos diversos ramos do direito, os princípios constitucionais do direito penal são utilizados para orientar o interprete em sua atividade judicial de aplicação das normas gerais e abstratas ao caso concreto, fazendo incidir, em desfavor de alguém, a sansão mais grave do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a pena, que por sua vez, como se sabe, pode apresentar-se em múltiplas feições.

Registre-se, todavia, que essas atividades de interpretação e aplicação da norma penal ao caso concreto, encontram limites nos próprios princípios penais regentes, pois apesar de conferir ao intérprete e aplicador da lei a possibilidade de melhor adequar ao caso concreto a norma penal incriminadora, também limita sua atuação, de modo a não deixar que aconteça qualquer tipo de arbitrariedade. Destaque-se, de todo modo, que tais limites não são impostos apenas ao julgador, uma vez que também devem ser de observância do elaborador da lei, pois

² SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena:** no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 186.

de nada adiantaria, por exemplo, o cultivo do princípio da legalidade pelo julgador se ao legislador fosse permitida a construção de tipos penais vagos e indeterminados.

Por outro lado, e no que tange a relevância de tais princípios, observa-se que eles apresentam um papel de grande destaque no universo das normas escritas, pois só com a fiel observância dos princípios que orientam o direito penal e, sobretudo, o direito processual penal, é possível garantir a preservação da dignidade da pessoa humana que não se trata apenas de um princípio exclusivamente penal, mas de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil insculpido no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

1.2 O Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena encontra-se insculpido no texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, integrando assim, o rol dos princípios constitucionais penais que em harmonia firmam-se como uma importante garantia, sobretudo, no que tange a cominação, aplicação e execução das penas.

Após este breve preâmbulo a fim de bem situar o referido princípio, é de grande valia ressaltar que predomina o entendimento segundo o qual a atividade individualizadora opera-se em três níveis diferentes, quais sejam, nas fases **legislativa, judicial e executiva (administrativa ou penitenciária)**. Todavia, apesar de manifestarem-se em momentos distintos da coerção penal, registre-se que estas três atividades encontram-se intimamente relacionadas, pois só assim será possível alcançar as finalidades queridas pelas penas.

O termo “individualização da pena”, previsto na atual Carta Magna, deve ser interpretado da forma mais ampla possível, requerendo, neste diapasão, prudência redobrada dos órgãos encarregados de sua instrumentalização prática, que devem utilizar o referido princípio não só como instrumento de garantia individual, mas também como forma de “efetivação” da dignidade da pessoa humana.

Individualizar significa particularizar o que se apresenta genérico, sendo assim, individualizar a pena requer uma atividade no sentido de eleger a justa e adequada sanção penal a ser aplicada ao sentenciado, tornando-o único diante dos demais, mesmo que se trate de coautor ou corréu.

Sobre o assunto, José Antônio Paganella Boschi, assim dispõe:

[...] o princípio da individualização das penas (art. 5º, inc. XLVI, da CF), a expressar o valor *indivíduo*, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena,

aliás, preciosamente porque cada acusado é *um*, e cada fato se reveste em singularidades próprias e irrepetíveis.³ (*Grifos do autor*).

1.2.1 Da correlação existente entre o princípio da individualização e os demais princípios aplicáveis à pena

Apresenta-se evidente a correlação existente entre o princípio da individualização da pena e o **princípio da legalidade**, pois para que a referida individualização se dê de maneira legítima, torna-se indispensável a existência de uma lei prévia que preveja todos os critérios orientadores para a sua legítima aplicação e execução.

Os estudiosos do tema equiparam o princípio da legalidade à reserva legal, de modo que apenas a lei penal em sentido estrito pode representar, simbolicamente, como já dizia o professor João Maurício Adeodato, uma norma que carrega em seu bojo a figura abstrata de um crime⁴. Está aí, portanto, a razão de ser da máxima penal insculpida no texto constitucional de 1988, mas especificamente em seu inciso XXXIX, art. 5º, que assim versa: “não há crime sem lei anterior que o defina, *nem pena sem prévia cominação legal*”⁵.

Ainda no que tange a análise do princípio da legalidade, de grande valia ressaltar a importância dos princípios da **anterioridade** e da **irretroatividade** da lei penal, pois acaso não houvesse a necessidade de observância da lei penal incriminadora, o princípio da reserva legal não possuiria qualquer utilidade, uma vez que de nada adiantaria a necessidade de existência de uma lei penal certa e determinada, se a mesma pudesse ser elaborada e aplicada após a ocorrência do “fato criminoso”.

Do mesmo modo, doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci, atestam que não haveria de se falar em individualização da pena, e tão pouco em qualquer espécie de segurança jurídica, se a figura típica criada após a prática do fato tido como criminoso, pudesse ser, retroativamente, aplicada em desfavor do acusado.

Sobre o assunto, *vide* o posicionamento de Anabela Miranda Rodrigues, citada pelo doutrinador dantes mencionado:

O que em regra se passa é que o juiz é chamado a determinar a pena em uma medida compreendida entre o máximo e um mínimo pré-determinado na lei, no singular preceito incriminador. Solução que, se por um lado, como se viu, satisfaz as atuais exigências do princípio da legalidade da pena, por outro lado garante as exigências

³ BOSHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 67.

⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Luiz Flávio Gomes (org.). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

de individualização, numa confluência de interesses a que não é estranha a relativização que sofreram os postulados básicos das Escolas Clássica e Positiva, inspiradores de concepções extremas.⁶

Na mesma esteira, e quanto à correlação existente entre o princípio da individualização da pena e o da **isonomia**, impende destacar que, com o intuito de fazer prevalecer a igualdade material consubstanciada na máxima: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”, o legislador penal deve construir tipos penais que sejam abrangentes e que valham a todos os brasileiros de maneira indistinta, sendo assim, quem comete furto simples deve ser submetido à pena de reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e multa; todavia, para que a individualização da pena se perfaça da maneira mais correta possível, faz-se necessária a intervenção do interprete, aplicador da lei ao caso concreto, para observar todas as circunstâncias que envolvem os fatos que rodeiam o crime.

Frise-se ainda, que o princípio da individualização está intimamente relacionado com o **princípio da responsabilidade pessoal** ou, simplesmente, **princípio da culpabilidade**. Esta correlação existe na medida em que, para cada réu será aplicada uma pena compatível com sua culpabilidade. Deste modo, só será considerado autor do crime de homicídio, por exemplo, aquele que, mediata ou imediatamente, executou o verbo descrito no tipo do artigo 121 do Código Penal (CP), não devendo, portanto, ultrapassar de sua pessoa a pena que lhe será aplicada.

Assim, pode-se dizer que a individualização da pena dá concretude ao preceito constitucional que diz ser a responsabilidade penal sempre pessoal, não devendo, portanto, passar da pessoa do condenado. Como decorrência dessa responsabilidade penal surge o princípio da culpabilidade, que por sua vez, abomina, via de regra, a possibilidade de responsabilidade penal objetiva, determinando que a aplicação da lei penal deva ser a simples consequência do crime, que recai apenas sobre quem o tenha dado causa, ao menos a título de culpa, conforme dispõe o artigo 19, do diploma penal repressivo⁷.

Nesta esteira, assim se posiciona Guilherme de Souza Nucci:

Quão arbitrária seria a atuação estatal buscando punir pessoas que causam danos ou criam situações de perigo fortuitamente, obra do acaso, sem desejar, nem atuar com falta do dever de cuidado objetivo. Assim, preservando-se a esfera da intimidade do ser humano, levando-se em conta que o direito penal é a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade), devendo ser o instrumento punitivo

⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**: 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁷ Art. 19, do CP. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

utilizado quando outro se torne ineficaz ou inadequado ao ilícito cometido, não se pode admitir, como regra, direto penal sem culpa.⁸ (*Grifos do autor*).

O princípio da individualização da pena também deve estar em perfeita consonância com o princípio da **proporcionalidade**, o qual apresenta grande destaque quando da elaboração da norma penal incriminadora, pois não haverá que se falar em individualização da pena, se no momento da elaboração do tipo penal, o legislador ordinário não levar em consideração os critérios de proporcionalidade insculpidos, implicitamente, no texto constitucional de 1988.

Neste diapasão, adverte grande parte dos penalistas que não teria sentido, por exemplo, o legislador ordinário fixar uma pena de multa para o homicídio e, por outro lado, uma pena privativa de liberdade para o crime de uso de drogas. Sendo assim, prima-se por uma harmonização entre as condutas tipificadas pelo legislador ordinário e os valores preservados na atual Carta Magna brasileira.

Por último, e não menos importante é a correlação existente entre o princípio da individualização da pena e o da **humanidade**, pois o vínculo existente entre esses dois princípios ganha espaço quando da execução da pena, principalmente quando se leva em consideração as condições do cárcere brasileiro.

Deste modo, impende destacar que são expressões deste princípio as determinações constantes no texto constitucional de 1988, relacionadas às vedações de aplicação da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de banimento, de trabalhos forçados e cruéis. Sendo assim, cabe ao juiz, quando da execução das penas privativas de liberdade, zelar para que as mesmas sejam cumpridas em ambientes que dignifiquem o homem como ser vivo racional, exigindo-se, portanto, destes estabelecimentos carcerários o mínimo de higiene e conforto para a sobrevivência digna no cárcere.

1.2.2 Da atividade legislativa de individualização da pena

Nesta fase de coerção do Direto Penal, o princípio da individualização da pena será utilizado como instrumento seletivo, de modo à bem escolher os bens jurídicos a serem protegidos, e para garantir que no momento da escolha da conduta incriminada e das penas a serem cominadas, o legislador deixe de lado os excessos e preconceitos particulares que possui (paixão e emoção).

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**: 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

Conforme bem preceitua Welzel, citado por Paulo S. Xavier de Souza, bem jurídico nada mais é do que “[...] *bem essencial da comunidade ou do indivíduo, que em razão da importância social deve receber proteção jurídica*”⁹. Assim, através dessa definição é possível concluir que a significação de um bem jurídico não deve ser apreciada isoladamente, mas sim em conexão com todo o ordenamento social que procura refletir os juízos de valor indispensáveis à sobrevivência humana.

Nesta senda, considerando que o princípio da individualização da pena impõe ao legislador infraconstitucional o dever de reprimir penalmente apenas a lesão ou ameaça de lesão a bens com reflexos em valores constitucionais, já que na concepção de um Estado Democrático de Direito a tutela penal não deve, de maneira alguma, vir desvinculada da dimensão social conferida ao bem jurídico, a atividade legal individualizadora se resume ao fato de o legislador reconhecer que a conduta humana só deverá ser punível quando lesionar um bem jurídico constitucionalmente assegurado, excluindo assim do âmbito do direito penal tudo o que não diga respeito à proteção dos mesmos.

Deste modo, fica bastante claro que quando da elaboração a norma, o legislador brasileiro não deve abrir mão do princípio que rege toda atividade penal legiferante brasileira, qual seja, o da intervenção mínima do direito penal, uma vez que a aplicação da pena deve ser a *ultima ratio* de qualquer sistema jurídico integrante de um Estado tido como democrático de direito. É por isso que a incidência do direito penal só se torna legítima se ocorrer de forma subsidiária e quando a convivência pacífica entre os cidadãos não puder ser garantida de outra forma, como por exemplo, com a aplicação de sanções civis ou administrativas.

Do emaranhado de informações acima expostas, que nada mais são do que a conjugação das opiniões de diversos autores sobre o assunto, percebe-se que apesar de a Constituição Federal de 1988 ter conferido ao legislador o poder de individualizar a pena, isso não quer dizer, *ipso facto*, que lhe tenha sido dado poderes para criminalizar todo e qualquer tipo de conduta, especialmente aquelas emergenciais oriundas de fatos e acontecimentos sociais isolados que ganham força através dos avançados veículos de comunicação em massa.

Vide o posicionamento de Paulo S. Xavier de Souza sobre a matéria;

Sob esse prisma, incorporando a dimensão de Estado Democrático de Direito, o princípio da individualização adquire ‘*amplitude positiva e negativa*’ fortalecendo-se como *mecanismo seletivo* de criminalização de comportamentos e um *limite do poder de punir*. Não é suficiente para a consecução da atividade legislativa de individualização, a mera indicação de condutas e penas abstratas, mas estas dependem sempre de um prévio *processo seletivo*, tanto condicionante como

⁹ WELZEL, Hans *apud* SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena:** no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 33.

condicionado à necessidade e a vital importância individual ou social de proteção de determinado bem ou valor.¹⁰ (*Grifos do autor*).

Por derradeiro, registre-se ainda, o dever de reflexão do legislador no que tange a cominação do *quantum* da pena em abstrato, que terá que ser proporcional à maior ou menor relevância do bem jurídico tutelado, bem como à gravidade da lesão ocasionada.

1.2.3 Da atividade judicial de individualização de pena

A atividade judicial de individualização da pena refere-se à segunda fase de incidência do princípio da individualização, momento em que o juiz aplica ao caso concreto a pena abstratamente prevista no tipo penal, sempre margeado pelos limites mínimo e máximo nela impostos com o fim único de legitimamente reprovar e prevenir a prática de novos delitos.

Deste modo, para que ocorra uma efetiva individualização da pena na fase judicial de sua aplicação é preciso que o juiz verifique e valore, da melhor forma possível, todas as circunstâncias que envolvem os fatos relacionados ao delito.

E, assim como procedeu o legislador ao criminalizar determinada conduta, deve o juiz analisar a real ofensa ao bem jurídico protegido, bem como a gravidade da conduta penalmente incriminada.

De qualquer forma, é válido mencionar que a incidência do princípio constitucional da individualização da pena, no que tange a sua aplicação ao caso concreto, não confere de forma **absoluta** ao julgador o **arbítrio** de analisar, ao seu alvedrio, as condições pessoais do autor do delito bem como todas as circunstâncias que envolvem os fatos, sem o dever de motivar as razões de seu convencimento.

Deste modo, o juiz tem o dever de ponderar todas as circunstâncias e consequências do crime, de modo a pautar sua discricionariedade dentro do princípio da legalidade, visando com isso, os reais fins da pena consagrados no diploma penal brasileiro, quais sejam, a reprovação e prevenção do delito. Neste sentido *vide* posicionamento do doutrinador dantes citado;

Na tentativa de obter uma individualização judicial não perfeita, mas clara e proporcionalmente racional, capaz de limitar a intervenção positiva, atendendo ao ideal do Estado Democrático de Direito, incube ao julgador indicar na decisão, quais as *finalidades pretendidas com a aplicação da pena* (art. 59, CP) – idéia de antemão focalizada (Cap. IV. 3) - , verificando a *concreta necessidade da pena* ou a possibilidade da sua dispensa, como por exemplo, no caso do *perdão judicial* (art. 121, § 5º, CP), aplicando o que considera *suficiente e necessário* para reprovação e

¹⁰ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena:** no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 65.

prevenção do delito (Cap. IV. 2.6). Aliás, O *princípio da necessidade da pena* pode ser extraído da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “A lei só deve estabelecer penas escritas e evidentemente necessárias [...]”.¹¹ (Grifos do autor).

A individualização da pena realizada pelo juiz, que ocorre quando de sua aplicação ao acaso concreto, envolve a difícil tarefa de valorizar todas as circunstâncias e consequências que dizem respeito ao agente, ao fato criminoso e ao próprio crime, de modo que ao utilizar o sistema trifásico de aplicação da pena, previsto no artigo 68, do CPB, deve bem analisar não só as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, mas também, as circunstâncias legais dispostas nos artigos 61 e 65, bem como todas as causas de aumento e diminuição previstas tanto na parte geral, quanto na parte especial desse diploma legal repressivo.

Observa-se, deste modo, que a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP, encerra a primeira etapa a ser cumprida pelo julgador para a correta individualização judicial da pena, que deve percorrer as três fases do sistema trifásico de sua aplicação imputando ao agente apenas a prática dos atos que tenha dado causa.

Em um segundo momento, o juiz deve analisar quais das circunstâncias legais genéricas previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, do diploma penal brasileiro encontram-se presentes no caso em estudo. Assim, poderá o julgador, “a seu juízo”, suavizar (nunca a menos do mínimo legal) ou endurecer a pena-base anteriormente aplicada, subtraindo ou somando alguns meses conforme estejam ou não presentes as circunstâncias genéricas acima apontadas.

Posteriormente, na terceira fase do sistema trifásico de aplicação da pena, deve o julgador vislumbrar se existem, no tipo penal imputado ao autor do delito, causas de aumento ou de diminuição de pena que possam majorar ou minimizar a pena-base ou provisória anteriormente aplicada. Só após percorrer essa longa estrada é que o juiz poderá determinar o *quantum* de pena a ser aplicado ao caso concreto, bem como fixar o regime inicial de seu comprimento, concluindo assim, a individualização judicial da pena.

Necessário atentar, de todo modo, que não deve ocorrer dupla valoração de uma mesma circunstância, logo, se qualquer delas constituir elementar do tipo, qualificadora, ou servir para agravar, atenuar, majorar ou minorar a pena a ser aplicada, não pode ser valorada como circunstância judicial sob pena de anulação do julgado pela clara configuração de *bis in idem*.

¹¹ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena:** no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 112.

Registre-se, por oportuno, que esta tese está em perfeita sintonia com os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como com o que prevê o § 46, III, do Código Penal Alemão, que assim dispõe: “não devem ser tomadas em conta as circunstâncias que já constituem elementos do tipo penal”.¹²

Assim, a título de conclusão do que diz respeito à segunda fase de individualização da pena, individualização judiciária, cita-se Mario Coimbra, que consegue fazer um apanhado geral sobre o tema, principalmente quanto aos seus objetivos:

Na segunda fase, conhecida como individualização judiciária, o juiz fixa, dentre os critérios orientativos, qual a pena adequada ao caso concreto, estabelecendo, inclusive, de que forma processará à sua execução. Nota-se que o aplicador da lei atua, em tal fase, com discricionariedade, já que a resposta penal deve ser ajustada principalmente, levando-se em consideração a pessoa do condenado.¹³

Há ainda doutrinadores, como é o caso de Paulo S. Xavier de Souza, que falam em uma quarta etapa da atividade judicial de individualização da pena, qual seja aquela em que o juiz, ao analisar todas as circunstâncias que envolvem os fatos do crime e o agente em si, bem como o preenchimento de todos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal Brasileiro, promove à substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, ou ainda, por pena de multa.

Assim, atentos às circunstâncias do artigo 59 do CP, que quando em benefício do agente podem ser valoradas quantas vezes for necessário, bem como aos requisitos exigidos por esses mesmo diploma penal repressivo no que tange a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, **deverá** o juiz proceder à devida comutação das penas, uma vez que só assim terá atendido, por completo, o princípio da individualização, ao menos no que concerne à fase judicial de aplicação da pena.

Esta é, portanto, a grande problemática apresentada no presente trabalho monográfico que, por sua vez, visa refletir sobre a possível afronta aos princípios constitucionais penais da isonomia e da individualização da pena perpetrada tanto pelo legislador, quando da atividade de elaboração da norma penal incriminadora, quanto pelo juiz, seu interprete e aplicador, que, agregado a um exacerbado positivismo, corrobora a omissão daquele aplicando a letra fria da lei ao caso concreto sem se prontificar ao exercício de qualquer atividade hermenêutica.

¹² SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 149.

¹³ HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Execução penal**. Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

Nesta mesma linha de raciocínio, e ao mesmo tempo trazendo a discussão para a análise da constitucionalidade do art. 44, da Nova Lei de Drogas, os doutrinadores que aderem à tese sobre sua inconstitucionalidade, advogam que a ofensa ao princípio da isonomia ocorre sob duas ópticas diversas; primeiro porque não há motivos para a Nova Lei de Drogas vedar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes de tráfico, se a Lei 11.464/07, que deu nova redação ao § 2º, do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos, permite, ainda que implicitamente, a aplicação de tal benefício para a os crimes hediondos e os a eles equiparados. Segundo porque, totalmente diferente a conduta de um legítimo traficante daquela em que o apanhado pela prática do mencionado delito é a tão conhecida “mula” do tráfico, que apenas trafica para sustentar o vício.

Doutro modo, argumentam que a violação ao princípio da individualização da pena ocorre na medida em que o magistrado, real interprete da lei, ver-se impedido de aplicar penas alternativas aos delitos de tráfico após a análise das circunstâncias fáticas do caso, bem como das condições subjetivas do autor do crime a fim de consertar a omissão do legislador que não realizou de maneira devida a primeira fase da individualização da pena que deve ocorrer quando da elaboração da mencionada figura típica.

Vide o que disse Paulo S. Xavier sobre o assunto:

É indiscutível que os princípios da individualização da pena (art. 5º XLVI, CF/88), da igualdade (art. 5º *caput*, I, CF/88), da proporcionalidade, impedem a prévia catalogação dos reclusos e imposição de regras carcerárias inflexíveis. Sob esse prisma, infinita e individualmente diferente, a avaliação da possibilidade de substituição para o ‘*traficante mercenário*’ e para o ‘*usuário traficante*’, para o traficante flagrado comercializando ‘lança perfume’, e para quem trafica drogas pesadas e altamente destrutivas, não só em função da avaliação da culpabilidade e reprovação do comportamento individual, da magnitude e extensão da lesão ou concreto perigo de lesão do bem jurídico tutelado, mas também sob o aspecto do ideal da prevenção especial positiva da pena (Cap. 2.2.2).¹⁴ (*Grifos do autor*).

Segundo alguns penalistas, a fim de atender da maneira mais completa possível ao referido princípio da individualização da pena, deve o juiz sentenciante, ainda na fase judicial, proceder à determinação do regime inicial de seu cumprimento, que por sua vez ocorre antes da análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Assim, a fim de fixar o regime carcerário inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá atentar para alguns critérios legais, quais sejam aqueles dispostos no art. 33 e

¹⁴ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena:** no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006, p. 187.

parágrafos, do Código Penal Brasileiro (quantidade e qualidade da pena privativa de liberdade imposta, bem como todas as condições objetivas e subjetivas do condenado). Para isto, exige-se um juízo de ponderação a ser devidamente realizado por parte do julgador, de modo que deverá sempre buscar a adequabilidade entre a espécie de pena a ser aplicada e a danosidade social da conduta incriminada.

Necessário ressaltar ainda, que os critérios objetivos dispostos no próprio CP, em seu art. 33 e parágrafos, por vezes, podem ser superados pelas condições objetivas e subjetivas que envolvem os fatos do crime. Nestes mesmos termos é o conteúdo da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça que assim versa: “*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*”.¹⁵

1.2.4 Da atividade executiva de individualização da pena

O princípio da individualização incide nesta última fase, qual seja, de cumprimento da pena, com o objetivo de buscar os seus reais fins, que no ordenamento jurídico penal brasileiro cinge-se na devida retribuição de um mal àquele que negou o direito praticando o delito, bem como sua reinserção ao convívio social, que segundo a portuguesa Anabela Miranda Rodrigues, citada por DEMERCIAN e MALULY, não se confunde com um sistema qualquer de imposição de valores:

[...] a reinserção do social do recluso não se confunde com um sistema qualquer de imposição de valores, mas ‘visa facultar-lhe a necessária preparação – a que não será alheia ao fortalecimento de sua personalidade – para que possa, no futuro, conduzir a sua vida ‘sem que pratique crimes’ [...] ao recluso competirá, em última análise, a decisão pelo caminho da delinquência.¹⁶ (*Grifos do autor*).

Consoante lições de Aníbal Bruno, citado por DEMERCIAN e MALULY, é no tratamento penitenciário que se realiza a verdadeira individualização da pena. *Vide* seu célebre posicionamento sobre o tema:

Quando se passa à execução da medida penal, o crime ficou para trás. O que o estabelecimento penal receberá é o homem, que o crime contribuiu para definir, mas cuja personalidade complexa excede a manifestação do fato punível. A esse homem

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código penal, código de processo penal, legislação penal e processual penal, constituição federal**. 12. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁶ RODRUGUES, Anabela Miranda *apud* DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 652.

real, na sua íntima natureza, como a observação de todos os dias irá revelar, é que deverá ajustar-se o tratamento ressocializador que a execução da pena representa.¹⁷

Assim, concretamente falando, se o julgador ao proferir sentença penal condenatória não vislumbrar a possibilidade de comutação de penas, ou seja, substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, deverá expedir um documento chamado “Guia de Recolhimento”, mais conhecido na praxe forense como carta de guia, que conterá todas as informações tendentes a bem qualificar e individualizar o condenado.

De posse da referida Carta de Guia, o juiz da execução, agora competente para executar a medida imposta na sentença condenatória, deverá submeter o condenado ao exame de seus antecedentes e personalidade a ser realizado pela comissão técnica de classificação, que na posse de toda documentação acima mencionada avaliará o sentenciado e elaborará o programa individualizador.

Assim, a atividade executiva de individualização tem como essência a observância do mérito do condenado, de modo que a execução de sua pena deve ser flexibilizada o tanto quanto seja necessário à expectativa de readaptação social querida pela função preventivo-especial positiva da pena.

Para isso é que a Lei de Execuções penais - LEP (Lei 7.210/84) determina que para que ocorra a correta e devida individualização da pena em sua fase executiva, o condenado deverá ser devidamente qualificado conforme os seus antecedentes e personalidade, bem como submetido a exame criminológico, a fim de aferir o seu grau de temeridade como recluso que, conforme esposado acima, há de ser realizado pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), encarregada de elaborar o respectivo programa individualizador.

Digno de nota é o enunciado previsto no inciso XLVIII, do art. 5º da CF/88, que com o objetivo de proceder a devida individualização da pena ao réu condenado à medida privativa de liberdade, determina que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, de modo que, os homens cumprirão suas penas em estabelecimentos prisionais distintos dos das mulheres, o preso provisório ficará separado do preso definitivo e a depender do grau da infração cometida, também deverão ser separados.

Além disso, a própria LEP, que não só disciplina os deveres do apenado no intuito de zelar pela efetiva aplicação da pena cominada, mas também prever seus direitos a fim de bem efetivar esse ideal de individualização da pena, estabelece que os presídios e penitenciárias

¹⁷ BRUNO, Aníbal *apud* DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 652.

devem possuir lotação carcerária condizente, ou pelo menos compatível com sua estrutura e finalidade. Nestes termos, observa-se que o princípio da individualização da pena apresenta-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como sendo uma das mais importantes garantias constitucionais que reflete as metas a que o Estado Democrático de Direito se propõe. É neste contexto que ganham espaço os princípios constitucionais da humanidade, da proporcionalidade e da proibição de excessos.

Conforme posicionamento exarado por Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da humanidade determina que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-química dos condenados. Na mesma esteira, leciona que para a caracterização do princípio da proporcionalidade faz-se necessária a união harmônica de três fatores essenciais, quais sejam:

Adequação teleológica: todo ato estatal para ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação ao arbítrio (*Übermassverbot*); b) *necessidade* (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder aos limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) *proporcionalidade 'stricto sensu'*: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais.¹⁸ (*Grifos do autor*).

A pena e sua execução não podem, de maneira alguma, afetar a dignidade do condenado recluso. É por isso que são constitucionalmente vedadas as penas de tortura, de tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como “garantidos” aos apenados todos os direitos que são indispensáveis ao ideal propósito de ressocialização pretendido pela pena.

É sabido e notado por todos os brasileiros, que os estabelecimentos carcerários do Brasil não correspondem, nem de longe, ao ideal sistema prisional pretendido pela Lei de Execuções Penais – LEP, por isso, é alvo de grandes críticas não só dos estudiosos doutrinadores, mas também dos próprios juristas que dizem ser a prisão uma fábrica de criminosos, resultado do desleixo do Estado em sua manutenção, principalmente no que tange aos mecanismos utilizados para a execução da pena privativa de liberdade. Para eles, não há como existir uma correta individualização da pena se não há condições sequer de sobrevivência nesses lugares.

Feitas estas considerações, grande parte da doutrina defende que a possível ofensa ao princípio constitucional da individualização, perpetrada pelo artigo 44 da Nova lei de Drogas,

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva 2008, p.16. v. 1.

ocorre na medida em que o elaborador de tal norma infraconstitucional veda, pura e simplesmente, a aplicação de penas alternativas aos delitos de tráfico sem deixar qualquer brecha ao juiz para decidir se as circunstâncias do caso concreto permitem ou não a referida substituição, retirando deste o dever que possui de bem individualizar a pena privativa a ser aplicada.

1.3 O princípio da Isonomia

Na gama de princípios constitucionais que informam não só o direito penal, mas também todos os outros ramos do direito, o princípio da isonomia disposto no *caput*, do art. 5º da CF/88¹⁹, como princípio constitucional que é, visa tratar os iguais se forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, como já dizia o célebre Aristóteles.

Apesar de a Constituição brasileira estabelecer, no dispositivo acima citado, que todos são iguais perante a lei, entende-se que o alcance deste princípio não se restringe a nivelar o cidadão diante da norma legal posta, pois visa, também, uma igualdade substancial consistente na elevação de pessoas que, naturalmente, encontram-se em demasiado grau de inferioridade.

Constata-se que a Constituição Brasileira de 1988, constituiu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, sobrelevando, deste modo, a promoção da igualdade de forma efetiva e concreta.

Assim, fica fácil perceber que o constitucionalismo brasileiro apresenta o princípio da igualdade como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, não se resumindo apenas ao **enorme** relevo que já possui de constituir a categoria de direito fundamental da pessoa humana. Assentando a ideia acima apresentada, Paulo Bonavides, citado por Carlos Roberto Siqueira Castro, assim discorreu sobre o assunto:

O centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Como essa compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado contemporâneo... **De todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido a importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o**

¹⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

direito-chave, o direito-guardião do Estado Social... Na judicatura do tribunal Constitucional da Áustria, por exemplo, ele não apenas predominou quantitativamente como desalojou todos os demais direitos fundamentais.²⁰ (*Grifo nosso*).

Além disso, deve-se levar em consideração o fato de que a igualdade pretendida por um Estado Democrático de Direito deve estar, umbilicalmente, atrelada à noção de proporcionalidade disposta implicitamente no texto constitucional, de modo que, não haverá igualdade se os mecanismos tendentes a aferi-la não forem usados de forma proporcional, ou seja, reduzindo ou aumentando o rigor da norma de acordo com as circunstâncias que envolvem os fatos.

1.3.1 Igualdade Formal

Já na Constituição do Império de 1824, a igualdade formal vinha preconizada em seu artigo 179, XIII com a seguinte dicção; “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”²¹.

Levando em consideração o fato de que esta disposição legal convivia com grandes privilégios e discriminações da época, o clamor republicano de 1891 foi responsável pela positivação do princípio isonômico como simples vedação formal aos privilégios individuais, insculpido no artigo 72, parágrafo 2º, da Constituição de 1891, que assim dispunha: “*Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho*”²².

Diante do exposto, assim se posicionou Carlos Maximiliano, citado por Carlos Roberto Siqueira Castro:

[...] todavia, a igualdade, como garantia fundamental da lei básica, não tem caráter absoluto, mas ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação

²⁰ BONAVIDES, Paulo *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 361.

²¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2010.

²² BRASIL. **Constituição Federal de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2010.

mecânica. Consiste, na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei.²³

Assim, como bem assentou Siqueira Castro, ainda valendo-se da concepção de legalidade estrita, conforme foi possível vislumbrar pelo teor da citação acima colacionada, o constitucionalismo brasileiro passou um grande período de tempo submisso à teorização prática do princípio da igualdade formal desprezando por completo os anseios populares em prol da igualdade substancial.

Aristóteles, por sua vez, vinculou a ideia de igualdade à de justiça, de modo que o justo seria dar a cada um o que é seu. Neste diapasão, a igualdade formal constituiria uma premissa segundo a qual os seres da mesma categoria deveriam ser tratados da mesma forma, sem que fosse necessária a observância das reais condições do sujeito.

Na atualidade, a igualdade formal consiste no ato de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, mesmo que tal atitude resulte na prática em algum tipo de discriminação. Esclareça-se, desde já, que a aplicação da norma jurídica ao caso concreto não se resume a atividade desempenhada pelo juiz, mas também diz respeito àquela realizada tanto pelo legislador, em sua fase de elaboração, quanto pela pessoa encarregada de executar a medida anteriormente aplicada.

Todavia, deve-se ter em mente que tanto o julgador quanto o executor acima citados, possuem seus campos de atuação limitados pelo comando da própria lei. É por isso que se diz que o mandamento constitucional, que afirma serem todos iguais perante a lei, dirige-se com maior particularidade ao elaborador da norma penal incriminadora, pois este é quem vai criar o seu conteúdo, o qual deverá ser aplicado e executado com fidelidade e respeito aos critérios por ele mesmo estabelecidos.

Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que não diverge do posicionamento adotado por Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido analisado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivela os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.²⁴

[...] o legislador, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na

²³ MAXIMILIANO, Carlos *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 380.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995, p. 9.

repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou agravá-las em proporção às suas diversidades.²⁵

Deste modo, torna-se necessário observar que a depender das opções legislativas dos responsáveis pela elaboração da norma, o princípio da isonomia apresentar-se-á das mais variadas formas, a depender das concepções políticas reinantes em cada tempo e em cada lugar. Todavia, não se estar com isso querendo dizer que as normas **sempre** refletem os anseios sociais, mas que as concepções políticas existentes na época, influenciam, sobremaneira, a atividade legiferante, de modo a ser responsável pela positivação de “ideais” de igualdade material sem que na prática isso ocorra.

1.3.2 Igualdade Material

Pelo exposto acima, a igualdade formal não é suficiente para satisfazer os ideais de igualdade pretendidos por um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, pois tal igualdade, consubstanciada na premissa de que todos são iguais perante a lei, no sentido de que a norma posta será aplicada a todos indistintamente e sem privilégio para quem quer que seja, não garante o ideal de justiça pretendido.

Deste modo, a igualdade material ou substancial consiste no fato de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de modo desigual, tarefa esta que não pode ser realizada com a simples aplicação da lei ao caso concreto de maneira indistinta a todos que se encontrem em determinada situação, pois o ideal de igualdade só será efetivamente alcançado após uma análise casuística de todas as circunstâncias que envolvem os fatos responsáveis pela realização do crime.

Neste sentido, Petzold, citado por José Afonso da Silva diz que “[...] o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àqueles iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador”.²⁶ (*Grifos do autor*).

Nesta esteira, é possível concluir que os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, pois não raro podem ocorrer situações envolvendo pessoas que, aparentemente,

²⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra *apud* SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 214.

²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 215.

encontram-se nos mesmos patamares, quando na verdade entre elas o que existe é uma enorme desigualdade.

A igualdade material, portanto, não busca apenas igualar as pessoas perante a lei, mas muito mais do que isso, colocá-las nos mesmos patamares e sob as mesmas condições. Para tanto, faz-se necessário a observância do caso concreto a fim de analisar as reais circunstâncias que o envolve.

Assim, a Constituição Federal de 1988, não garante apenas a igualdade formal, pois através de uma interpretação sistemática é possível aferir que o ideal de igualdade insculpido no *caput* de seu artigo 5º, deve ser estudado em conjunto com valores como dignidade, justiça, solidariedade etc., contidos também no texto constitucional, inclusive, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme já analisado.

Sobre a matéria, *vide* reflexão do professor, Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

A igualdade constitucional visa, até mesmo, a produzir desigualdades. Para se alcançar igualdade é preciso, muitas vezes, tratar desigualmente. Caso contrário, não se alcançará dignidade, justiça ou solidariedade. Porém, paradoxalmente, a igualdade é, e sempre será, relação. Isso porque, abandonada a concepção de igualdade como relação, não haverá igualdade. Ter-se-á representação vazia, conceito do qual se terá retirado a característica essencial. A igualdade significando relação é imprescindível como instrumento de trabalho. A dificuldade será combinar essa relação com sujeitos envolvidos, e com valores desejados. Mas o fundamento desta combinação será sempre relação de proporcionalidade entre os sujeitos e seus bens e interesses desejados ou atribuídos.²⁷

1.3.2.1 Igualdade material e o artigo 44 da Nova Lei de Drogas

Agora, a fim de contextualizar este princípio na análise da in(constitucionalidade) do art. 44, da Lei 11.343/06, advogam os doutrinadores mais garantistas que não atende ao ideal de igualdade, pressuposto de um Estado Democrático de Direito, um dispositivo legal infraconstitucional que simplesmente veda a aplicação de penas alternativas aos delitos de tráfico em toda e qualquer circunstância sem a análise real do caso concreto.

Apesar de encontrar-se em situações completamente distintas, aquele que se vendo no desespero, aceita ser “mula” do tráfico, e o verdadeiro traficante (chefe do tráfico), são apenados exatamente da mesma forma, ferindo assim, um dos princípios mestres do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o princípio da igualdade, ou isonomia.

²⁷ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

Parece ser bastante distinta a situação de alguém que, apenas uma única vez e de forma excepcional, aceita a proposta de transporte de drogas de um lugar para outro, visando certa quantia em dinheiro como contrapartida do trabalho empreendido, daquela de um legítimo traficante que, além de já ter praticado inúmeros outros crimes da mesma espécie, vive do tráfico.

Neste sentido e com uma visão bastante crítica sobre o princípio da isonomia, é o posicionamento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Maranhão, José Luiz Oliveira de Almeida:

A Constituição da República, ao instituir o PRINCÍPIO DA IGUALDADE, estabeleceu que, diante de situações iguais, deve-se dar tratamento igualitário, sem fazer distinção de qualquer natureza, razão porque tal princípio 'deve constituir preocupação tanto do legislado como do aplicador da lei' 6, o que não se vê, entretantes. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE inserto em nossa CONSTITUIÇÃO deveria, com efeito, operar em dois planos distintos, ou seja, quando da elaboração das leis, impedindo a criação de tratamentos abusivamente diferenciados e, noutro plano, impondo à autoridade pública aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social 7. Nada obstante, o que se vê no dia-a-dia é uma clara discriminação no atuar das autoridades públicas, as quais, sem disfarce, discriminam, sim, os destinatários da norma penal. A norma penal, infelizmente, só tem validade, de regra, para as camadas mais humildes da sociedade, em que pese, como afirmei acima, se destine, em tese, a todos os súditos.
²⁸ (*Grifos do autor*).

A análise do caso concreto será, portanto, a chave mestra para a solução desse problema, pois só assim ver-se-á se se está diante de uma situação em que é perfeitamente possível a substituição da pena privativa de liberdade, ou se tal comutação mostra-se indevida.

Saliente-se ainda, que o princípio da igualdade tem como grande objetivo, além de propiciar a garantia individual de igualdade, erradicar qualquer forma de favoritismo. Assim, valendo-se de uma interpretação extensiva é possível dizer que a isonomia estará assegurada quando forem atendidas não apenas a letra da lei, que consagra o princípio isonômico, mas também o seu espírito, que visa assegurar a igualdade ou desigualdade posta diante do caso concreto.

Logo, a razão substancial a justificar o descrimine proposto, será nada mais nada menos do que a análise das circunstâncias que envolvem tanto os fatos quanto o agente do delito, pois, conforme previsão de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*o que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois só neles podem*

²⁸ ALMEIDA, José Luiz de. **Clientela do direito penal e o princípio da isonomia**. Disponível em: <<http://joseluizalmeida.com/2008/01/27/a-clientela-preferencial-do-direito-penal-e-o-principio-da-isonomia>> Acesso em: 05 de junho de 2010.

residir diferenças.”²⁹. Deste modo, uma vez observadas as gritantes diferenças do caso concreto, deve-se atribuir específico tratamento jurídico a quem se encontra em desvantagem.

Nesta esteira, há que se analisar que a isonomia só restará consagrada se a distinção das diversas situações for realizada caso a caso, pois como sabido e já salientado, tal distinção não procede diretamente da lei, vez que o legislador infraconstitucional que elaborou a Nova Lei de Drogas, preferiu por vedar, *in abstracto*, a possibilidade de aplicação de penas alternativas aos crimes de tráfico sem atentar para o fato de que as circunstâncias do caso concreto podem ensejar conclusões diversas sobre a possibilidade ou não de comutação das penas.

Diante disso, os estudiosos sobre o assunto entendem que o legislador ordinário, responsável pela expressa vedação, *in abstracto*, da comutação de penas para os crimes de tráfico, incorreu em flagrante inconstitucionalidade por violar não só o princípio da isonomia, sobre o qual ora se discorre, mas também por violação ao princípio da individualização da pena, como visto acima, e em última instância ao da razoabilidade, visto que, reprime da mesma forma pessoas que se encontram em situações extremamente diversas, conforme dispôs João Paulo oliveira dias de Carvalho, defensor público do Estado do Pará:

Dessa feita, não se pode igualar a reprovabilidade, por exemplo, de quem exporta ou importa entorpecente com aquele que “traz consigo” ou mesmo “tem em sua guarda” a mesma substância, principalmente quando não se tem a certeza, pelos elementos contidos no inquérito policial e na denúncia, de que este “trazer consigo” ou “ter em sua guarda” são ações que visaram o consumo próprio da substância pretensamente entorpecente pelo agente ou se este visou comerciá-la.³⁰

Neste diapasão, o posicionamento doutrinário retromencionado, pretende deixar claro que o legislador infraconstitucional chegou ao ponto de tratar da mesma forma, tanto processualmente quanto quando do efetivo momento de aplicação da lei penal repressora ao caso concreto, um perigoso traficante, que literalmente sobrevive do comércio ilegal de drogas, e um simples indivíduo que porta pequena quantidade de drogas, que muitas vezes serve apenas para alimentar seu vício.

Deste modo, e a título de conclusão do presente capítulo, o motivo de toda inquietação até aqui abalizada diz respeito, única e exclusivamente, a vedação apriorística, ou seja, *in abstracto*, da substituição de penas privativas de liberdade por pena restritiva de direitos aos

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995, p. 33.

³⁰ CARVALHO, João Paulo Oliveira dias de. **A inconstitucionalidade da vedação contida no art. 33, §4º, da lei 11.343/06**. Disponível em:< <http://www.defensoria.pa.gov.br/?q=node/767>>. Acesso em: 13 de junho de 2010.

crimes de tráfico, sem que ao magistrado seja concedida qualquer brecha de discricionariedade para conceder esse benefício quando da análise do caso concreto.

CAPÍTULO 2 A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS E A NOVA LEI DE DROGAS

Impende destacar, neste momento, que bastante relevante apresenta-se o estudo a ser realizado no presente capítulo, pois, tendo em vista o fato de ser esta a problemática central deste trabalho, mostra-se de bom avilte a realização de uma análise mais detida sobre os diversos aspectos que o rodeiam.

Tendo isto em mente, faz-se-á, inicialmente, um estudo sobre a origem, o conceito, os fins, fundamentos e as espécies de penas consagradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para só depois analisar sua aplicação ao caso concreto.

Deste modo, o estudo aqui proposto, voltar-se-á mais especificamente às penas restritivas de direitos, bem como a análise dos requisitos exigidos pelo diploma penal brasileiro para sua aplicação de forma substitutiva às penas privativas de liberdade.

2.1 Pena: conceito, origem, fins/fundamentos e espécies

2.1.1 Conceito

A palavra *pena* apresenta várias origens etiológicas, dentre elas encontram-se a latina – *poena* – que significa sofrimento e a grega – *ponos* – que quer dizer dor. Deste modo, observa-se, desde já, a grande dificuldade em dissociar da pena o seu caráter pejorativo e pernicioso consubstanciado na dor e no sofrimento.

Mas, antes mesmo de propor um conceito de pena, de grande valia mostra-se a apresentação dos diversos conceitos elaborados pelos mais renomados estudiosos do direito penal.

Para Guilherme de Souza Nucci, a pena nada mais é do que “a sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes”.³¹

Rogério Greco, por sua vez, diz que “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o *ius puniendi*”³²

Lozano, citado por Nucci, dispôs que a pena:

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

³² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 485.

[...] é a consequência jurídica, característica do Direito Penal, consistente na privação ou restrição dos mais relevantes direitos individuais e que se impõe a uma pessoa física que tenha cometido ou participado do cometimento de um fato que a lei penal tipifique como delito ou contravenção, e cuja responsabilidade criminal não tenha sido excluída pela ocorrência de uma causa legal de justificação, exculpação ou absolvição.³³

Juarez Cirino desenvolve a ideia de que:

[...] a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal; ao contrário, este estudo deve rasgar o véu da *aparência* das funções *declaradas* ou *manifestas* da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/ meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas.³⁴ (*Grifos do autor*).

Já para Cezar Roberto Bitencourt, que por sua vez corrobora a tese defendida por Juan Bustos Ramirez e H. Hormazábal Malarée, o conceito de pena está intimamente relacionado com o de Estado, logo, para uma melhor compreensão da sanção penal, a pena deve ser analisada levando-se em consideração o modelo social econômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador.³⁵

Cláudio Brandão assim discorreu sobre o assunto:

A pena pode ser definida como a consequência jurídica do crime, traduzida em um mal, imposto pelo Estado, com o fim de evitar a prática de novos delitos. A ideia de pena está vinculada à de legalidade, porque o Estado somente poderá impor esse mal a partir do instrumento que se utiliza para impor seus comandos penais: *a lei*.³⁶ (*Grifo do autor*).

Hans Welzel, citado Por Cláudio Brandão, define pena como sendo “um mal que se impõe ao autor por um fato culpável (...). A pena se justifica como retribuição adequada à medida da culpabilidade. Esse sentido da pena se dirige à compreensão e à vontade do homem, tanto do autor quanto da sociedade em que vive”.³⁷

³³ BLANCO LOZANO, Carlos *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2005, p. 2.

³⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan & HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80. v.1.

³⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280.

³⁷ WELZEL, Hans *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280.

Feita esta primeira abordagem acerca dos conceitos de pena, percebe-se que eles apresentam-se das mais variadas formas, desde aqueles com feição mais dogmática, de concepções bem fechadas, até aqueles com viés mais político, voltados para o campo da política criminal.

Não obstante isso, observa-se que apesar de os referidos conceitos apresentarem-se sob as mais variadas formas, há consonância quanto ao fato de a pena ser considerada uma sanção que representa um mal, devendo ser aplicada toda vez que um fato anormal e penalmente relevante ocorre.

Todavia, atenta-se para o fato de que tal proposição não tem, nem de longe, o objetivo de enaltecer a ideia pura e absoluta do retribucionismo que a seguir será analisado, mas muito pelo contrário, visa demonstrar que a pena nada mais é do que a atribuição a alguém de um castigo não querido, de modo a impedir a prática da conduta desregrada que a ensejou.

2.1.2 Origem

Necessário frisar, de antemão, que as punições remontam ao aparecimento do primeiro sistema de relações humanas, de modo que a ideia de permitido e proibido existe desde a criação do mundo.

Diz a sagrada escritura, que, por não ter obedecido às ordens emanadas de Deus e ter comido o fruto da árvore envenenada, a Adão foi determinado alimentar-se das ervas do campo e a ganhar o pão com o suor do próprio rosto. Da mesma forma, Eva, que derivou de uma das costelas de Adão, por também ter praticado o pecado original, foi destinada a sofrer na gravidez e a viver sob a dominação masculina. Assim diz o livro de Gênesis, Cap. 3, v. 17-19:

A Adão porém disse: Pois que tu deste ouvidos a voz de tua mulher, e comeste do fruto da arvore, de que eu te tinha ordenado que não comesses; a terra será maldita por causa de tua obra: tu tirarás dela o teu sustento à força de trabalho. 18 Ela te produzirá espinhos e abrolhos: e tu terás por sustento as ervas da terra. 19 Tu comerás o teu pão no suor do teu rosto, até que te tornes na terra, de que foste formado. Porque tu és pó, e em pó hás de tornar.³⁸

Deste modo, perceber-se que a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, onde Deus, além ter fixado as sanções acima referidas, ainda expulsou Adão e Eva do Jardim do Éden.

³⁸ BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Edelbra, 1979.

A partir do momento em que o homem passou a viver em comunidade, de imediato, surgiu a necessidade do estabelecimento de regras de convivência que tinham como principal objetivo a própria manutenção do agrupamento humano, pois enquanto só, o homem não precisava de qualquer código de conduta. Somente após a presença do outro e a posterior formação de uma comunidade, ainda que rudimentarmente composta por dois, três, quatro ou cinco membros, foi que surgiu a necessidade da instituição de regras mínimas de delimitação de espaço.

Sendo assim, a partir do momento em que as regras até então estabelecidas passaram a ser quebradas, surgiu a inexorável necessidade de aplicação de um castigo/pena, que diferentemente do sentido técnico-jurídico que possui hoje, deveria ser aplicada como forma de libertação do próprio clã da ira dos deuses, já que, segundo Luigi Ferrajoli, citado por José Antônio Paganella Boschi, os acontecimentos naturais, como a chuva, o trovão e os terremotos, resultados da fúria divina, “iriam exercer, dentro da visualização desses povos primitivos, direta influência sobre a vida de cada um e de toda a comunidade, premiando-os ou castigando-os em razão do comportamento exteriorizado.”³⁹

Acreditava-se que as forças sobrenaturais nada mais eram do que a fúria dos deuses que recairiam sobre a comunidade, acaso não fossem castigados aqueles que infringissem suas regras. Deste modo, aplicando-se o devido castigo ao indivíduo infrator, acalmar-se-ia a ira divina e sua fúria não recaía sobre toda a comunidade.

Neste momento da história da humanidade a vingança de sangue toma a cena, de modo que a pena corporal aplicada ao infrator das normas de conduta nada mais era do que uma manifestação humana contra a falta sofrida.

Todavia, ressalte-se que a busca incessante por um responsável sobre o qual devesse recair a pena, a fim de libertar o clã ou a tribo da impureza que a contaminou, teve como consequência a punição de muitos inocentes, que, diante das torturas sofridas acabavam por confessar a prática de crimes que não haviam cometido.

Aos poucos, no entanto, como sempre ocorre com a evolução histórica de todo e qualquer instituto ou instituição, percebeu-se que as atrocidades cometidas na aplicação da pena, que na grande maioria das vezes ultrapassava a pessoa do condenado, não mais satisfaziam os interesses grupais, uma vez que as vítimas, seus parentes e familiares, bem como o próprio clã ou tribo passaram a reagir contra o atroz sistema punitivo imposto.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 92.

É neste contexto que aos poucos vai surgindo a necessidade de individualização da pena, de modo que sua extensão atingisse tão somente o autor imediato e direto do delito. Neste diapasão, a vingança de sangue cede seu lugar para as ideologias da defesa social, que apesar de bastante incipiente já consegue sobressair-se como fundamento da pena, conforme aduz Antonio Boschi: “a vingança de sangue acabou sendo substituída por duas outras penas de maior espectro; a de expulsão do ofensor e a de seu banimento do próprio território.”⁴⁰

Deste modo, Percebe-se claramente que desde os primórdios da humanidade, mesmo que de forma bastante embrionária, a pena tinha como fim último a “defesa social”, já que, com o objetivo de proteger a sociedade do mal que a desconstituía, o indivíduo castigado era posto para fora da comunidade e exposto a própria sorte.

Passada esta fase mítica, surge, ainda que sem muito sucesso, uma segunda fase que se convencionou chamar de *vingança privada*, a qual se traduz na ideia de fazer justiça com as próprias mãos, de modo que a própria comunidade era quem reagia contra o infrator das ordens que a regia. Esclareça-se que esta forma de reação não teve muito sucesso porque a reação da comunidade contra o “criminoso” estava gerando um cem números de contrarreações pondo em risco a sobrevivência do próprio clã ou agrupamento humano, consoante anotado.

Nesta fase da história da humanidade, a reação à ação criminosa não era nem um pouco proporcional à infração cometida, mas muito pelo contrário, os próprios ofendidos, ou seus familiares, ou até mesmo o clã ou a tribo, revidava a prática do “crime” de forma bastante ofensiva e sem qualquer prestígio à personalidade, pois muitas vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia.

Registre-se, que a vingança privada passou a fazer parte do costume dos povos, de modo que só lentamente, e graças ao estabelecimento do poder social, passou a ceder lugar à vingança pública, onde os castigos corporais passam a ser aplicados em público e por uma pessoa “legitimada” a fazê-lo. Neste diapasão, os chefes das tribos ou dos clãs, como autoridades absolutas que eram, passaram a ter poder de vida e morte sobre os seus comandados.

Diante deste impasse, a este chefe da tribo ou do clã foi dado o poder de aplicar as punições aos infratores das normas sociais e, somente aos poucos foi surgindo à necessidade de institucionalização das mais variadas formas de punição com vistas a reuni-las em uma

⁴⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93.

única legislação que regesse todos, indistintamente. Esta é a chamada fase da *vingança pública*, onde a centralização do poder ganha forças, não dando margem a qualquer tipo de contra-ataque individual.

Com o passar do tempo e o natural desenvolvimento das civilizações, surgiram várias legislações como as leis dos hebreus e os Códigos de Hamurábi e Manu, que previam pesados castigos corporais, os quais variavam desde a morte simples até as impensáveis barbáries como: mutilações, esquartejamentos, enterramentos, etc.

Apesar desta leve mudança paradigmática, no sentido de destinar a infração penal unicamente ao infrator das regras sociais, o corpo do indivíduo ainda era o destinatário dos pesados castigos implantados na comunidade da época. Prevalecia, portanto, o critério do Talião (vocábulo latino *tálio/talis* – tal) - *Olho por olho, dente por dente*), que apesar de também se apresentar como cruel e desumano, onde se acreditava que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que tivera provocado a outrem, observa-se que houve, ainda que de forma bastante precária, uma evolução no que diz respeito ao equilíbrio entre a pena a ser aplicada ao infrator e a infração por ele cometida. Sendo assim, ver-se que o Código de Hamurabi é, até os dias atuais, apontado como sendo a primeira manifestação explícita de punição proporcional à falta cometida.

Segundo Basileu Garcia:

Nas legislações da antiguidade, como a habraica, a grega e a romana, observam-se sinais do largo emprego do talião. Ôlho por olho, dente por dente, advertia a legislação israelita, reunida no Pentateuco, que apresentava os cinco primeiros livros do Antigo Testamento, atribuídos à Moisés. E, mais recuado que o recuado código de Manu, da Índia e de Hamurabi, d a Caldéia, que remonta a cerca de dois mil anos antes da era cristã, já previa profusamente, a retribuição talional.⁴¹

Tobias Barreto, por sua vez, em célebre passagem de seu livro intitulado, *Fundamentos do Direito de Punir*, assim discorreu:

É assim que se vê o filho órfão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvê-la em ocasião oportuna, ao peito do assassino. É assim que o homem do povo, a quem a calúnia feriu no mais fundo de sua dignidade, não tem outra ideia senão cortar a língua de seu caluniador. É ainda assim que, nos atentados contra a honra, feminina, não raras vezes a desafronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinquente.⁴²

⁴¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. tomo I. 4. ed. 36. tir. São Paulo: Max Limonad, 1973, p. 13. v. 1.

⁴² BARRTEO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. São Paulo, RT, n.727, p. 648.

Apesar de no Oriente Antigo a pena ainda possuir um viés por demais religioso, já que ela se apresentava como sendo a fúria dos deuses, no Direito Romano, inicialmente, as sanções eram aplicadas de acordo com o livre convencimento do *pater familiae*. Todavia, no período republicano, ela perdeu o ser caráter de expiação, uma vez que houve a separação entre o Estado e a Igreja, prevalecendo à característica do Talião e da Composição. Durante o Império, portanto, quem esperava um progresso viu-se diante do restabelecimento da pena de morte e a instituição das penas de trabalho forçado.

Apesar das críticas que se aviltaram contra o sistema talional, não restam dúvidas de que ele foi responsável pela criação da ideia da proporcionalidade que deveria existir entre o delito cometido e a pena aplicada, bem como pelo enaltecimento da ideia de pessoalidade já existente naquele momento da evolução histórica consubstanciado na expulsão ou banimento do indivíduo infrator da comunidade em que vivia.

Diante da necessidade de barrar a ingerência do particular na realização da justiça, viu-se a extreme necessidade de intervenção do poder público na justiça privada, ocasião em que a humanidade assistiu, durante séculos, a crueldade dos castigos aplicados em praça pública.

No Direito Canônico, por exemplo, apesar do caráter sacro da punição predominava o objetivo de intimidação, pois os excessos cometidos pela Santa Inquisição não demonstravam o contrário, uma vez que chegou ao ponto de legitimar a prática de tortura em praça pública a fim de extrair do sujeito a confissão da prática do crime.

Ressalte-se que neste contexto histórico, a confissão aparece como sendo a rainha das provas, pois, aproveitando-se do baixo grau de escolaridade dos infratores, bem como de suas hipossuficiência econômicas, os inquisidores disseminaram o terror e queimaram centenas de inocentes nas fogueiras em praça pública, pois sob tortura os faziam confessar a prática de crimes que não haviam cometido.

Consoante lições de João Bernardino Gonzaga, citado por Antonio Boschi, “(...) a Inquisição nasceu e permaneceu imersa no mundo em que a envolvia, reinando “de modo implacável, para impor aos povos uma ordem, a sua ordem, que não admitia divergências, nem sequer hesitações.”⁴³ (*Grifos do autor*).

Basileu Garcia assevera que na França, ainda depois dos anos de 1700:

A pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, fôrça e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se

⁴³ GONZAGA, João Bernardino *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 97.

lançavam em movimentos em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordoado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida, era colocado sobre a roda, com a face voltada para o céu, até expirar. Às vezes, estrangulavam-no, nos derradeiros membros, para apresentar o fim do impressionante espetáculo.⁴⁴

Aos suplícios corporais que fundamentaram a imposição e aplicação da pena durante toda Idade Média, seguiram, ainda na antiguidade, as penas de composição, que diferentemente das penas corporais, tinham como alvo principal o patrimônio do infrator. Ocorre que, apesar do surgimento das penas indenizatórias os pesados castigos corporais continuaram a ser aplicados, de modo que, diferentemente de antigamente, o poder punitivo estatal passou a assumir o papel de intermediário entre a vítima e o delinquente, sendo, portanto, responsável por todas as atrocidades dantes mencionadas, quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Foi ainda com o Direito Canônico que surgiu a ideia de privação de liberdade como pena, pois dentre as várias sanções religiosas aplicadas aos considerados hereges, havia a internação nos mosteiros e a reclusão nas celas, que por sua vez deram origem as penitenciárias públicas. Assim, só em meados do século XVIII foi possível observar essa brusca mudança de paradigma, em que as sanções intimamente voltadas ao castigo corporal, passam a ter como alvo não só o patrimônio do agente infrator, mas também sua liberdade.

Só com os ideais de liberdade e garantia, pregados pela Revolução Francesa de 1789, que por sua vez teve como fundamento às teorias contratualistas explicadas pelos teóricos iluministas, é que o direito penal assume uma feição mais humanitária e menos atroz como ocorreu no período da Idade Média.

Essa foi a época de apogeu do iluminismo, onde vários filósofos e juristas contribuíram das mais diversas formas para o nascimento de um “sistema” punitivo diverso do até então empregado. Agora, a pena devia guardar um mínimo de proporcionalidade com o delito cometido, de modo a retirar dos juízes a arbitrariedade que possuíam quando de sua aplicação ao caso concreto. Foi a partir das ideias de Marquês Beccaria, que por sua vez apresentou-se como o principal expoente da era iluminista, que as penas passaram a ter outro destino que não mais o corpo do agente.

⁴⁴ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. tomo I. 4. ed. 36. tir. São Paulo: Max Limonad, 1973, pp. 15-16. v. 1.

Conforme consubstancia Boschi, o ilustre pensador iluminista procurou sustentar em seu renomado livro – *Dos Delitos e das Penas*, que as penas não devem ter por fim torturar e afligir um ser sensível nem desfazer um crime que já está praticado, mas sim, afastar o indivíduo infrator deste submundo criminoso, bem como evitar que ele e os seus patrícios (resto da sociedade) venham a cometer novos delitos.

Com esta obra, publicada em 1764, Beccaria procurou hastear a bandeira da legalidade, a fim de barrar os arbítrios até então cometidos pelos seres humanos contra seus próprios semelhantes. Observa-se que esta obra buscou encontrar soluções alternativas, isto é, diversas das penas corporais a serem aplicadas aos infratores das regras coletivas. Deste modo, o caráter humanitário de seu livro é considerado, até hoje, um marco para o direito penal, pois a partir dele desenvolveu-se a ideia de que somente leis podem fixar penas e que não cabe aos juízes interpretá-las ao seu alvedrio.

O princípio da legalidade ganha, portanto, grande espaço e notoriedade, de modo que a tarefa dos juízes se resume em apenas aplicar ao caso concreto as leis que se encontram consagradas no “ordenamento jurídico vigente”, seja ele escrito ou consuetudinário.

Além disso, Beccaria também procurou difundir, concretamente, o princípio da *responsabilidade pessoal* buscando com isso evitar que as penas pudessem ultrapassar da pessoa do condenado como constantemente ocorria na época do terror, em que, acaso o infrator da lei não fosse encontrado para responder penalmente pela infração cometida, seus familiares eram quem deveriam suportar as sanções que a ele deveriam ser impostas.

Segundo Muniz Sodré, citado por Rogério Greco, coube a Beccaria:

[...] a honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a máquina iníqua e desumana por que, naqueles tempos de opressão e barbaria, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade dos seus julgadores. Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meios de punição ou de mera investigação da verdade, em que não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento atroz e horrorizante, em uma longa agonia, sem tréguas e lentamente assassina. Ele, nobre e marques, ao invés de escutar as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gozos tranquilos de sua existência fidalga, em lugar de manter-se num fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera de ociosa indiferença, ergueu a sua voz, fortalecida por um grande espírito saturado de ideias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos, desrespeitados e repelidos.⁴⁵

⁴⁵ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 488.

Necessário registrar, que os ideais proclamados por Beccaria espalharam-se por toda e Europa, tendo sido inclusive consagrado na Declaração de Direitos do Homem, de 1789 (Revolução Francesa). A ideia de respeitar a dignidade humana do criminoso, preservando sua integridade física e mental perdura até os dias atuais, sobretudo, nos países ocidentais. Influenciados por essa nova ideologia, a maioria esmagadora dos países do Ocidente procuraram incutir em suas legislações a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana.

Aqui no Brasil, por exemplo, a dignidade da pessoa humana é o princípio reitor de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido, portanto, erigido à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil. Deste modo, todas as relações humanas alcançadas pela soberania do Estado brasileiro deve pautar-se por este princípio que é, atualmente, responsável pela universalização dos direitos humanos.

Vale ressaltar, no entanto, que a concepção de “dignidade da pessoa humana” varia de um país a outro, pois para o Estado brasileiro uma dessas concepções encontra-se insculpida na norma que veda a aplicação da pena de morte, o que não ocorre no caso dos Estados Unidos, por exemplo.

Esta afirmação só corrobora o que disse Cezar Roberto Bitencourt, já citado neste trabalho monográfico, que a sanção penal deve ser analisada levando-se em consideração o modelo sócio-econômico e a forma de Estado em que se desenvolve o referido sistema sancionador. Sendo assim, o que pode ser um dos maiores atentados contra a dignidade da pessoa humana para uns, pode não ser para outros e, conforme visto, isso vai depender do contexto sócio-político e econômico de cada país, bem como da forma como se apresenta.

Ressalte-se, no entanto, que nos dias atuais, não há grandes abismos entre as diversas concepções sobre quais valores humanos devem ser preservados em toda e qualquer situação, pois os tratados internacionais procuraram universalizar os direitos humanos com vistas a conferir-lhes um mínimo ético de respeito.

Conforme anota Jayme Bevenuto, ao defender o caráter indivisível dos direitos humanos, as características de indivisibilidade e universalidade ligadas a tal categoria de direitos estão, intimamente, relacionadas com o fim da segunda guerra mundial (1939-1945), que por sua vez, marcou o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos.

Apesar dos anos que seguiram à promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, terem sido marcados pela distinção entre duas ou três categorias de direitos humanos através da

adoção do sistema geracional de direitos humanos, tal Declaração procurou contemplar em uma única categoria, os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Deste modo, percebe-se, claramente, que a Idade Média, bem como o passado de trevas, recentemente vivido durante a Segunda Mundial, mostraram a premente necessidade de universalização e indivisibilidade dos direitos humanos, de modo a fazer com que todos os países do mundo consagassem, em suas Constituições, a dignidade da pessoa humana como sênto direito fundamental por excelência que não deve ser relegado a segundo plano em nenhuma hipótese.

Ressalte-se, por derradeiro, que quando se fala sobre direitos humanos não se está com isso querendo fazer prevalecer uma categoria de direitos em relação a outras, mas muito pelo contrário, estar-se querendo afirmar, como já dizia Jayme Benvenuto, que tais direitos devem ser assegurados aos indivíduos humanos pelo simples fato de serem seres humanos. Neste mesmo sentido, assim dispõe Cansado trindade, citado pelo doutrinador dantes mencionado, “[...] tomado em sua ampla dimensão, o direito à vida abarca ‘também as condições de vida (direito de viver com dignidade).’”⁴⁶

Em passagens do seu famoso livro, “O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade”, Jayme afirma:

Não negando a existência de diferenças entre direitos humanos, inclusive em relação à especificidade dos instrumentos de exigibilidade, o que a indivisibilidade destaca é a impossibilidade prática de compartimentar os direitos humanos, mediante a visão de que só é possível materializar direitos tidos como civis e políticos se houver direitos tidos como econômicos, sociais e culturais minimamente respeitados e vice versa.⁴⁷

Consoante sabido, aos que defendem a divisão dos direitos humanos em categorias geracionais, o fazem com o argumento de que apenas os direitos civis e políticos poderiam ser exigidos judicialmente, ao passo que os econômicos, sociais e culturais não, por isso seriam de aplicação progressiva e não imediata como os primeiros. Todavia, o que constantemente se observa, é a judicialização de muitos direitos humanos ditos de segunda geração a fim de conferir aos mesmos alguma aplicabilidade prática, uma vez que, diante da falta de políticas

⁴⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cansado *apud* LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade**. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 89.

⁴⁷ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade**. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 92.

públicas para a sua efetivação ficam, simplesmente, relegados a própria sorte sem qualquer perspectiva de concretização.

Assim, a política de universalização dos direitos humanos empreendida pelos Tratados de Direitos Internacionais sobre Direitos Humanos foi responsável pela consagração desses direitos no ordenamento jurídico de praticamente todos os países do mundo moderno com perspectivas de concretizá-los de forma indistinta, sem que sejam divididos em categorias em que uns devam prevalecer sobre outros.

Feitas todas essas ponderações sobre os direitos humanos, principalmente no que tange ao caráter universal e indivisível dos mesmos, ressalte-se que, atualmente, grande parte dos países, a fim de conferir proteção máxima aos direitos humanos, acabam por torná-los utópicos e inalcançáveis diante da crescente prática de criminalização de condutas, bem como do enrijecimento das punições existentes, demonstrando assim, um verdadeiro retrocesso de seus sistemas punitivos.

Como é possível notar, ainda há países que consagram as penas de morte e a prática de tortura como forma de sanção criminal. Por outro lado, conforme anotado, existem outros, como é o caso da Brasil, que apesar de tentar eliminar a cominação de penas que atinjam a dignidade da pessoa humana, prefere criminalizar condutas com o fim de diminuir os altos índices de criminalidade, e por via transversa, enlargar demasiadamente o sistema penal punitivo, de modo a transformar o direito penal brasileiro em um direito penal máximo, que tanto fora combatido pelas ideias iluministas reformadoras.

2.1.3 Fins/fundamentos

A fim de estabelecer quais são os reais fins da pena, alguns teóricos do direito penal se aventuraram nesta difícil tarefa. Foram basicamente três as teorias que ganharam maior notoriedade sobre o assunto. A primeira delas apregoa que a pena nada mais é do que a *retribuição* conferida ao agente infrator pela prática do crime. A segunda, que todos chamam de teoria *preventiva*, a pena deve ser aplicada como forma de prevenção à prática de novos delitos. Por fim, a teoria *unificada* ou *eclética*, que inclusive foi a consagrada pelo diploma penal brasileiro, nada mais é do que um misto das duas teorias anteriores, pois para ela, a pena apresenta-se como retribuição pelo mal cometido com a prática do crime, bem como medida assecuratória da prevenção de novos delitos.

Neste sentido *vide* ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

[...] a pena, em uma primeira análise, tem por fundamento e finalidade reafirmar os valores impostos pelas normas vigentes, aquietando o espírito da vítima, para que não se volte contra o delinquente, bem como voltando os olhos à justa punição, que, como já exposto, retribui, previne e busca a ressocialização.⁴⁸

2.1.3.1 Teoria retribucionista ou absoluta da pena

Para esta teoria, a pena apresenta-se como retribuição da culpabilidade, pois nada mais é do que a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime. Em linhas gerais, pode-se dizer que a pena serve para reafirmar o direito que restou violado com o cometimento do crime, ficando encarregada de realizar a justiça e restabelecer o direito.

Conforme visto, a análise da pena se torna mais fácil quando juntamente com ela analisa-se o tipo de Estado de onde ela provém, pois, passada a era absolutista em que a figura do Estado confundia-se com a do rei, que por sua vez confundia-se com a divindade, vislumbre-se a grande ascensão da burguesia e conseqüentemente do capitalismo. Com toda essa efervescência, a pena passa a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem jurídica estabelecida. Deste modo, assim como a lei divina é substituída pela lei dos homens, a expiação é substituída pela retribuição.

Assim, contra o indivíduo que contrariasse as regras do pacto social deveria incidir uma punição como forma de retribuir o mal que causou à sociedade, de modo que a pena representava a fúria dessa sociedade contra quem violou suas normas, a fim de reafirmá-las. Nesta esteira, impende destacar, desde logo, que os ideais dessa teoria retribucionista não guardam qualquer consonância com os princípios da legalidade e da humanidade, uma vez as penas cominadas não punham a salvo nenhum direito da pessoa humana.

Os maiores expoentes das teorias absolutas ou retribucionistas foram Kant e Hegel. Para aquele, a pena era um sofrimento e deveria ser aplicada, a todo custo, por uma questão de justiça, pois o infrator da lei deveria responder por seus atos e saborear o mal da pena. Kant define a justiça retributiva como sendo uma lei inviolável consubstanciada em um imperativo categórico pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.

Hegel, por sua vez, discorreu que a pena deveria ser aplicada com o fim de negar o crime que dantes negara o direito, logo, para este importante filósofo, a pena nada mais era do que a negação da negação do direito e, portanto, sua reafirmação, já que o que nega uma negação nada mais faz do que afirmar ou reafirmar algo.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

Aliados aos discursos de que o direito penal não visa realizar vinganças, mas sim proteger bens jurídicos, os críticos da teoria retribucionista surgem com a ideia de que as penas não têm como fim último a retribuição de um mal pelo mal, mas sim a prevenção de novos delitos.

2.1.3.2 Teoria preventiva ou relativa da pena

Para a teoria preventiva, a pena não tem como fim último a retribuição de um mal ao agente criminoso pela prática de um ato delituoso, uma vez que sua finalidade transcende este mal visando à prevenção de novos delitos. Sendo assim, diferentemente da teoria absoluta da pena, que visava à aplicação de um castigo ao autor de um delito, a teoria relativa impõe o mal da pena ao indivíduo infrator a fim de evitar que o mesmo volte a delinquir.

Essa teoria relativa, que se funda no critério da prevenção, biparte-se em: **prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva).**

Para a prevenção geral negativa, a aplicação do mal da pena visa evitar que novos delitos tornem a acontecer, pois a pena aplicada ao infrator serve para *intimidar* a sociedade, de modo a fazer com que nenhum dos expectadores venha a praticar crimes. Segundo Hassemer, citado por Rogério Greco, com a prevenção por intimidação:

[...] existe a esperança de que os concidadãos com inclinação para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade como o direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.⁴⁹

Feuerbach, portanto, apresenta-se como principal expoente desta teoria, pois como foi o fundador da “teoria psicológica”, procurou defender a ideia de que, é através do direito penal que se pode dar uma solução à criminalidade, tanto com a simples ameaça da pena, quanto com a sua aplicação ao caso concreto, de modo que a *coação psicológica* realizada pela pena é capaz de *intimidar* os cidadãos predispostos à prática do crime produzindo nos mesmos uma espécie de motivação ao seu não cometimento.

A prevenção geral positiva, por sua vez, não se presta a uma prevenção negativa dos delitos, mas muito pelo contrário, visa reafirmar os valores violados com a prática do crime.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.490.

Sendo assim, o objetivo maior buscado pela extensão positiva da teoria da prevenção geral é difundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores.

Assim como a teoria da prevenção geral, seja em sua vertente positiva ou negativa, a teoria da prevenção especial também visa evitar a prática de novos delitos, mas diferentemente daquela, volta-se ao indivíduo infrator em particular.

Esta teoria também apresenta duas vertentes, uma positiva e uma negativa. Segundo Von Liszt, citado por Cezar Roberto Bitencourt:

A necessidade de pena mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.⁵⁰

A prevenção especial negativa também se fundava na ideia de defesa social, pois como o indivíduo criminoso apresentava-se como um mal para a sociedade, dela deveria ser retirado a fim de manter o pacífico convívio social. É aqui que ganha respaldo a tese de neutralização do agente infrator, pois, quanto mais longe do convívio social menos mal pode causar à sociedade.

Reforçando o entendimento acima esposado, Bustos Ramirez, também citado por Cezar Roberto Bitencourt, advoga a tese de que:

O controle social se exercita tendo como base fundamental os argumentos científicos em voga: há homens ‘bons’, ou seja, normais e não perigosos, e há homens ‘maus’ ou perigosos e anormais. Invoca-se compreensivamente, a defesa da sociedade contra atos desses homens ‘anormais’ ou perigosos e, em razão de seus antecedentes atentatórios à sociedade, previa-se-lhes medidas ressocializadoras ou inocuidadoras.⁵¹ (*Grifos do autor*).

Por outro lado, a prevenção especial positiva admite a imposição do mal da pena, mas apenas com o objetivo único de ressocializar o indivíduo, deste modo, a política criminal desenvolvida dentro dos presídios tem, ou pelo menos deveria ter, o objetivo de fazer com que o indivíduo esteja apto a conviver novamente em sociedade, não mais incorrendo na prática dos mesmos erros. Denota-se, portanto, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente pense nas consequências antes de praticar qualquer delito.

Neste diapasão, *vide* o magistério de Cezar Roberto Bitencourt: “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas

⁵⁰ VON LISZT, Franz *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93. v. 1.

⁵¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan j. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.94. v.1.

aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.⁵²

2.1.3.3 Teoria mista/unificada/eclética da pena

A teoria mista, também chamada de unificada ou eclética da pena, nada mais é do que a combinação dos aspectos retributivos e preventivos das teorias acima analisadas, ou seja, a combinação da retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena. Impende destacar, desde logo, que os responsáveis pela elaboração desta teoria procuraram fazer convergir em uma única teoria, os aspectos de maior expressividade das isoladas teorias retromencionadas, pois, da teoria retribucionista aproveitou o seu caráter de retribuição da culpabilidade, e das teorias preventivas, buscou a pretensão de ressocialização do agente delinquente.

Registre-se, que as teorias unificadas partem do pressuposto de que as soluções monistas, sejam elas absolutas ou relativas, não são capazes de abranger as complexidades de das relações sociais que devem ser regidas pelo direito penal, primeiro porque as sanções não devem ter como fundamento o criminoso em si ou sua culpabilidade, mas sim o fato delituoso, pois só desta forma poder-se-á elaborar sanções que visem sua real prevenção. Segundo porque, não cabe ao direito penal reprimir sujeitos em potencial intimidando todo o resto da sociedade, mas diversamente, visa demonstrar ao indivíduo criminoso quais são as consequências que terá que suportar acaso volte a praticar condutas delituosas.

Apesar de alguns teóricos pensarem que as teorias unificadas têm como fundamento a defesa da sociedade, entende-se não ser este o seu objetivo maior, pois para ela, a defesa da sociedade aparece como sendo o objetivo mediato escondido por trás daquele objetivo maior, qual seja, a ressocialização do indivíduo infrator. De todo modo, o caráter retribucionista que ainda possui serve apenas para estabelecer o limite máximo de exigência dessa prevenção. Outra não é a conclusão que se pode extrair da dicção do próprio art. 59, do Código Penal brasileiro.

Feitas estas breves considerações, torna-se imperioso destacar, como atesta o professor Cláudio Brandão⁵³, que esta teoria unificada encontra-se em total acordo com o princípio da legalidade, pois apesar de entender que a pena é um mal que deve ser aplicado ao autor de um

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94, v.1.

⁵³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 283.

fato típico, antijurídico e culpável, também há uma preocupação com o indivíduo em si, uma vez que uma de suas vertentes visa justamente ressocializá-lo, ou seja, torná-lo apto ao convívio social.

2.1.4 Espécies de pena

As alíneas de “a” a “e”, do inciso XLVII, do artigo 5^a, da Constituição Federal de 1988, consagra o rol das penas ditas proibidas pela República Federativa do Brasil, quais sejam, as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 84, XIX, CF/88), as de caráter perpétuo, as de trabalho forçado, as de banimento e todas as demais penas cujas execuções evidenciem qualquer tipo de crueldade.

No que tange as penas admitidas ou permitidas pelo texto constitucional fundamental, são espécies de pena: as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e as multas.

Necessário frisar, neste momento, que os doutrinadores clássicos advogavam a tese de que existia uma hierarquia entre as espécies de penas permitidas e consagradas pelo sistema penal punitivo brasileiro, tendo em vista a importância do bem jurídico a ser protegido. Ressalte-se, todavia, que essa hierarquia já não mais guarda qualquer tipo de correspondência com ordenamento jurídico penal vigente, pois diferentemente de como pensam aqueles, a aplicação da pena ao caso concreto deve guardar correspondência, unicamente, com as circunstâncias que envolvem os fatos criminosos postos em análise.

Destaque-se que este é o posicionamento que vem sendo consagrado tanto pela maior parte da doutrina moderna, quanto pelos tribunais pátrios, de modo que não deve o juiz ficar adstrito aos comandos do legislador quando da aplicação da pena ao caso concreto.

Nesta esteira, acaso o comando legislativo previsse pena privativa de liberdade a fim de reprimir certa conduta, estaria o juiz legitimado, acaso entendesse não ser o caso de sua aplicação, a fazer a substituição por pena restritiva de direitos, desde que todos os requisitos exigidos pelo diploma penal repressivo para a devida comutação estivessem presentes.

Ademais, levando em consideração que o presente trabalho monográfico tem como principal objetivo a análise acerca da constitucionalidade do disposto no art. 44, da Lei nº 11.343/06, que veda, expressamente, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos aos crimes de tráfico, faz-se-á uma breve análise sobre as penas privativas de liberdade, bem como das consequências danosas que sua aplicação pode vir a causar, para só depois adentrar, profundamente, no estudo das penas alternativas consagradas no

ordenamento jurídico penal brasileiro, bem como dos requisitos exigidos pelo CP para a sua aplicação ao caso concreto.

Conforme visto anteriormente, as penas tinham natureza aflitiva visando, deste modo, o corpo do agente delinquente, o qual deveria pagar pelo mal que houvesse praticado. Por outro lado, e consoante aduzido anteriormente, a pena privativa de liberdade teve origem ainda na Idade Média, apresentando-se como significativo avanço do sistema punitivo da época. Foi com o Direito Canônico que surgiu a ideia de utilização da privação de liberdade como pena, pois a reclusão dos clérigos e monges faltosos em suas celas para meditação deu origem ao que chamamos hoje de penitenciária.

Dentre os sistemas penitenciários que existiram durante toda a evolução histórica, destacam-se o pensilvânico ou da Filadélfia, o auburniano e o progressivo. No primeiro, o preso era recolhido em sua cela e distanciado dos demais, sendo assim, não tinham qualquer tipo de contato com outro preso ou com qualquer pessoa externa à penitenciária, uma vez que não tinham direito de trabalhar e nem de receber visitas. Por outro lado, eram obrigados a ler a Bíblia como estímulo a se arrependem do ato infracional cometido.

Como não poderia deixar de ser, tal sistema recebeu inúmeras críticas por não permitir qualquer readaptação social do condenado devido ao completo isolamento a que era submetido.

O sistema *auburniano* aparece como uma reação ao sistema anterior, apresentando-se, portanto, menos rigoroso. Nele, ao preso era permitido trabalhar dentro de suas próprias celas e posteriormente em grupos, devendo, portanto, tanto em um caso quanto no outro, manter-se em silêncio absoluto. Além disso, o isolamento no repouso noturno foi mantido.

No sistema *progressivo*, que por sua vez teve surgimento na Inglaterra, o cárcere do apenado era realizado em três estágios. O primeiro era conhecido como período de prova, muito parecido com o sistema pensilvânico, onde o preso era mantido completamente isolado. No segundo estágio, a ele era permitido o trabalho comum durante o dia, mas apesar disso, deveria manter-se em silêncio absoluto. No período noturno, no entanto, o indivíduo deveria ser recolhido ao isolamento.

Percebe-se, portanto, que os antigos sistemas penitenciários vão, aos poucos, apresentando características bastante semelhantes com as atuais penitenciárias existentes no território brasileiro, pois apesar de declaram-se como o local destinados a ressocialização do indivíduo infrator das regras de conduta que regem a sociedade, apresentam-se como verdadeira fábrica de criminosos, não conseguindo, portanto, cumprir a função preventivo-especial-positiva declarada pela pena e legitimadora de sua aplicação.

Feitas estas breves considerações acerca da evolução histórica das penitenciárias a fim de contextualizar a utilização da pena de privação de liberdade como punição pela prática de crimes, passa-se agora a uma breve análise das penas privativas de liberdade propriamente ditas, bem como dos males resultantes de sua aplicação, quando utilizada de forma desmedida, capaz de ensejar a caracterização do direito penal brasileiro como um direito penal máximo, despreocupado com os meios utilizados na repressão e prevenção de crimes, visando, diferentemente do que declara, única e tão somente, a defesa social.

Registre-se, que a pena privativa de liberdade só passou a ser utilizada como forma autônoma de punição, a partir do século XVIII, pois conforme aduz Cuesta Arzamedi, citado por Cláudio Brandão, somente a partir da Idade Moderna tais penas consolidam-se como forma de punição:

[...] as ordens monásticas medievais impuseram a privação de liberdade com fins punitivos. Não obstante, somente a partir da Idade Moderna, com o renascimento do trabalho forçado e o desenvolvimento das instituições de correção, consolida-se o emprego da prisão que, mais tarde, no século XVIII encontrará um lugar de destaque no elenco de penas dos sistemas liberais, generalizando-se, durante o século XIX através dos sistemas penitenciários.⁵⁴

Em profunda crítica tanto ao atual sistema penitenciário, bem como à utilização da pena privativa de liberdade como forma de punição penal, Zaffaroni assim posicionou-se:

A cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar comportamentos desviados de pessoas e de agravá-los. Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há 200 anos nós sabemos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa que a cadeia de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldade, todo igual.⁵⁵

Deste modo, e apesar das enormes críticas que vem enfrentando os atuais sistemas prisionais, que nada mais são do que reflexo do desenvolvimento econômico e social dos países que estão inseridos, a pena privativa de liberdade, aliada a ideia de privação da liberdade de locomoção do indivíduo infrator, ainda aparece como a coluna vertebral do sistema penal, sobretudo, do brasileiro.

As penas privativas de liberdade previstas no o art. 33 do Código Penal Brasileiro são as de **reclusão** e **detenção**. Todavia, ressalte-se que a Lei de Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941 - ainda prevê a possibilidade de privação de liberdade sob a forma de prisão

⁵⁴ Jorge de La Cuesta Arzamedi *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 286.

⁵⁵ ZAFFARONI, Luigi *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.160.

simples, podendo ser cumprida em regime aberto e semi-aberto, sendo vedada sua duração por mais de 05 (cinco) anos.

Assim, tais penas privativas de liberdade, que nada mais são do que o preceito secundário de cada tipo penal incriminador, podem ser cumpridas tanto através da concessão de fiança pela autoridade policial, desde que estejam presentes os requisitos que a ensejam, quanto através dos regimes de cumprimento de pena, previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do § 1º, do art. 33, do CP, a serem fixados na sentença penal condenatória.

De forma bastante simplória, e a fim de sintetizar o que se encontra previsto nas disposições legais quanto as espécies de penas privativas de liberdade, vislumbra-se que a pena de reclusão aplica-se nos casos de violações mais graves aos bens jurídicos protegidos, devendo ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Por outro lado, e no que tange a aplicação da pena de detenção, a ela ficam submetidos os apenados pela prática de delitos mais brandos, podendo ser fixado, inicialmente, como regime de cumprimento da pena, o semi-aberto e o aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado.

O professor Cláudio Brandão, em seu livro intitulado, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, que por sinal tem sido bastante citado no presente trabalho monográfico, demonstra, de forma bastante didática, as consequências jurídicas de ordem processual e material, decorrentes da aplicação da pena de reclusão, confira:

Existem consequências jurídicas mais severas ao agente se a pena de privação de liberdade cominada ao tipo for de reclusão. Algumas são de ordem processual, outras de ordem penal. As consequências processuais são as seguintes: (1) a fiança só poderá ser concedida pelo juiz nos delitos punidos com reclusão; já nos crimes punidos com detenção, a fiança poderá ser concedida pela autoridade policial, (2) o rito processual penal poderá diferir consoante seja o crime apenado com reclusão ou detenção, e, (3) as interceptações telefônicas só podem ser autorizadas pelo juiz para crimes punidos com reclusão.⁵⁶

No que diz respeito às consequências de ordem material:

A primeira diz respeito às medidas de segurança: se o tipo prever a punição com reclusão, a medida de segurança aplicada será a internação em hospital de custódia e tratamento; se prever a detenção, poderá ser a de tratamento ambulatorial. A segunda consequência material é de suma importância, porque ela inicia todo o sistema legal das penas privativas de liberdade, sendo extraída do art. 33 do Código Penal e diz respeito ao regime de cumprimento de pena [...].⁵⁷

⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 289.

⁵⁷ *Idem. Ibidem*, p. 189.

2.1.4.1 Penas Privativas de Liberdade

Conforme dispõe o inciso III, do Art. 59 do Código Penal, e a fim de realizar a dita individualização judicial da pena, consoante consubstanciado no primeiro capítulo desta obra, o juiz, ao aplicar a pena ao sentenciado, deverá determinar o regime inicial de seu cumprimento, a saber, *o fechado, o semi-aberto ou o aberto*.

Impende destacar neste momento, que a Lei n. 7.209/84 acabou por manter a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituído pela Lei n. 6.416/77, que por sua vez abandonou a *periculosidade do agente* como critério único e determinante para a fixação do regime de cumprimento de pena. Sendo assim, hoje em dia, os regimes prisionais são estabelecidos com fundamento na espécie e quantidade da pena, na reincidência do agente criminoso, bem como na análise do mérito do condenado. Devendo, no entanto, atender a um autêntico sistema progressivo.

Consoante dispõe a alínea “a”, do § 1º, do art. 33, do CP, no regime fechado, o condenado cumpre pena em estabelecimento de segurança máxima ou média estando obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, segundo suas aptidões e, desde que não seja incompatível com a execução da pena.

Apesar de o art. 88 da Lei de Execuções penais prever a necessidade de isolamento celular do condenado ao regime fechado, durante o repouso noturno, observa-se que na prática, isso não passa de mera ideologia no sentido negativo da palavra, uma vez que a superpopulação carcerária de grande parte dos estabelecimentos penitenciários torna impossível o isolamento celular de qualquer condenado.

Frise-se por derradeiro, que quem cumpre pena em regime fechado não tem o direito de frequentar qualquer curso profissionalizante, por outro lado, o trabalho externo só será permitido se se tratar de obra ou serviço público e desde que o condenado tenha cumprido, necessariamente, um sexto da pena.

O regime semiaberto é aquele em que o condenado cumpre a pena em penitenciária agrícola ou industrial, ou ainda em estabelecimento similar (art. 33, § 1º, “b”). Neste tipo de regime, não há previsão para o isolamento durante o período noturno e o condenado está sujeito ao trabalho em comum durante dia, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Ademais, terá direito de trabalhar fora da penitenciária, inclusive na iniciativa privada, sendo-lhe admitido frequentar cursos profissionalizantes.

Já no regime aberto, previsto no art. 33, § 1º, “c”, do CP, que por sua vez baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, deve ser cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, durante o repouso noturno e nos dias de folga.

Deste modo, percebe-se que os condenados que cumprem pena sob as regras do regime aberto possuem uma vida diurna bastante normal, podendo trabalhar, estudar, etc., devendo recolher-se às casas de albergado ou a estabelecimentos similares somente no período noturno e nos dias de folga.

Por outro lado, o artigo 117 da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal - , prevê a possibilidade de cumprimento de pena do regime aberto na própria residência do réu, mas apenas quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos; quando o mesmo for acometido por doença grave; quando se tratar de condenada com filho menor ou com deficiência físico ou mental e, quando se tratar de condenada gestante.

Destarte, o que se sabe é que o Brasil não dispõe de casas de albergado ou estabelecimento adequado para acolher os réus durante o período noturno e nos dias de folga, de modo que os condenados ao regime aberto de penas privativas de liberdade ou aqueles que migram de regime semiaberto, acabam por cumprir suas penas em regime domiciliar sem qualquer forma de fiscalização adequada, já que o Estado também não disponibiliza serviços de fiscalização suficiente para monitorar o cotidiano dessas pessoas.

Ressalte-se, no entanto, que um dos requisitos exigidos pela lei penal brasileira para a fixação do regime aberto, é a necessidade de comprovação por parte do condenado de que se encontra trabalhando. Desde modo, percebe-se que apesar de bastante benéfico, o regime aberto, por vezes, pode tornar-se inviável, pois diante da grande estigmatização realizada pelo direito penal não é tão fácil um indivíduo condenado pela prática de determinado crime ser aceito pela sociedade como se nada tivesse acontecido.

Conforme consubstanciado acima, além dos outros requisitos já anunciados para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena, necessária faz-se, ainda, a observação da espécie e do *quantum* de pena a ser aplicado. Sendo assim, se a pena for de reclusão e seu *quantum* ultrapassar oito anos, o regime de cumprimento de pena será o fechado. Se superior a quatro anos e não ultrapassar oito, o regime será o semiaberto e, se as penas aplicadas forem iguais ou inferiores a quatro anos, o regime inicial de cumprimento de pena será o aberto.

Por outro lado, se a pena for de detenção será aplicado o regime semiaberto se o *quantum* das penas for superior a quatro anos e, o regime aberto se a quantidade de pena for igual ou inferior a quatro anos.

Feitas estas considerações acerca das espécies de penas, bem como do regime inicial de seu cumprimento, de grande valia ressaltar que o sistema penal brasileiro adota como regra a necessidade de as penas privativas de liberdade serem cumpridas de forma progressiva, de modo que o condenado poderá migrar de um regime mais severo para outro mais brando, quando, efetivamente, cumprido $1/6$ (um sexto) da pena e desde que tenha bom comportamento carcerário.

Frise-se que esta é a sistemática adotada para a progressão de regime dos crimes comuns, pois no caso dos crimes hediondos, o critério é o mesmo, mas a quantidade de pena para progressão de regime é um pouco distinta. Ressalte-se que antes da vigência da Lei 11.464/2007, não havia possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, só a partir dela passou-se a admitir tal progressão para os crimes hediondos e os a ele equiparados.

Sendo assim, com uma sistemática não tão branda quanto aquela empregada no caso do crime comum, a referida lei modificou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos – 8.072/90, que por sua vez passou a admitir a progressão de regimes para os crimes hediondos e os a eles equiparados, desde que o condenado tenha cumprido $2/5$ (dois quintos) da pena, se primário, ou $3/5$ (três quintos) acaso seja reincidente. Ressalte-se, que da mesma forma que no caso dos crimes comuns, a progressão de regime dos crimes hediondos também está sujeita a análise do mérito do condenado, consubstanciada na verificação de seu comportamento carcerário a ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Além da progressão, o direito penal do Estado brasileiro também prevê a possibilidade de regressão dos regimes penais, onde o condenado poderá sair de um regime prisional menos rigoroso para um mais gravoso, como ocorre, por exemplo, quando ele regride do regime aberto para o semiaberto, ou deste para o fechado. Registre-se, todavia, que o juiz não se encontra vinculado, quando determina a regressão de regime, a fixação do regime imediatamente mais gravoso àquele que o condenado se encontra, podendo, no entanto, fazer com que alguém que se encontre cumprindo pena em regime aberto regrida para seu cumprimento em regime fechado, desde que as circunstâncias do caso concreto permitam.

Apenas a título informativo, o art. 188 da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84, elenca as hipóteses em que a regressão de regime prisional pode ocorrer, quais sejam: 1) pela prática de fato punido com crime doloso; 2) pela prática de falta grave; 3) pela condenação por crime anterior que, somada a pena em execução, torne incabível o regime; 4) e quando há a frustração dos fins da execução penal, nos casos em que o réu esteja cumprindo pena em regime aberto.

Outro instituto bastante importante a ser levado em consideração inda neste tópico, diz respeito ao exame criminológico. Conforme sabido, o exame criminológico nada mais é do que a aferição da personalidade da pessoa do condenado, realizado por uma Comissão Técnica de Classificação, composta pelo diretor do estabelecimento penitenciário, que a preside, por um psicólogo, um assistente social e dois chefes de serviço, com vistas à individualização da execução penal, concluindo, deste modo, a terceira fase de individualização da pena a ser realizada quando de sua execução, conforme visto.

Segundo a Lei de Execução Penal, a realização de exame criminológico é obrigatória nos casos de cumprimento de pena no regime fechado e facultativo para o regime semiaberto.

O juiz da execução é a pessoa competente para a análise desse exame, que conforme visto, tem o objetivo de fornecer ao julgador todos os elementos sobre a personalidade do condenado a fim concedê-lo a devida individualização da execução da pena. Frise-se que tal exame criminológico busca, nada mais nada menos do que descobrir, através da análise da personalidade do condenado, sua capacidade de adaptação ao regime de cumprimento de pena que lhe será aplicado a fim de se ter a exata medida de que os fins pretendidos pela pena vão ser alcançados no caso concreto.

Vide o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt sobre o assunto:

Individualizar, na execução penal, significa dar a cada preso as melhores condições para o cumprimento da sanção imposta; é conceder-lhe oportunidade e elementos necessários e suficientes para conseguir a sua reinserção social. A *individualização*, modernamente, deve ocorrer técnica e cientificamente. E, como a finalidade do exame criminológico é exatamente tornar possível essa individualização, era imperioso que se o estendesse ao maior número possível de apenados, visto que ele foi criado em benefício do condenado e não contra este.⁵⁸

De todo modo, é válido ressaltar ainda, que o juiz da execução não está vinculado ao laudo apresentado pela Comissão Técnica de Classificação, pois poderá decidir contrariamente ao que foi recomendado no exame, desde que o faça de forma fundamentada.

A maioria dos autores advogam, com exceção daqueles que festejam teses abolicionistas, que ainda não foi possível achar outro meio mais eficaz para a repressão e prevenção de novos delitos do que a pena privativa de liberdade a ser aplicada quando do cometimento das infrações penais mais graves. Apesar desta tendência, o presente trabalho procurará demonstrar que tal teoria não deve ser levada tão ao pé da letra, uma vez que apenas

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 465. v.1.

uma análise casuística poderá dizer se a aplicação de penas privativas de liberdade são, realmente, necessárias à reprovação e prevenção de crimes.

Sendo assim, a análise do caso concreto mostra-se imprescindível para a aferição do grau de reprovabilidade do condenado, pois sem a observância, criteriosa, de todas as circunstâncias que envolvem os fatos criminosos, não será possível a devida individualização da pena, de modo que, não basta simplesmente a conduta ser considerada uma infração grave pelo direito penal, pois é imperioso que as circunstâncias do caso concreto digam que o acusado deve ter sua liberdade cerceada.

Nesta mesma esteira aduziu Rogério Greco “Se não há possibilidade de ser abolido o sistema penal, temos de encontrar soluções que atinjam o cidadão delincente da menor forma possível [...]”⁵⁹.

Evidencie-se, no entanto, que há casos em que as penas privativas de liberdade podem ser substituídas por outras espécies de penas como as restritivas de direitos ou multa, as quais possuem como principal objetivo evitar que o condenado se submeta às agruras do cárcere e possa cumprir a pena substitutiva que lhe fora imposta junto de sua família e do convívio com seus pares no trabalho.

Neste sentido são as lições de Manoel Pedro Pimentel, citado por Rogério Greco, quando afirma:

O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o condenado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem, sua vida.⁶⁰

Necessário frisar, de antemão, que a substituição das penas privativas de liberdade tem como principal objetivo cumprir, da melhor forma possível, a promessa realizada pelo direito penal de proteger a sociedade dos males causados pelo crime, bem como ressocializar o indivíduo infrator. Deste modo, percebe-se, claramente, que as funções preventivas da pena (prevenção geral e especial) declaradas pelo direito penal como discurso legitimador à aplicação da pena ao caso concreto só serão realmente legítimas se a punição a ser aplicada ao

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 488.

⁶⁰ *Idem. Ibidem*, p. 530.

criminoso for condizente com a infração por ele cometida e, suficiente para reprovar e prevenir a prática de novos delitos.

Antes da análise acerca dos requisitos exigidos pelo Código Penal Brasileiro para a devida substituição de penas Privativas de Liberdade por penas Restritivas de Direitos, de grande valia mostra-se um estudo detalhado das modalidades de penas restritivas de direitos consagradas pelo diploma legal repressivo, as quais atualmente são consideradas, em regra, penas substitutivas por excelência.

2.1.4.2 Penas Restritivas de Direitos

- **Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas**

Partindo do pressuposto de que a penalidade aplicada ao criminoso deve guardar estreita correspondência com suas aptidões pessoais a fim de não tirar o condenado de sua regular rotina diária, principalmente de seu trabalho, a prestação de serviços à comunidade nada mais é do que, conforme as lições de Jescheck, citado por Cezar Roberto Bitencourt, “o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários.”⁶¹

Bastante semelhante foi o conceito atribuído pelo direito brasileiro a esta modalidade de pena restritiva, pois para este, a prestação de serviços à comunidade nada é do que a atribuição, ao condenado, de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, escolares, hospitalares, em orfanatos e outros estabelecimentos congêneres de programas comunitários ou estatais.

Diversamente da redação anterior, que estabelecia um período semanal de oito horas para o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, os parágrafos do art. 46 do CP,⁶² não dispõem sobre a quantidade de horas de trabalhos semanais, determinando

⁶¹ JESCHECK, H. H. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 498. v.1.

⁶² Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores à 6 (seis) meses de privação de liberdade. § 1º. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º. A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º. As tarefas a que se referem o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. § 4º. Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à ½ (metade) da pena privativa de liberdade fixada.

apenas, que a cada hora de trabalho comunitário corresponderá a um dia de condenação cumprido.

A nova disciplina imposta pela Lei n. 9.714/98, que alterou a dicção do CP, preferiu não quantificar as horas trabalhadas durante a semana, nem determinar os dias em que tais prestações devessem ocorrer, preferiu, portanto, estabelecer que o cumprimento da referida penalidade não deveria afetar a jornada normal de trabalho do condenado, com vistas a buscar, através da prestação de serviços à comunidade, o real fim por ela pretendido, qual seja, a ressocialização do indivíduo, pois acaso seja executada dentro do horário normal de trabalho do condenado, em nada contribuirá para o processo de reintegração social, uma vez que interferirá em sua estrutura profissional, social e principalmente familiar.

Registre-se, por fim, que a aplicação das penas restritivas de direitos, como é o caso da Prestação de serviços à comunidade deve ser realizada pelo juiz sentenciante e sua especificação, ou seja, a escolha do programa comunitário onde a mesma deverá ser cumprida ficará a cargo do juiz da execução, de modo que o real cumprimento desse tipo de sanção terá início com o primeiro comparecimento do condenado ao local determinado por esta última autoridade judiciária.

- **Interdição temporária de Direitos**

Esta modalidade de pena restritiva é mais específica do que todas as outras, tendo por objetivo a limitação de certos direitos subjetivos do condenado. Deste modo, para que seja possível a aplicação da pena de Interdição temporária de direitos, mostra-se imperiosa sua correlação com o delito cometido. Ressalte-se, antes mesmo da realização da análise de cada uma das interdições temporárias previstas no art. 47 do CP⁶³, que a interdição de direitos terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, conforme previsão do art. 55 do CP⁶⁴.

1) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo

⁶³ As penas de interdição temporária de direitos são: I- proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II- proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV- proibição de frequentar determinados lugares.

⁶⁴ As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, diz respeito à restrição de tais atividades apenas a quem usufrua da condição de funcionário público, nos termos do art. 327 do Código Penal. Frise-se que não se trata de incapacidade para o exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, mas apenas de sua suspensão durante o período de duração da pena privativa de liberdade que restou substituída.

Conforme aduz Cezar Roberto Bitencourt, para que o funcionário público tenha suspenso o exercício de suas atividades, é necessário que o delito por ele cometido tenha sido praticado com violação das obrigações inerentes de seus deveres funcionais, não sendo necessário, portanto, que se trate da prática de crime contra a Administração Pública, bastando para a sua aplicação que o agente tenha violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe.

Após o cumprimento da pena, o condenado voltará ao exercício do cargo, função ou mandato eletivo que exercia, desde que não haja qualquer impedimento de ordem administrativa.

2) *Proibição do exercício de profissão, atividade o ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do poder público*

Este tipo de interdição é aplicada aos profissionais, desde que satisfaçam os requisitos exigidos pelo Código Penal para sua regular aplicação, que exerçam suas atividades com infringência dos deveres inerentes ao seu exercício. Faz-se necessário ressaltar que a referida interdição, que por sua vez consubstancia-se na impossibilidade de concessão de habilitação especial ou autorização do poder público para o exercício de determinada profissão, não pode abranger todas as atividades ou profissões do condenado, mas tão somente aquelas em que ocorreu o abuso.

Ressalte-se ainda, como bem aduz Cláudio Bandão, que:

[...] a condenação a esta pena não impede o exercício da punição administrativa por parte das autarquias regulamentadoras das profissões. Por exemplo: se um médico comete homicídio culposo no exercício de sua profissão, a condenação a esta pena restritiva de direitos não obstará a aplicação de uma eventual sanção administrativa pelo Conselho de Medicina competente, não se cogitando neste caso em *bis in idem*.

⁶⁵

⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 310.

3) *Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*

Esta modalidade de intervenção temporária de direitos só será aplicada quando a infração cometida pelo condenado, relacionada com a condução de veículo automotor, for de natureza culposa, pois acaso se trate de crime doloso a inabilitação para dirigir veículo será determinada como efeito da condenação, nos termos do inciso III do art. 92, do CP⁶⁶.

Ademais, diante da edição do Código Nacional de Trânsito, e por força dos arts. 302 e 303, registre-se que a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, como modalidade de pena restritiva de direitos aplicável em substituição à pena privativa de liberdade só será utilizada quando as infrações culposas (homicídio e lesões corporais) forem praticadas na condução de veículos de tração humana, como bicicletas, carroças, etc., pois quando se tratar de veículos automotores, sua aplicação deverá ser cumulada com a pena privativa de liberdade que seria substituída.

4) *Proibição de frequentar determinados lugares*

Ao aplicar esta pena em substituição à pena privativa de liberdade, o juiz deverá especificar quais são os lugares que o condenado estará proibido de frequentar, a fim de estabelecer o nexo causal entre o lugar proibido e o cometimento do crime.

De todo modo, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por esta modalidade de pena restritiva de direitos tem recebido diversas críticas dos doutrinadores, tendo em vista a impossibilidade da fiscalização do seu cumprimento pelo condenado.

- **Limitação de Fim de Semana**

A limitação de fim de semana consiste na relativa privação de liberdade do condenado durante cinco horas, nos finais de semana (sábado e domingo) em casas de albergado ou em estabelecimento congênere.

Deste modo, conforme disposição do art. 151 da LEP – Lei de Execução Penal, o juiz da execução ficará encarregado de determinar o horário, bem como o estabelecimento que o condenado deverá recolher-se, ficando seus dirigentes obrigados a entregar àquela autoridade

⁶⁶ Art. 92. São também efeitos da condenação: [...] III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

judiciária, mensalmente, o relatório de comparecimento do condenado, bem como a comunicar, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do mesmo.

Frise-se que o art. 152 da LEP⁶⁷, dispõe que durante o horário de recolhimento semanal do condenado, ser-lhe-ão ministrados cursos e palestras ou ainda aplicadas atividades educativas com vistas à prevenção de novos delitos.

Apesar das críticas sofridas por esta modalidade de pena restritiva de direitos, impende destacar que, diferentemente das penas privativas de liberdade propriamente ditas, a limitação de fim de semana tem a finalidade de aproveitar o tempo do condenado, enquanto “recolhido” à casa de albergado ou a estabelecimento congênere, para ministra-lhe atividades educativas, evitando que permaneça inativo durante tantas horas.

Além do mais, como bem aduziu René Ariel Dotti, citado por Cláudio Brandão, “o sentenciado, no decorrer desse período, não será subtraído de todo ao convívio de seus familiares, o que, por certo, terá efeitos benéficos sobre sua personalidade [...]”⁶⁸

Ademais, ressalte-se que ao condenado não será permitido cumular, em um único dia do fim de semana a aplicação deste tipo de pena tendo em vista o caráter educativo, acima ressaltado, que a mesma possui.

• **Prestação Pecuniária**

Interessante anotar que a prestação pecuniária, assim como a perda de bens e valores, formam a categoria das penas restritivas de direitos de natureza pecuniária, as quais foram adicionadas ao Código Penal como penas substitutivas às privativas de liberdade com a reforma da parte geral do Código Penal, através da Lei n. 9.714/98.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, a ser fixada na sentença condenatória pelo juiz, que terá como limites, mínimo e máximo, o valor de 01 (um) salário mínimo e (360) trezentos e sessenta salários mínimos, respectivamente. Importa salientar, que o valor pago pelo condenado a título de prestação pecuniária deverá ser deduzido de uma possível futura reparação civil, desde que os beneficiários sejam coincidentes.

⁶⁷ Art. 152 da Lei n. 7.210/84: “Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.”

⁶⁸ René Ariel Dotti *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 312.

Dito isto, registre-se que ao estabelecer o beneficiário da prestação pecuniária imposta ao réu, o juiz deve observar uma lista de preferência, de modo que, acaso o evento criminoso tenha uma vítima direta, a esta ou a seus dependentes será destinado o valor da prestação. Por outro lado, acaso a infração penal não tenha vitimado alguém em particular, como ocorre, via de regra, como o tráfico de drogas, os valores referentes à prestação pecuniária serão encaminhados a entidade pública ou privada com destinação social.

Frise-se ainda, que pela disposição do § 2º do art. 45 do Código Penal ⁶⁹, se houver aceitação da vítima ou de qualquer outro beneficiário a prestação pecuniária poderá ser substituída por uma prestação de outra natureza que possua valor econômico, mas que não se trate de dinheiro, como por exemplo, a doação de cestas básicas ou a oferta de mão-de-obra.

Contra esta possibilidade insurge-se parte dos doutrinadores pátrios que atestam a inconstitucionalidade deste dispositivo em face da ofensa ao princípio da legalidade. Mas, apesar de a Constituição Federal da República de 1988 proibir a aplicação de penas indeterminadas, tal proibição não deve ser destinada às penas substitutivas, primeiro porque estas aparecem como uma alternativa quanto a aplicação das penas privativas de liberdade e, segundo porque a vedação do benefício conferido ao condenado pelo §2º do art. 45 do CP, acaba prejudicando, em demasia, o condenado que apesar de atender aos requisitos para a devida substituição, não possui dinheiro para compensar o prejuízo por ele causado à vítima ou a seus dependentes.

Outra questão bastante interessante, diz respeito à possibilidade de condenação do criminoso à prestação pecuniária em decorrência de dano moral sofrido pela vítima. Neste sentido são as lições de René Ariel Dotti, agora citado por Rogério Greco:

[...] Há determinados crimes que causam especial sofrimento moral ao ofendido como a lesão corporal, a ameaça, a calúnia, a difamação, a injúria, a violação de direito autoral e a usurpação do nome. A consagração constitucional do dever de indenizar o dano moral quando a ofensa atingir bens personalíssimos (art. 5º, V e X) se coloca na linha de justificação da pena de prestação pecuniária, independentemente da provocação de um dano material. ⁷⁰

- **Perda de bens e valores**

⁶⁹ Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. [...] §2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 536.

Diferentemente da prestação pecuniária, o montante arrecadado com a perda de bens (móveis ou imóveis) e valores (moeda corrente depositada em conta bancária ou qualquer papel negociável na bolsa de valores) deve ser destinado ao Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor será aferido de acordo com o montante do prejuízo causado ou com o proveito obtido pelo agente criminoso ou por terceiro decorrente da prática do crime.

Sendo assim, o cálculo da pena a ser realizado pelo juiz tomará por base ou o prejuízo causado pelo delito, ou o proveito obtido pelo agente, devendo prevalecer, portanto, aquele de maior valor pecuniário.

A pena de perda de bens de valores terá como objeto os bens e valores, lícitamente, adquiridos pelo condenado, desde que dentro dos patamares estabelecidos pela lei, pois a arrecadação dos bens por eles adquiridos, ilícitamente, já é tido como efeito da condenação, conforme previsão do art. 91, inciso II, do Código Penal.

Necessário ressaltar, de todo modo, que esta modalidade de pena restritiva de direito possui assento no texto constitucional (art. 5º, XLVI), não havendo que se falar em sua inconstitucionalidade sob o argumento de que teria o caráter de confisco, pois diferentemente deste, as penas restritivas de direitos determinam a perda apenas da quantidade de bens estabelecido nos patamares legais.

Feitas estas considerações acerca das cinco modalidades de penas restritivas de direitos consagradas pelo Código Penal Brasileiro, passa-se a análise dos requisitos exigidos por este diploma repressivo, para que tais penas possam ser substitutivas das penas privativas de liberdade.

2.2 Requisitos para a substituição das penas

O artigo 44 do Código Penal dispõe sobre os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, indispensáveis para que o juiz, quando da prolação da sentença, possa fazer a devida substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Impende destacar, desde logo, que tais requisitos são *cumulativos*, pois, para que o condenado tenha direito à comutação das penas, faz-se imperiosa a presença de todos os requisitos a seguir analisados, que, consoante dispõe a maior parte da doutrina brasileira, dividem-se em requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

1) Requisitos Objetivos

O primeiro deles diz respeito à *quantidade de pena aplicada*, pois, só terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o indivíduo que, tendo sido condenado por crime doloso e desde que satisfaça os demais requisitos exigidos para a devida comutação, não tenha pego pena superior à 4 (quatro) anos de reclusão ou detenção.

O segundo requisito de ordem objetiva apontado pelo art. 44 do CP, diz respeito à natureza do crime cometido, pois quando o delito possuir natureza culposa, independentemente da quantidade da pena aplicada, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por uma ou mais penas restritivas de direitos, a depender do caso, uma vez que, conforme explanar-se-á mais adiante, a referida substituição apresenta-se como um direito subjetivo do condenado e não uma faculdade do juiz.

Necessário registrar, que a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos faz-se imperiosa quando o condenado satisfaz todos os requisitos exigidos pelo diploma penal brasileiro para a devida substituição, pois, se o objetivo da aplicação da sanção penal ao infrator é a prevenção de novos crimes através de sua ressocialização, não haveria que se falar em prevenção especial positiva se se aplicasse ao condenado uma rigorosa pena privativa de liberdade quando, para o caso concreto, a ressocialização do mesmo pudesse ser alcançada com o cumprimento de uma pena alternativa.

Sendo assim, percebe-se que este discurso apenas legitima a boa opção feita pelo legislador ordinário de não impor a quantidade de pena aplicada como limite para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos no caso de crimes culposos, pois como se sabe, a reclusão ou detenção ao cárcere apresenta-se como medida por demais exagerada e sem qualquer perspectiva ressocializadora ao condenado pelo cometimento de um delito culposos, que por sua vez ocorre pela simples ausência de cuidado do indivíduo na utilização dos meios para alcançar um fim normalmente lícito.

O terceiro e último requisito objetivo, disposto no art. 44 do CP, diz respeito à forma de execução do crime, pois se o indivíduo, no intento de sua conduta criminosos, utilizou-se de violência ou grave ameaça à pessoa, não fará jus a referida substituição, pois, conforme bem aduziu Cezar Roberto Bitencourt, “Passa-se a considerar, aqui, não só o *desvalor do resultado*, mas, fundamentalmente, o *desvalor da ação*, que, nos *crimes violentos*, é, sem

dúvida, muito maior e, conseqüentemente, seu autor não deve merecer o *benefício da substituição*.⁷¹

No que tange aos crimes considerados de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais, a substituição das penas privativas de liberdade faz-se imperiosa, mesmo que o delito tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, pois seria um verdadeiro contrassenso impedir a substituição das penas dos crimes de menor potencial ofensivo apenas nos casos em que o indivíduo infrator tenha se utilizado de violência ou grave ameaça no intento criminoso, quando a Lei 9.099/95 determina que aos crimes considerados de menor potencial ofensivo e acometidos à competência do Juizado Especial, não será aplicada pena privativa de liberdade.

2) *Requisitos subjetivos*

O primeiro requisito de ordem subjetiva, disposto no inciso II, do artigo 44 do CP, diz respeito à necessidade de inexistência de reincidência do condenado em crime doloso. Ressalte-se, primeiramente, que, se qualquer das infrações, seja a anterior ou a posterior, for de ordem culposa, não há que se falar em impedimento à substituição de penas, desde que os demais requisitos exigidos para tal comutação estejam presentes, pois, conforme é possível perceber, apenas a reincidência dolosa impede a concessão da substituição.

Por outro lado, ressalte-se que, embora a reincidência em crime doloso, inicialmente, apresente-se como impedimento à concessão do benefício da substituição de penas, o § 3º, do art. 44⁷², traz ao Código Penal uma cláusula bastante aberta, que deixa a critério do juiz a análise da necessidade da substituição, mesmo que o condenado seja reincidente em crime doloso. Para a disposição legal contida neste parágrafo, não basta que a reincidência seja pelo cometimento de crime doloso, mas que o novo delito cometido seja doloso e da mesma espécie do anteriormente praticado. Exige-se, portanto, que a reincidência seja específica.

Neste sentido, *vide* lições de Rogério Greco:

[...] o juiz terá de avaliar se, mesmo tendo havido condenação anterior por crime doloso, sendo concedida a substituição, ela atingirá sua dupla finalidade: evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo, como isso, o seu contato

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 485. v.1.

⁷² Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] §3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

com os presos que cumprem penas em virtude da prática de infrações graves, afastando-o do ambiente promíscuo e dessocializador do sistema penitenciário, bem como se a substituição terá em si o efeito preventivo.

Consoante lições de Cezar Roberto Bitencourt, o segundo requisito de natureza subjetiva previsto no Código Penal diz respeito à avaliação da suficiência da substituição que toma como base as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, excluídas as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Sendo assim, no momento da aplicação da pena, uma vez atendidos os demais requisitos legais exigidos pelo Código Penal para que se opere a devida substituição, deve o juiz analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como se os motivos e as circunstâncias indicam a referida comutação de penas.

Percebe-se, no entanto, que ao menos em tese, cabe ao juiz, neste momento da aplicação da pena ao caso concreto, a tarefa de operar a segunda fase de individualização da pena, ainda que anterior à análise de seu *quantum*, quando da utilização do sistema trifásico de aplicação da pena.

Frise-se, que o juiz, ao avaliar tais circunstâncias, deverá formar um juízo de valor acerca da suficiência da resposta alternativa do delito, ou seja, deverá analisar se a aplicação de pena alternativa ao caso concreto atinge os fins perseguidos pela pena, principalmente o ideal de ressocialização consubstanciado na função preventivo-especial positiva da pena.

Conforme analisado, essa prognose de suficiência da substituição está intimamente relacionada com a finalidade preventiva especial da pena, de modo que a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, mesmo que a avaliação de algumas delas demonstre um retrocesso do sistema jurídico penal brasileiro a um direito penal do autor, dará subsídios ao julgador para observar, no caso concreto, se os fins preventivos perseguidos pela pena são melhor atingidos apenas através da aplicação de uma pena privativa de liberdade, ou se a fixação de uma pena restritiva de direitos é suficiente para resolver o problema e ressocializar o indivíduo infrator.

Sempre imbuída da ideia de que o direito penal não deve imiscuir-se na esfera subjetiva do agente criminoso, e em defesa de um direito penal do fato, que se limita a análise fática da conduta criminosa, o presente trabalho monográfico tem o objetivo de demonstrar a necessidade de o juiz, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicar ao condenado uma pena restritiva de direitos, desde que esta seja suficiente para reprovação e prevenção do

crime, mesmo que a lei vede, expressamente, tal possibilidade, como faz o artigo 44 da Nova Lei de Drogas – Lei n. 11.343/06.

Não há razão para que o legislador ordinário vede, pura e simplesmente, o poder discricionário do juiz de operacionalizar a segunda fase de individualização da pena, ao fixa a reprimenda legal que deverá ser aplicada ao caso concreto, pois, uma vez atendidos todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal para que ocorra a devida substituição da pena, e desde que a pena restritiva de direitos a ser aplicada atenda seus devidos fins, não há razões para que ainda prevaleça a referida vedação legal.

Conforme é possível aferir da simples leitura do inciso III, do artigo 44 do CP, um dos requisitos exigidos por este diploma repressivo para que ocorra a comutação de penas, é a análise realizada pelo juiz das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59; deste modo pergunta-se, será que deve prevalecer uma simples e imperfeita vedação legal, oriunda de um descaso do legislador com a função atribuída ao juiz de bem individualizar a pena ao caso concreto, já que tem mais proximidade do mesmo, em face do objetivo maior de prevenção geral e especial declarado pelo direito penal como motivo para a aplicação da pena ao caso concreto?

Parece que a resposta não há de ser positiva, pois, se as circunstâncias que envolvem os fatos criminosos são favoráveis ao condenado, se este atender a todos os requisitos exigidos pelo Código Penal para a devida comutação de penas e, por fim, se a pena restritiva de direitos for suficiente para a reprovação e prevenção do delito por ele cometido, não há razões para que o juiz não operacionalize a devida substituição, pois conforme visto, o encarceramento do condenado deve ser evitado, a fim de afastá-lo ao máximo do dessocializador sistema penitenciário brasileiro.

2.2.1 A Nova Lei de Drogas e a impossibilidade de substituição: análise crítica da vedação expressa no artigo 44

Consoante aduzido, ainda que de forma bastante superficial, ou seja, sem a detida análise que agora se fará sobre o tema, o artigo 44 da Nova Lei de Drogas acabou por vedar, expressamente, a possibilidade de conversão das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos para quem pratique tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesta esteira, consubstancia o *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006, que incorre na pena privativa de liberdade de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos reclusão e no pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa, quem: Importar, exportar, remeter,

preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁷³

Por outro lado, e em contraposição à referida determinação constante no retromencionado dispositivo, o artigo 44 do Código Penal traz em seu bojo, requisitos tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, que, uma vez presentes no caso concreto determinam (direito subjetivo do réu, consoante dispõe a maioria esmagadora da doutrina) a devida substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Registre-se ainda, que a Lei 9.714/98, denominada “Lei de Penas Alternativas”, foi responsável por ampliar a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade não superiores a 04 (quatro) anos, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Ocorre que, após o advento desta lei ficou estabelecido que os réus que atenderem a todos os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP, passarão a ter direito subjetivo à substituição de penas, desde que não haja vedação específica em contrário. Dito isto, não se apresenta forçoso perceber que a grande celeuma do presente trabalho monográfico diz respeito, justamente, a este ponto, ou seja, como defender a possibilidade de aplicação de penas alternativas a traficantes, se a própria lei n. 11.343/2006 veda, expressamente, tal possibilidade?

Para responder esta pergunta, a análise da constitucionalidade do tema faz-se imperiosa, uma vez que, conforme verificado no primeiro capítulo desta obra, a vedação pura e simples de tal possibilidade fere de morte a Carta Magna de 1988, por violação aos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena.

Por outro lado, ressalte-se que apenas através de uma análise casuística dos fatos ensejadores do delito de tráfico, será possível vislumbrar a real necessidade de comutação das penas, pois, ao analisar o caso concreto, o juiz deverá verificar se a aplicação de penas alternativas é suficiente para a reprovação e prevenção de novos delitos.

Após a análise de tais requisitos, verifica-se que a comutação de penas trata-se de um direito subjetivo do condenado, de modo que, atendendo os requisitos exigidos pelo diploma

⁷³ BRASIL. Lei n. 11.343/2006. Luiz Flávio Gomes (Org.). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1057.

penal repressivo brasileiro o réu faz jus ao benefício da substituição, independentemente da infração que haja cometido.

Por isso, não deve prevalecer o argumento de que os condenados pela prática de tráfico não fazem jus ao benefício de comutação de penas, tendo em vista o fato de que o limite da pena mínima aplicada a estes delitos apresenta-se como óbice intransponível. Pois, conforme sabido, não se exclui a possibilidade de a pena cominada ao caso concreto ficar abaixo do mínimo legal, podendo, inclusive, chegar ao limite de quatro anos exigido pelo CP para que ocorra a devida substituição.

Verifica-se, portanto, que quando da dosimetria da pena, e atendendo ao sistema trifásico para sua regular aplicação, o juiz deverá avaliar as circunstâncias judiciais e legais, bem como às causas de aumento e de diminuição de pena, para fixá-la ao caso concreto. Só após esta empreitada é que analisará a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, que por sua vez, só se realizará quando tal comutação mostrar-se suficiente para a repressão e prevenção do crime.

No entanto, no que tange ao delito de tráfico, previsto no *caput* do artigo 33 do CP, apesar de os limites da pena privativa de liberdade variarem entre 5 (cinco) e (quinze) 15 anos, ainda há a real possibilidade de o indivíduo fazer jus à causa de diminuição prevista no § 4º, do tipo penal referido, atendendo assim, ao criterioso limite de pena previsto no art. 44 do CP.

Neste sentido, *vide* lições de Sergio Ricardo de Souza:

A norma vedar expressamente a possibilidade de que mesmo o agente primário, de bons antecedentes e que seja criminoso eventual, já que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, possa ser beneficiado com as chamadas penas restritivas de direito (CP, art. 43 e seguintes). Parece ser um equívoco do legislador esse constante preceito contra as penas restritivas de direito, pois elas têm servido para desafogar o caótico sistema carcerário brasileiro e necessitam ser aperfeiçoadas, para que efetivamente sejam executadas e então aplicadas a todas as situações em que estejam preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos insertos no art. 44 do Código Penal, bastando que sejam de forma coerente e com respeito ao princípio da proporcionalidade.⁷⁴

Também não deve prevalecer o frágil argumento de que os traficantes nunca possuem as circunstâncias do art. 59 ao seu favor e, de que são sempre reincidentes na prática desse tipo de delito, pois apenas através de uma análise casuística será possível aferir se o condenado faz ou não jus ao benefício, ou seja, se atende, satisfatoriamente, todos os

⁷⁴ SOUZA, Sergio Ricardo de. **Nova lei antidrogas: (Lei nº 11.343/2006) comentários e jurisprudência**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 52.

requisitos exigidos pela lei penal para que ocorra a referida comutação. O que não pode ocorrer, consoante bastante debatido ao longo deste trabalho monográfico, é o legislador, que não possui qualquer proximidade com as circunstâncias fáticas do delito, simplesmente vedar, *in abstracto*, a possibilidade de aplicação de penas alternativas aos delitos de tráfico.

Neste diapasão pergunta-se, se os traficantes ocasionais, ou seja, aqueles que frequentemente são chamados de “mulas” do tráfico, fazem jus a benesse do §4º, do art. 33 da referida lei, porque não beneficiá-los com a aplicação de uma pena alternativa, acaso os demais requisitos estejam presentes e se esta for suficiente para cumprir às funções declaradas pelo Direito Penal?

O atento leitor observará que a presente Lei de Drogas mostra-se bastante contraditória, pois como é possível alcançar as metas desejadas pelo SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, que prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, bem como sistemas de tratamento tanto do usuário quanto do dependente de drogas, se ao mesmo tempo pende para uma política de tolerância zero, desrespeitando, inclusive, compromissos internacionais de tratamento e redução de danos?

Consoante aduzido em outra oportunidade, o encarceramento de um indivíduo que, na prática faz jus ao benefício da substituição, apresenta-se como uma medida descabida e exagerada diante do ideal de garantismo declarado pelo Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil.

Neste diapasão, não se torna demais anotar que, a posição do Brasil diante da política Internacional de combate às drogas ainda segue uma linha interpretativa restritiva e punitiva diversa da adotada por grande parte dos países europeus, por conta da grande influência exercida pelos norte-americanos sobre o Estado Brasileiro.

Não obstante, apesar da grande influência exercida pelas grandes potências como os Estados Unidos, a Rússia, a China e os países asiáticos sobre a política brasileira de combate às drogas, atualmente, o Brasil tem assumido uma posição de vanguarda na política de drogas da América Latina, pois vem reafirmando a política de redução de danos e defesa dos direitos humanos adotada pelos países da Europa Ocidental.

Diante do exposto, e a fim de bem situar a política de combate às drogas no plano internacional, frise-se que somente com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas -, em 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, foi que se estabeleceram as linhas mestras do referido controle internacional de combate às drogas, que vige até os dias atuais.

Ressalte-se, desde logo, que apesar de efetivamente existir uma política internacional de combate às drogas, na prática, seu reflexo nas legislações internas dos Estados signatários

das três grandes Convenções Internacionais, realizadas a fim de consolidar, a nível internacional, uma posição sobre as drogas, é bastante variado.

A primeira Convenção sobre drogas realizada na cidade de Nova Iorque em 1961, foi a Convenção Única Sobre Entorpecentes, que por sua vez, teve como principal objetivo estabelecer o prazo de 15 e 25 anos, para a eliminação gradual do ópio, bem como da coca e da *cannabis*, respectivamente.

Em 1971, as Nações Unidas elaboraram a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, que teve como principal objetivo a inclusão das drogas psicotrópicas no rol das substâncias proibidas pela Convenção de 1961. Um ano após a realização dessa Convenção, foi assinado um Protocolo de emenda à Convenção de 1961, a fim de aumentar os esforços no sentido de prevenir a produção ilícita de entorpecentes, o tráfico e o uso de narcóticos, e prever a implantação de tratamentos de reabilitação dos drogados e, especialmente, a substituição da pena de encarceramento para os usuários de drogas.

Frise-se, que este Protocolo foi o primeiro documento Internacional a adotar medidas menos repressivas com relação aos usuários de drogas, tendo servido, portanto, como fundamento legal à maioria dos países europeus, assim como ao Brasil, para adotarem uma política alternativa aos usuários, bem como estratégias de tratamento e redução de danos nos demais casos, principalmente no que diz respeito à proporcionalidade que deve existir entre a conduta criminosa praticada e a pena aplicada ao caso concreto.

Em 1988, na ONU, realizou-se a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, que teve como principal objetivo o combate às organizações de traficantes, à incriminação da lavagem de dinheiro de origem ilícita e, o reforço da cooperação internacional entre os Estados.

Ressalte-se que tal Convenção foi amplamente aceita em diversos países e teve como principal meta alcançar a uniformização da descrição típica das ações ilícitas pelos Estados signatários, apesar de demonstrar um claro retrocesso relacionado ao grande passo que havia dado o Protocolo que emendou a Convenção de 1961, pois identifica como tráfico, tanto a posse, quanto a compra ou o cultivo de drogas para o consumo pessoal.

Após a instrumentalização dessas três importantes Convenções, algumas reuniões foram realizadas na sede da ONU com o objetivo de inserir nos documentos internacionais uma política oficial de redução de danos, que assegurasse dentre outras garantias, a necessária proporcionalidade das penas, a redução do controle de usuários de drogas (despenalização e descriminalização), bem como o reconhecimento de seus direitos individuais e dos direitos coletivos dos povos indígenas.

Apesar da realização de muitas reuniões deste tipo, como a que ocorreu agora pouco na ONU – reunião da CND de 2009 – decidiu-se pela manutenção de uma política mais repressiva de combate às drogas, uma vez que a maioria dos Estados votantes, bastante influenciados pela pressão exercida pelas grandes potências mundiais, que abominam a instituição de uma política menos repressiva neste sentido, votaram pela não inclusão da expressão “redução de danos” nos textos oficiais.

Esta postura internacional, portanto, foi a principal responsável pela adoção da política que atualmente vem sendo seguida tanto pelo Brasil quanto pelos demais países da Europa ocidental, que visam defender a aplicação igualitária dos direitos humanos e liberdades fundamentais, tanto na redução da demanda como da oferta de drogas, inclusive fazendo prevalecer a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as referidas convenções de drogas. Deste modo, a falta de consenso existente na política internacional de combate às drogas fez com que tais países procurassem estabelecer, em suas legislações internas, políticas diversas daquelas “positivadas” internacionalmente.

O Brasil, por exemplo, possui uma política de drogas bem mais avançada do que aquela adotada nas Convenções Internacionais, pois procurou oficializar, ao menos internamente, uma política de redução de danos que adota o respeito à igualdade humana como princípio básico a reger todas as relações humanas existentes na República Federativa do Brasil, de modo que, os tratados de controle de drogas só podem ser aplicados no que não confrontarem com os direitos humanos que constituem o limite da intervenção penal aceitável.

Todavia, apesar de a atual legislação brasileira sobre drogas – Lei 11.343/2006 – ter adotado uma política de redução de danos e despenalização no que diz respeito aos usuários de drogas, observa-se que a referida legislação continua a tratar de forma bastante repressiva determinadas condutas que não necessitam do excessivo rigor para que haja sua prevenção, como acontece no caso da vedação, *in abstracto*, da substituição de penas para o crime de tráfico.

Sendo assim, a ideia de proporcionalidade que deve existir entre a conduta reprimida e a pena aplicada, não passa de um discurso utópico utilizado pelo sistema penal repressivo para legitimar a aplicação de seu poder punitivo, conforme dispõe Alessandro Nepomoceno Pinto, quando discorre sobre as verdades e mentiras do sistema penal:

[...] se o sistema penal pode ser comparado com alguém, sem dúvida, este é o ‘Frankenstein’, sendo que, como Jackson de Azevêdo imaginou, falaria a todos que o

quisessem ouvir e entender (desde que não seja surdo ou demente, salvo os cínicos e os ingênuos), o seguinte:

Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que eu faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que eu digo. É graças ao que eu digo (legalidade, prevenção, ressocialização, etc.) que eu posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade).⁷⁵

Deste modo, ao fazer uma análise da política criminal atualmente adotada pelo direito penal brasileiro, principalmente no que tange à lei de drogas, percebe-se que o traficante vem sendo tratado como o mais novo inimigo do direito penal, pois sofre as agruras da dura e repressiva legislação vigente, pelo simples fato de ser considerado traficante, independentemente de, na prática, não se tratar de um efetivo traficante, mas apenas de simples “mula” do tráfico, que age de forma excepcional e muitas vezes para sustentar o próprio vício.

Assim, parte da doutrina mais garantista advoga a tese de que o direito penal, através da Lei n. 11.343/2006, encontra-se, atualmente, descompromissado com a real prevenção do crime, pois determina a aplicação do rigor da pena privativa de liberdade em todo e em qualquer caso de tráfico, externando, deste modo, sua real face de direito penal máximo, que visa perseguir o criminoso como um autêntico direito penal do autor. Neste sentido, aduz Eduardo Demétrio Crespo que:

[...] o chamado ‘direito penal do inimigo’, toda vez que fixa seus objetivos primordiais no combate a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do direito penal do fato, convertendo-se em uma manifestação de tendências autoritárias do já historicamente conhecido ‘Direito Penal do autor’.⁷⁶

Necessário frisar, neste momento, que não foi a partir da modernidade que o direito penal passou a selecionar pessoas tratando-as como inimigas, pois deste a antiguidade o poder punitivo discrimina seres humanos retirando dos mesmos a condição de pessoa.

Foi no Estado absolutista que o poder punitivo, sempre centrado na ideia de defesa social, mais segregou o ser humano, pois nesta época, o criminoso era tido como o pior inimigo da sociedade, assim como os bárbaros o eram para os povos romanos, devendo, portanto, ser exterminado do convívio social, uma vez que nada mais eram do que estranhos, sobre os quais nada se sabia.

⁷⁵ PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 191.

⁷⁶ CRESPO, Eduardo Demétrio. Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 1, pp. 9-37, julho-dezembro de 2004.

Naquela época, o estrangeiro, *hostis alienígena*, era considerado o pior de todos os tipos de *hostis* (inimigos) que existiam na sociedade, pois além de serem desconhecidos eram insubordinados e inspiravam desconfiança, logo, estavam sempre na condição de suspeitos por serem potencialmente perigosos.

Deste modo, pode-se dizer que este inimigo do direito romano nunca desapareceu da realidade do poder punitivo, pois penetrou na modernidade dominando a mente dos filósofos e juristas da época e tomou conta de todo Direito Penal vigente.

Do ponto de vista político-criminal, para os seguidores da Escola Positivista, como Garofalo, o inimigo era aquele criminoso por natureza, ao qual deveriam ser aplicadas penas indeterminadas (medidas) a fim de neutralizá-lo ou eliminá-lo do convívio social, pois como o crime estava imbuído em seu próprio ser não havia como corrigi-lo. Deste modo, não restava outra alternativa às autoridades da época senão o seu extermínio.

Ressalte-se, que o Direito Penal do inimigo mostra-se absolutamente contrário às ideologias pregadas por um Estado Social e Democrático de Direito como é o caso do Brasil, pois é bem verdade que diante da prática de um crime não se nega ao Estado o poder de retirar do condenado a sua cidadania, mas isto não quer dizer que esteja também legitimado a retirar-lhe a condição de pessoa, como constantemente ocorre nos casos em que o indivíduo infrator fica privado de determinados direitos e garantias fundamentais por ser, pura e simplesmente, considerado um ente perigoso.

Como sabido, um Estado dito constitucional jamais admitirá que qualquer ser humano não seja tratado como pessoa, independentemente das atrocidades que haja cometido. Sendo assim, e se isto não é possível, imagine aqueles casos em que tal indivíduo é tratado como “não-pessoa” pelo simples fato de carregar um rótulo considerado pejorativo para a sociedade, a qual lhe emerge ao status de inimigo social?

Neste sentido são as lições de Raúl Zaffaroni:

Se, na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de *inimigo* e este é incompatível como o Estado de direito, o que na verdade seria adequado a ele seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários* que a acompanharam ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios.⁷⁷ (*Grifos do autor*).

Não é demais anotar que o crescente alargamento do sistema penal punitivo, bem como o enrigecimento de suas penalidades, que por sua vez são as grandes responsáveis pelo

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

tratamento de ser humano perigoso conferido a determinadas categorias de indivíduos, tem como fundamento a constante ameaça conferida por tais pessoas à segurança ou a certeza acerca do futuro.

Desta forma, a segurança jurídica, bem como a certeza do futuro, passaram a fazer parte do discurso legitimador utilizado pelo Direito Penal para justificar a rigidez do sistema punitivo e a “estigmatização” e “seletivização” operada em relação a determinadas classes de indivíduos, que hodiernamente são classificados como inimigos. Assim, observa-se uma clara “involução” do direito penal moderno, pois constantemente tem caracterizado determinada categoria de indivíduos como verdadeiros inimigos do direito penal, aos quais é destinado um verdadeiro adiantamento da punibilidade, consubstanciado no notável incremento das penas e no relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais.

Interessante anotar que o inimigo do direito penal será sempre aquele que o legislador - como primeiro individualizador da pena – entender que seja. Deste modo, arraigado ao juízo de periculosidade do indivíduo e com vistas a preservar o futuro das relações sociais, o “individualizador”, utilizando-se de critérios puramente subjetivos elege determinada categoria de sujeitos como inimigos do direito penal e a estes impõe a dureza das penas pelo simples fato de serem considerados perigosos em potencial.

Esta, portanto, é a mesma linha de pensamento utilizada por Raúl Zaffaroni a fim de demonstrar a seleção realizada pelo próprio sistema penal através do legislador, ao criminalizar condutas:

[...] o poder punitivo adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos constados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre o que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social.⁷⁸ (*Grifo do autor*).

Deste modo, outro não é o entendimento a ser adotado em relação aos traficantes, pois, independentemente da análise a ser realizada no caso concreto, o traficante carrega um estigma que lhe foi conferido pelo direito penal, tornando-se o mais novo inimigo do sistema punitivo da atualidade.

Os norte-americanos, que atualmente vem adotando uma política de tolerância zero em relação às drogas e, vinculados ao discurso legitimador de segurança nacional, decidiram declarar uma verdadeira guerra sem fim contra os traficantes, de modo que o jovem que fuma

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 31.

maconha é considerado um subvertido guerrilheiro comparado aos narcotraficantes. Sobre o assunto, assim se posicionou Zaffaroni, “À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar as alucinações de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados”.⁷⁹

Nesta mesma esteira, conforme anotado supra, não havia de ter sido diferente com o sistema penal brasileiro, que apesar de estar inserido dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, muito herdou das ideologias repressivas adotadas pelos EUA, de modo que a Nova Lei de Drogas acabou por estigmatizar o traficante tornando-o o mais novo inimigo da sociedade por ser considerado um perigoso em potencial. Frise-se, desde logo, que o simples fato de alguém ter sido utilizado como “mula” do tráfico, não o torna um perigoso e verdadeiro narcotraficante, logo, não há necessidade de fazê-lo experimentar as agruras das penas privativas de liberdade em todo e em qualquer caso.

Feitas estas considerações e, a fim de encerrar o presente capítulo, dúvidas não há sobre a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um direito penal destinado aos cidadãos e outro destinados aos inimigos, de modo que, a função manifestada pela pena no primeiro caso, nada mais é do que uma contradição, já que não cumpre o que declara, e no segundo caso, a eliminação de um perigo através da neutralização do inimigo.

Vide, portanto, as criticadas lições de Günther Jakobs neste sentido:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento social. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.⁸⁰

Para Günther Jakobs, discípulo de Welzel e também seguidor da teoria finalista da ação desenvolvida por este último, o direito penal do inimigo nada mais é do que um direito parcial, de modo que aquele que se comportar como inimigo também deve ser tratado como inimigo e não como pessoa. Nesta esteira, concluiu Jakobs que o ordenamento jurídico, na medida em que previa os meios de agressão à sociedade, possibilitava, ao mesmo tempo, a criação de uma ordem social em que todas as sanções aplicadas deveriam ter como fundamento à defesa da sociedade como um todo.

Deste modo, e sempre centrado na ideia de defesa social, Jakobs argumenta que se um determinado grupo de pessoas gera um risco normalmente não admitido pelo grupo social, a

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 51.

⁸⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 49.

tendência é que a punição se imponha com o objetivo de reafirmar a norma social violada e por outro lado, reforçar a confiança que a sociedade depositou no direito penal.

É por isso que ele fala na existência de dois tipos de direito penal, sendo um destinado aos inimigos e outro aos cidadãos, pois só assim será possível manter a ordem social vigente. Segundo sua teoria, não adiantaria de nada aplicar o direito penal destinado, exclusivamente, para cidadãos aos inimigos, pois se isso acontecesse a sociedade estaria de todo desprotegida, uma vez que restaria sem qualquer eficácia a aplicação de sanções normais a inimigos sociais que, em sua essência, são incorrigíveis.

Necessário frisar, no entanto, que apesar de Jakobs tentar legitimar a existência de um direito penal do inimigo na teoria da defesa social quando afirma que o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais, o que se observa na realidade, é que o direito penal do inimigo volta-se à função preventivo especial negativa da pena, tendo como principal objetivo a neutralização do criminoso através de sua eliminação.

Neste sentido são as lições de Vinicius Borges de Moraes:

Importante lembrar, também, que o direito penal do inimigo, apesar de possuir Raízes numa concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa, pois busca a eliminação de perigosos.⁸¹

Por outro lado, dispõe Eduardo Demetrio Crespo que “O ‘Direito Penal do Inimigo’ é consequência [...] entre outras coisas, do uso simbólico do Direito Penal (entendido tal, de modo geral, aquele que persegue fins distintos da proteção de bens jurídicos no marco constitucional), e da própria crise do Estado de Direito.”⁸²

Deste modo, observa-se que a simples utilização de duras penas privativas de liberdade a fim de neutralizar determinadas categorias de indivíduos (inimigos do direito penal) acabam por torná-las incapazes de alcançar os fins pretendidos, pois conforme demonstram as mais recentes investigações, a pena privativa de liberdade nem sempre é necessária do ponto de vista da prevenção geral, e por outro lado, é bastante prejudicial do

⁸¹ MORAES, Vinicius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Güther Jakobs. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 74, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008.

⁸² CRESPO, Eduardo Demetrio. “Do Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 1, pp. 9-37, julho-dezembro de 2004.

ponto de vista da prevenção especial e do objetivo ressocializador, uma vez que apresenta-se traumática e estigmatizante.

Por isso, a maioria dos doutrinadores garantistas primam, na atualidade, pela implementação de uma política reducionista do sistema penal, que, diferentemente das ineficazes teses abolicionistas que sequer admitem a presença do sistema penal, aceitam sua existência e buscam a implementação de alternativas às penas privativas de liberdade como uma verdadeira técnica de substitutivos penais, que, além de afastar a aplicação de sanções inúteis, concretizam o verdadeiro princípio da humanização.

Neste mesmo sentido são as lições de Maqueda Abreu e de Córdoba Roda, citados por Eduardo Demetrio Crespo ao disporem que, “a previsão e aplicação de substitutivos penais pode ser considerada agora, talvez, um imperativo constitucional”⁸³, sempre que partamos da premissa de que o art. 25.2 da Constituição constitui um princípio de humanização que proíbe a imposição de sanções inúteis.⁸⁴

⁸³ Maqueda Abreu *apud* CRESPO, Eduardo Demetrio. “Do Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 1, pp. 9-37, julho-dezembro de 2004.

⁸⁴ Córdoba Roda *apud* CRESPO, Eduardo Demetrio. “Do Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 1, pp. 9-37, julho-dezembro de 2004.

CAPÍTULO 3 O GARANTISMO PENAL E A VEDAÇÃO EXPRESSA NO ART. 44 DA LEI 11.343/2006: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA CATEGORIA DE CRIMES “SUPRA-HEDIONDOS” E UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A MATÉRIA

3.1 O garantismo penal e a vedação expressa no art. 44 da Lei n. 11.343/2006

Antes mesmo de tecer qualquer consideração acerca do paradoxo existente entre a vedação expressa no artigo 44 da nova lei de drogas e o dever que um Estado Social e Democrático de Direito possui de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, ressalte-se que a necessidade de garantia de tais direitos só ganhou força a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Pois, temendo a deflagração de uma terceira guerra, os países devastados pelo massacre de 1945 passaram a perseguir a paz entre os povos tanto por meio da adesão de tratados internacionais sobre direitos humanos, quanto através da inclusão, em suas legislações internas, de direitos e garantias fundamentais com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a grande responsável pelo alargamento significativo dos direitos e garantias fundamentais, de modo que a dignidade da pessoa humana passou a ser o princípio mestre a reger todas as relações humanas existentes dentro e fora do Estado brasileiro.

Deste modo, constata-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional são os principais responsáveis pela incorporação das exigências de justiça e ética no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, consoante lições de Flávia Piovesan, a Carta Constitucional de 1988 é considerada o marco de transição entre o absolutismo e o regime democrático, uma vez que alagou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito a preservação da dignidade da pessoa humana.⁸⁵

Por outro lado, e ultrapassada toda discussão acerca da indivisibilidade dos direitos humanos, que por sua vez, consubstancia-se na necessidade de garantia e efetivação de todos os direitos fundamentais (individuais ou sociais) consagrados no texto Constitucional de 1988, impende destacar que este dever de garantia e efetiva concretização dos direitos

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direito e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.

fundamentais decorre do pacto firmado entre o Estado e os indivíduos, ocorrido logo após o processo de secularização e legitimado pela teoria do contrato social.

Com a secularização (separação entre direito e moral) e a consequente laicização do Estado, passou-se a angariar uma política criminal de intervenção mínima onde só eram passíveis de repressão aqueles atos que infringissem bens jurídicos de terceiros. Deste modo, não mais era possível, como ocorria antes, a simples criminalização da consciência humana, pois o pacto social firmado entre o indivíduo e o Estado, ocasião em que o primeiro delegou parte de sua liberdade em troca de máxima segurança jurídica a ser prestada pelo segundo, fez com que a efetivação dos direitos fundamentais, alçados à categoria de direitos subjetivos de todo e qualquer indivíduo, passassem a ser o principal fundamento dos Estados ditos Sociais e Democráticos de Direito.

Destaque-se, ainda, a grande importância conferida ao princípio da proporcionalidade no que concerne à proteção de bens jurídicos fundamentais, pois, levando em consideração o fato de que a vinculação das decisões judiciais aos ditames constitucionais apresenta-se como elemento legitimador da intervenção do Estado na seara individual dos cidadãos, a aplicação do princípio da proporcionalidade bem como a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, apresentam-se como principais limites a qualquer tipo de intervenção arbitrária nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Quando utilizado como critério material para aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade assume duas funções; a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. No primeiro caso, no entanto, é possível perceber o seu desdobramento em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade).

Amparado pelas teorias alemãs, o senador Marcelo Crivella, quando da elaboração do parecer para aprovação do Projeto de Lei n. 552/2007, assim discorreu sobre o assunto:

A adequação se substantiva na exigência de que os meios adotados estejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; a necessidade, no pressuposto de que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa; a proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consubstancia-se na ponderação da carga de restrição de ônus.⁸⁶ (Grifos do autor).

⁸⁶ CRIVELLA, Marcelo. **Parecer da comissão de constituição, justiça e cidadania:** Projeto de Lei do Senado nº. 552, de 2007. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

Feitas estas breves considerações acerca da tamanha influência exercida tanto pelo princípio da secularização, quanto pelo da proporcionalidade no que tange ao ideal de garantismo proclamado pelo direito penal a fim de legitimar sua imposição, impende destacar que a concretização do princípio da intervenção mínima do direito penal está intimamente relacionada com a necessidade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, consubstanciado tanto na proibição de insuficiência e sua correlação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quanto na proibição de excesso, relacionada ao controle da legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Necessário frisar que, diferentemente da dimensão subjetiva dos direitos humanos, que se consubstancia no direito de resistência do indivíduo em face da intervenção desmotivada do Estado em sua vida particular, a dimensão objetiva, bem como a proibição de excesso ou de insuficiência reflete um direito subjetivo do indivíduo de ver efetivados seus direitos e garantias fundamentais, pelo Estado, que tem o DEVER de garantir e efetivá-los, seja não intervindo onde não deva intervir sem necessidade, seja dando concretude aos direitos fundamentais declarados no texto constitucional.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais só ganhou efetiva conotação jurídica com o advento da Lei Fundamental de 1949, ficando consignado, de uma vez por todas, que tais direitos não se limitam aos direitos de resistência do indivíduo em face das arbitrárias intervenções do Estado em sua esfera individual, mas mais do que isto, apresentam-se como direito subjetivo do indivíduo de vê-los garantidos e efetivados pelos órgãos legislativo, judiciário e executivo. Deste modo, faz-se necessário consignar, que esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve apresentar-se como decorrência necessária de sua dimensão subjetiva, ou seja, a efetiva proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado deve ser realizada de forma autônoma, não devendo está necessariamente atrelada ao direito de resistência do indivíduo em face dos desmandos estatais.

Frise-se, ainda, que a realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não está vinculada à ideia de concretização, de forma impositiva, dos direitos apenas de cunho individual, pois aí também deve ser incluída a realização de direitos de ordem social apesar de, na grande maioria das vezes, serem concretizados através de normas programáticas, o que não quer dizer que não possuam eficácia e aplicabilidade.

A fim de esclarecer esta breve explanação sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, bem como demonstrar a autonomia de ambas as vertentes, de modo que a prestação de uma não vincula a da outra, de grande valia ressaltar que a primeira delas

encontra-se atrelada ao fato de que a defesa dos direitos fundamentais constitui-se como limite (negativo) à atuação do poder público, ao passo que a segunda relaciona-se com os deveres de proteção (imperativos de tutela) das normas de direitos fundamentais, necessitando, deste modo, de uma atuação positiva por parte do Estado, no sentido de intervir, preventiva ou repressivamente, sempre que um direito fundamental, seja ele individual ou coletivo, esteja sendo violado pelo próprio Estado ou por terceiros.

Nesta esteira, assim adverte Ingo Sarlet:

[...] os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.⁸⁷

Levando em consideração, conforme visto, que a proibição de excessos está relacionada com o controle da intervenção do Estado no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que a proibição de insuficiência cuida-se da omissão por parte dos entes estatais em assegurar o mínimo de proteção aos direitos fundamentais, a vedação da substituição de penas prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, fere estas duas acepções do princípio da proporcionalidade, uma vez que trata com rigor excessivo o “traficante” que, em tese, faz jus ao benefício da substituição de penas, e por outro lado, não protege *adequadamente* todos os direitos fundamentais do condenado à prática de tráfico.

Como sabido, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo e, para tanto, deverá atuar observando as exigências tanto da proibição de excessos quanto de insuficiência. No primeiro caso, deve haver proporcionalidade entre o castigo aplicado e delito cometido, de modo que a sanção aplicada além de ser adequada, tem que ser necessária e suficiente para a prevenção de novos delitos. Por outro lado, para que não haja omissão do Estado em conferir a mínima proteção aos direitos fundamentais, é necessário que esta também seja adequada e suficiente, ou seja, não basta que o poder público declare proteção a tais direitos sem que no caso concreto os mesmos não sejam efetiva e adequadamente protegidos, pois qualquer lei que não garanta os direitos fundamentais das pessoas a quem se destina, deve ser declarada inconstitucional.

Deste modo, conforme visto, a aplicação pura e simples do artigo 44 da retromencionada lei, além de ferir o princípio da proporcionalidade no que tange a proibição

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade:** o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em < <http://www.mundojuridico.adv.br>.> Acesso em: 10 de novembro de 2010.

de excessos, na medida em que trata com excessivo rigor pessoas que não se enquadram na categoria de verdadeiros traficantes, também o fere com relação à proibição de insuficiência, uma vez que *inadequadamente* protege os direitos fundamentais dos condenados pelo crime de tráfico.

Consoante analisado, a proibição de insuficiência não está relacionada apenas com a *total* omissão do Estado na proteção dos direitos fundamentais, mas também com a proteção *inadequada* e *insuficiente*, deste modo, a vedação pura e simples da substituição de penas realizada pelo artigo 44 da Nova Lei de Drogas, mesmo que no caso concreto o condenado faça jus ao benefício da substituição de penas, viola seu direito subjetivo à referida comutação.

Vislumbra-se assim, a estreita relação existente entre essas duas faces do princípio da proporcionalidade, pois, à medida que se requer uma atuação do Estado no intuito de proteger os direitos e garantias fundamentais, exige-se, em contrapartida, que tal atuação seja necessária e suficiente.

Neste sentido são as lições de Ingo Sarlet:

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, como ele, do Estado Democrático – e proporcional – de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.⁸⁸ (*Grifos do autor*).

Doutra banda, e levando em conta a irradiação dos direitos fundamentais, destaque-se que além de tais direitos apresentarem-se como norte de interpretação das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, responsáveis pela difusão da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, sua efetivação também aparece como prerrogativa atribuída ao Estado, no sentido de que a este incube o dever de zelar pela proteção de todos os direitos fundamentais não só contra as arbitrariedades dos poderes públicos, mas também, contra as agressões que venham a ser realizadas por particulares e até mesmo por outros Estados.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade:** o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em < <http://www.mundojuridico.adv.br>.> Acesso em: 10 de novembro de 2010.

É justamente aqui que reside a necessidade de imposição de limites aos órgãos estatais incumbidos da elaboração e aplicação da lei ao caso concreto, fazendo-se necessária, portanto, a utilização do princípio da proporcionalidade a fim de evitar excesso do Estado quando do exercício do *jus puniendi*. Nesta senda, o princípio da proporcionalidade servirá como elemento indispensável à utilização da técnica de interpretação conforme a constituição no intuito de compatibilizar as limitações de direitos previstas nas legislações infraconstitucionais com os direitos e deveres instados na Carta Magna de 1988.

Neste diapasão, e tendo em vista o fato de que a ordem constitucional brasileira orienta todas as legislações infraconstitucionais promulgadas pela República Federativa do Brasil, Dimitri Dimoulis ressalta que, “quando o aplicador do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional, deve escolher aquela que melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais.”⁸⁹

Com a teoria do garantismo penal, os direitos fundamentais – direitos humanos positivados – se estabeleceram como limites do direito penal das sociedades democratas, sendo assim, a imposição de qualquer tipo de sanção penal, por mais legal que seja, só será legítima se tiver como limite os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição de 1988. Deste modo, mesmo que a legislação infraconstitucional penal preveja determinado tipo de sanção a ser fixada no caso concreto, a aplicação desta pena só será constitucional se não ferir os direitos fundamentais do indivíduo.

É o que ocorre, portanto, com a Nova Lei de Drogas, pois a vedação da comutação de penas (mesmo que todos os requisitos exigidos pelo Código Penal para que se opere a devida substituição estejam presentes), fere de morte os princípios da igualdade e da individualização da pena, configurando assim, a mais clara forma de arbitrariedade em um Estado dito social e democrático de direito. Um Verdadeiro retrocesso ao movimento de “Lei e Ordem” e às ideologias da “Defesa Social”.

A abalizada doutrina de Salo de Carvalho assim discorre sobre o assunto:

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária pública e privada.⁹⁰ (*Grifos do autor*).

⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **A teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 112.

⁹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 21.

Sendo assim, e partindo do pressuposto de que o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito, conforme aduzido em linhas anteriores, este não deve estar vinculado aos ditames legais quando os mesmos não estejam de acordo com a ordem constitucional vigente, de modo que, na seara do direito penal, a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que haja o respeito aos princípios da necessidade e da lesividade ao bem jurídico protegido, demonstra uma clara ofensa aos ditames constitucionais realizada, inicialmente, pelo legislador ao elaborar a norma penal incriminadora e, posteriormente, pelo interprete, julgador e aplicador da lei ao caso concreto quando simplesmente aplica o referido ditame legal sem que sobre o mesmo tenha realizado qualquer juízo de valor a fim de compatibilizá-lo com os princípios insculpidos na lei maior.

Assim discorre Luigi Ferrajoli sobre o assunto:

[...] a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, que corresponde ao juiz, junto com a responsabilidade de eleger apenas os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. [...] interpretação da lei conforme a Constituição e, quando o contraste for insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional; e, portanto, nunca sujeição à lei de forma acrítica e incondicionada, mas sujeição sobretudo à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da reinterpretação em sentido constitucional e a denuncia de sua inconstitucionalidade.⁹¹

Neste diapasão, nos casos em que a ofensividade ao bem jurídico não demandar uma intervenção tão brusca do direito penal, a análise do caso concreto dará ao julgador subsídios suficientes para afastar a imposição de uma pena mais rígida quando o fim preventivo especial possa ser alcançado de outra forma. Só assim estarão atendidos os princípios da lesividade e da necessidade da pena (proporcionalidade em sentido estrito), que nada mais são do que a autêntica representação da necessidade de intervenção mínima do direito penal, reveladores de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana.

A fim de corroborar a tese acima defendida, ressalte-se que filósofos como Beccaria, Montesquieu e Romagnosi, imbuídos pelas ideias iluministas, já defendiam a aplicação de um direito penal mínimo, de modo que a pena a ser aplicada ao caso concreto deveria ser a “necessária” e a “mínima dentre as possíveis” de alcançar o objetivo de ressocializar o indivíduo e prevenir a realização de novos delitos, pois, conforme aduzido, o respeito à dignidade da pessoa humana, que surgiu como o vetor responsável pela grande mudança de

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi *apud* CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 24.

paradigma no que tange a aplicação da pena ao caso concreto, legítima, até os dias atuais, a manobra do jurista de divergir da norma legal posta, desde que a mesma esteja em total desacordo com os preceitos constitucionais.

Sendo assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana impõe-se, atualmente, como um limite intransponível em relação à quantidade e à qualidade da pena, de modo que o juiz não deve limitar-se às imposições legais feitas pelo legislador quando da elaboração da norma sob pena de desvirtuar a finalidade de sua aplicação, consoante bem assentou Luigi Ferrajoli ao comentar a célebre frase de Francesco Carrara: “não peverta o réu”:

[...] que dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas.⁹²

Levando em consideração o fato de que a ideia de proporcionalidade que deve existir entre a pena e o delito ainda não se apresenta como um critério objetivo que se impõe em todo e qualquer caso, o vetor substancial para tal ponderação será a convicção ético-política do julgador, que diante do caso concreto deverá determinar a natureza e medida da pena a ser imposta para cada delito. Ressalte-se que isto não é o que acontece no caso da legislação brasileira, uma vez que incube ao legislador a tarefa de determinar a natureza da pena a ser aplicada, restando ao juiz apenas a atividade de estabelecer a sua medida dentro dos limites, mínimo e máximo, por aquele determinados.

A fim de melhor esclarecer o ponto de vista acima defendido, toma-se como exemplo a vedação imposta pelo art. 44 da Lei n. 11.343/2006, pois mesmo que o réu tenha preenchido todos os requisitos para que ocorra a substituição de penas, o juiz encontra-se deslegitimado a fazer a devida comutação por causa da imposição perpetrada pelo legislador quando da elaboração da referida lei.

Como sabido, esse sistema de aplicação da lei ao caso concreto foi resquício das ideologias pregadas pelo iluminismo, que, a fim de barrar o arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrou o princípio da legalidade como fim em si mesmo, de modo a fazer do juiz mero reproduzidor da lei (boca da lei) não conferindo ao mesmo qualquer direito de avaliar a gravidade do delito no caso concreto.

Ocorre que a aplicação pura e simples do princípio da legalidade sem que haja a observância da efetiva ofensividade ao bem jurídico e da necessidade da pena, não é capaz de

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 365.

alcançar a justiça nem a segurança jurídica declaradas por um Estado Social e Democrático de direito, pois apesar do legislador fazer uma avaliação da gravidade do delito antes de criminalizar determinada conduta, não tem como medir, faticamente, o grau da culpabilidade do agente delituoso, uma vez que tal atividade só pode ser realizada pelo juiz quando da análise do caso concreto.

Aduz Luigi Ferrajoli, que dentro de um sistema penal garantista, a análise da ofensa causada ao bem jurídico protegido, bem como a avaliação da culpabilidade do autor do crime, devem ser realizadas no momento da aplicação da pena ao caso concreto tendo em vista a necessária proporcionalidade que deve existir entre a infração cometida e o efetivo dano causado. É aqui que entra a “discrecionabilidade” do juiz, pois diante das arbitrariedades cometidas pelos legisladores, que equiparam situações extremamente diversas como ocorre, por exemplo, no caso do art. 44, da Lei n. 11.343/2006, deve observar as especificidades dos fatos e, se possível, aplicar uma espécie de pena diversa da que determina a lei, mas desde que necessária e suficiente a prevenir a prática de novos delitos.

Necessário frisar, no entanto, que nas últimas décadas o sistema de codificação tem enfrentado uma profunda crise, reforçada inclusive pela mídia que tem sido uma das principais responsáveis pela potencialização da culpa do condenado e pelo aumento do medo e da insegurança sociais.

Como sabido, a mídia tem o poder de criar inimigos sociais, pois ao selecionar as notícias que ganham capa nas manchetes, principalmente aquelas relacionadas à prática de crimes, colocam determinada classe de pessoas (estereótipos) como as grandes responsáveis pelo aumento da criminalidade, causando com isso, o mito da necessidade de extermínio desses indivíduos, seja através de sua morte, seja por meio da aplicação das mais duras penas privativas de liberdade, mesmo que para a sua “repressão e prevenção” não seja necessária a fixação de penas tão graves.

É por isso que Lola de Castro afirma: “Vemos assim, passo a passo, como a construção social da notícia, mediatizada pelo poder econômico e político, vai gerando atitudes e valores, isto é, elementos de juízo, para que se crie um sentimento de insegurança *absolutamente seletivo*”⁹³ (*Grifos da autora*).

Em face de todo o exposto, ou seja, diante da constante criminalização de condutas em decorrência do medo da sociedade e da conseqüente necessidade de sua proteção, bem como da atual crise das penas privativas de liberdade, tendo em vista as péssimas condições

⁹³ DE CASTRO. Lola Aniyar. **Criminologia de libertação**. Rio de Janeiro: Revan. ICC, 2005, p. 215.

carcerárias oferecidas pelos presídios brasileiros, a utilização de penas restritivas de direitos (penas alternativas) vem sendo a grande sacada da política criminal, uma vez que, comprovadamente, são aptas a satisfazer o duplo fim perseguido pelo diploma penal brasileiro, qual seja, a perspectiva de ressocialização e de minimização do sistema sancionador.

Pois, conforme bem anota Ferrajoli, “Qualquer transformação dos conteúdos da pena requer ademais uma redefinição teórica e normativa das privações de bens ou de direitos compatíveis com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana”⁹⁴, diversamente do que ocorre no caso de aplicação das atuais penas privativas de liberdade, que além de apresentar-se como um verdadeiro atentado ao estado da pessoa humana, não se mostra capaz de alcançar os fins por ela perseguidos.

É por isso que se diz que garantismo penal não se trata apenas de legalismo, mas também de promoção da dignidade da pessoa humana, pois a teoria garantista encontra-se atualmente calcada nas legislações típicas dos Estados Democráticos de Direitos, onde o investigado ou o réu é tido como sujeito de direitos, de modo que o juiz não pode posicionar-se de modo acrítico com relação aos dizeres da lei, mas sim, ativamente, sujeitando-se ao dispositivo legal até o limite de sua compatibilidade com a Constituição, uma vez que não tem qualquer obrigação jurídica de aplicar leis inválidas, ainda que vigentes.

Assim se posiciona Douglas Fischer sobre o assunto:

A equação pode parecer complexa, mas a raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.⁹⁵ (*Grifos do autor*).

Observa-se, portanto, que o processo hermenêutico a ser realizado, principalmente na seara judicial, não poderá assentar-se em formulas rígidas nem na análise pura dos textos dos dispositivos legais, mas, diversamente, deve está em perfeita consonância com os ditames constitucionais. Neste sentido, assim aduz Perfecto André Ibáñez: “[...] se deve buscar uma estratégia baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

⁹⁵ CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PALELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. t. 3. Salvador: Editora jus Podivm, 2010, p. 31.

processual penal e, de forma geral, num estabelecimento de garantias para a *totalidade dos direitos fundamentais* como um modo de sedimentar a democracia.”⁹⁶ (*Grifos do autor*).

Deste modo, para que as normas infraconstitucionais sejam válidas em suas essências é preciso que estejam em perfeita consonância com os direitos fundamentais que orientam o chamado Estado Constitucional de Direito, pois como se sabe, as garantias constitucionais nada mais são do que técnicas inseridas no ordenamento jurídico que têm por finalidade reduzir qualquer distância que haja entre a norma em si e sua efetividade. Com isso, estabelece-se um tipo de imunidade do indivíduo infrator contra as arbitrárias proibições existentes em algumas leis, de modo que todos os poderes do Estado, e mais especificamente o poder judiciário, passará a ter o dever de garantir ao cidadão a proteção de todos os seus direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Sobre o tema, assim discorreu Gilmar Ferreira Mendes:

[...] os *direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...]*, expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de *proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas*; [...] Discutiu-se intensamente se havia um direito subjetivo à observância da proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...].⁹⁷ (*Grifos do autor*).

Nesta esteira, o que resta ao operador do direito é encontrar o equilíbrio entre a efetividade dos direitos fundamentais e o direito penal, pois, como bem aduziu Américo Bedê Junior e Gustavo Senna, “[...] os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais.”⁹⁸

Logo, para que este equilíbrio seja possível e as garantias constitucionais sejam preservadas em todo e qualquer caso, é necessário que a aplicação da lei ao caso concreto esteja em perfeita consonância com os princípios constitucionais que regem a República

⁹⁶ ANDRÉ IBÁÑEZ, Perfecto *apud* PALELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. t. 3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 34.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados da ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, junho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2010.

⁹⁸ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

Federativa do Brasil; o que não ocorre, por exemplo, no caso do art. 44 da Nova Lei de Drogas, pois conforme já analisado, tal dispositivo fere de morte os princípios da isonomia e da individualização da pena, previstos, respectivamente, no art. 5º, *caput*, e inciso XLVI da CF/88.

3.2 A vedação do art. 44 da Nova Lei de Drogas e o surgimento de uma categoria de crimes “supra-hediondos”

Importante consignar, desde logo, que paira na sociedade brasileira o entendimento de que o consumo de drogas é exageradamente alto, a atuação da polícia é insignificante e a impunidade a regra. Porém, o que se observa na realidade é que o consumo de drogas no Brasil é bastante baixo, quando comparado com o de outros países, a polícia, principalmente a federal, vem tendo uma atuação bastante convincente e que a impunidade na verdade não tem sido a regra, principalmente aqui no Brasil, onde a atual legislação sobre drogas tem incidido de forma bastante repressiva.

Ressalte-se ainda, que o rigor da Lei n. 11.343/2006, principalmente no que tange a vedação de alguns benefícios processuais aos condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, nada mais é do que o reflexo do medo que a sociedade possui da figura do traficante, que, conforme analisado, apresenta-se como o mais novo inimigo do direito penal.

Ultrapassada esta crítica preliminar, destaque-se que a Constituição de 1988 trouxe em seu art. 5º, inciso XLIII, um comando guia para o legislador infraconstitucional, determinando serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Pouco mais tarde, em 1990, o Congresso Nacional votou e aprovou a Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/1990 - , que apesar de não definir o que seriam crimes hediondos, trouxe um rol de delitos considerados como tal, bem como equiparou aos mesmos o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e a tortura. Por outro lado, e em obediência ao comando constitucional, vedou a concessão de fiança, anistia, graça e o indulto, e foi além, vedando também a liberdade provisória.

Nesta esteira, como o tráfico de drogas foi equiparado a crime hediondo pela própria Lei n. 8.072/1990, acabou por sofrer todas as consequências penais e processuais penais previstas tanto na Lei de Crimes Hediondos, quanto na própria Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, com a expressa revogação da Lei n. 6.368/76 pela Lei n. 11.343/2006, novas restrições penais e processuais penais foram estabelecidas pela Nova Lei de Drogas, de modo que os crimes previstos no art. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 passaram a ser, além de inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto, anistia e liberdade provisória, insuscetíveis também de *sursis* e de substituição de penas.

De todo modo, com o advento da Lei n. 11.464/2007, que alterou o § 2º, do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, passou-se admitir aos crimes hediondos e os a ele equiparados a progressão de regimes e a liberdade provisória, nada dispondo na ocasião sobre a vedação de substituição de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos. Sendo assim, não seria possível a vedação da substituição de penas para os crimes hediondos e os a ele equiparados quando todos os requisitos do art. 44 do Código Penal estivessem presentes, pois conforme sabido, no sistema jurídico brasileiro não há espaço para vedações implícitas.

Mas, conforme visto, a Nova Lei de Drogas acabou por vedar, expressamente, a possibilidade de conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, passando a ser considerada, portanto, mais severa do que a própria lei de crimes hediondos que não vedou tal benefício, visto que nada discorreu sobre o assunto. Deste modo, o que se observa é que a nova lei de drogas imprimiu ao tráfico de drogas a condição de crime “supra-hediondo”, uma vez que o rigor de suas sanções vai além das previstas para os próprios delitos hediondos.

Isto posto, indaga-se: como pode a Lei 11.343/2006, que, em tese, criminaliza condutas bem menos graves do que aquelas previstas no rol de crimes hediondos, simplesmente vedar a substituição de penas, quando a própria Lei n. 8.072/90 nada diz sobre o assunto e na grande maioria das vezes admite (suporta) a comutação de penas, desde que todos os requisitos objetivos e subjetivos do Código Penal estejam preenchidos?

A resposta a esta pergunta é bastante simples, pois como se sabe, se o condenado for merecedor do benefício da substituição de penas em razão do preenchimento de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas previstas no art. 44 do CP, não há que se impor ao mesmo o rigor de uma pena privativa de liberdade, primeiro porque não servirá para ressocializar o réu e prevenir a prática de novos delitos e, segundo, porque se tal restrição inexistente em relação aos crimes hediondos, não há razão para que seja aplicada, indistintamente, aos crimes elencados pelo art. 44 da Nova Lei de Drogas.

Diante deste impasse, os estudiosos que seguem uma linha menos garantista advogam a tese de que o legislador encontra-se legitimado a tratar com maior rigor determinadas condutas tendo em vista a abertura prevista no texto constitucional (art. 5º, XLIII). Na mesma

esteira, alegam ainda, a especialidade da Lei de Drogas face à Lei n. 8.072/90 a fim de rechaçar a tese de inconstitucionalidade do art. 44, da Lei n. 11.343/2006, por outro lado, aduzem que se este dispositivo legal fosse inconstitucional, o próprio art. 44, I, do CP também o seria, já que veda a substituição para o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Doutra banda, a doutrina criminal garantista, na qual me incluo, atesta a inconstitucionalidade da referida restrição por ferir os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, pois não seria razoável impedir que as “mulas” do tráfico, que na maioria das vezes são traficantes primários e de bons antecedentes, pudessem se beneficiar das penas restritivas de direitos, as quais se mostram amplamente eficazes para concretizar a finalidade ressocializadora da pena.

Assim, a fim de fazer prevalecer a tese que pugna pela inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, os garantistas lançam mão dos seguintes argumentos:

Primeiramente, impende destacar que não deve prevalecer a tese da especialidade da lei de Drogas em face da lei de crimes hediondos, uma vez que o que se discute é uma situação concreta de sucessão de leis penais no tempo, e não um conflito aparente de normas, deste modo, o princípio que deve ser aplicado é o da posterioridade e não o da especialidade.

Por outro lado, e mesmo se utilizando do princípio da especialidade, *vide* o posicionamento de Francis Rafael Beck sobre a matéria:

Embora venha ser sustentado que, entre ambas, a Lei de Drogas é especial em relação à genérica de Crimes Hediondos, razão pela qual aquela deveria ser aplicada, a conclusão não prospera ante uma investigação mais cuidadosa. Em primeiro lugar, porque as restrições penais mais severas, de acordo com a Constituição Federal, devem ser reservadas aos crimes hediondos e equiparados. Dessa forma, é plenamente sustentável que, em relação às restrições penais a acusados por crimes de especial gravidade (hediondos), a lei especial seja a Lei 8.072/90, e não a Lei 11.343/2006.⁹⁹

Da mesma forma, também não deve prevalecer o argumento de que, acaso fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006, o artigo 44 do CP também deveria ser declarado inconstitucional, tendo em vista o fato de não permitir a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos quando o delito tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

⁹⁹ BECK, Francis Rafael. **A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”**: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/06. CALLEGARI, André Luiz; WEDY, Miguel Tedesco (Coord.). Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.164.

Primeiro porque a própria Constituição, ao tratar das restrições impostas aos delitos hediondos e os a ele equiparados em seu art. 5º, XLIII, não incluiu a vedação de penas restritivas de direitos. Segundo porque a vedação apriorística do art. 44 da Nova Lei de Drogas, ao retirar do magistrado o poder-dever de aplicar ao condenado a sanção mais adequada e suficiente para puni-lo, acaba por ferir os princípios da isonomia e da individualização da pena, previstos respectivamente no art. 5º, *caput* e inciso, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, fica bastante claro que não se está defendendo a aplicação de pena restritiva de direitos em todo e qualquer caso de tráfico de drogas, até porque, se isso acontecesse, estar-se-ia diante de um verdadeiro abolicionismo das penas privativas de liberdade, mas muito pelo contrário, defende-se a substituição apenas naqueles casos em que o condenado preenche todos os requisitos do artigo 44 do CP. Sendo assim, a inconstitucionalidade encontra-se justamente no fato de o legislador ter cometido o equívoco de vedar benefícios penais ou processuais penais a determinados crimes em abstrato, ignorando as circunstâncias que rodeiam o caso concreto.

Necessário frisar, no entanto, que isso não torna o art. 44 do CP também inconstitucional quando não permite a substituição de penas, pois, repise-se, a referida substituição só se operaria, no caso de tráfico de drogas, se o réu preenchesse *todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no retromencionado dispositivo legal*, incluindo-se dentre eles, portanto, a prática do crime *sem violência ou grave ameaça à pessoa*.

Confira o que aponta Francis Beck sobre o assunto:

[...] o presente raciocínio não aponta à conclusão de que a todos os acusados ou condenados pelos crimes previstos no artigo 44 da Lei 11.343/2006 deva ser permitida a liberdade provisória, a conversão de penas ou sursis, **mas sim que a lei não pode excluir de antemão essa possibilidade, independentemente do caso concreto.**¹⁰⁰ (*Grifo nosso*).

Logo, não parece coerente e muito menos justo, que o agente condenado pela prática de estupro (crime hediondo, que não veda a comutação de penas) possa ser beneficiado com a referida substituição (já que tal delito não mais precisa ser praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e, desde que o individuo tenha preenchido todos os demais requisitos

¹⁰⁰ BECK, Francis Rafael. **A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”**: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/06. CALLEGARI, André Luiz; WEDY, Miguel Tedesco (Coord.). Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 168.

exigidos pelo art. 44 do CP) e a “mula” do tráfico não, que às vezes, diante das circunstâncias do caso concreto, ver-se “obrigada” a fazer o transporte de drogas, seja porque precisa sustentar o próprio vício, seja porque é esposa de traficante e não encontra outra alternativa para evitar o padecimento de toda sua família.

3.3 Uma análise jurisprudencial sobre a matéria

No dia 04 de novembro de 2009, o Pleno da Corte Superior de Justiça foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do art.44 da Lei n. 11.343/2006, através da Arguição de Inconstitucionalidade no HC 120.353/SP, entendendo, naquela ocasião, que a vedação da aplicação de penas alternativas aos que cometeram o delito de tráfico de drogas era plenamente constitucional.

O argumento utilizado pelos ministros daquela Corte a fim de fazer prevalecer a tese de plena constitucionalidade do referido artigo foi o de que, a impossibilidade de substituição de penas prevista para os casos de tráfico de drogas tem por si a própria vontade do constituinte insculpida no art. 5º, incisos, XLIII e LI da CF/88, diversa, portanto, das vedações previstas no art. 44 do CP, que por sua vez, foram impostas pelo legislador ordinário.

Vide, portanto, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

INCONVERSIBILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 33, § 4º E ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343, DE 2006.

Se a lei deve assegurar indiscriminadamente ao juiz o arbítrio para, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, substituir a pena privativa da liberdade pela pena restritiva de direitos, o próprio art. 44 do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa – e com maior razão.

Com efeito, as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime, a saber: - primeiro, no art. 5º, XLIII, já citado, a cujo teor a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes; - segundo, no art. 5º, LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Argüição de inconstitucionalidade rejeitada.¹⁰¹

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade do HC 120.353. Tráfico de drogas. Relator: Ministro Og Fernandes, Relator p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, 18 de dezembro de 2009. Disponível em:

Impende destacar, de todo modo, que apesar de o Plenário dessa Egrégia Corte Justiça ter se posicionado pela constitucionalidade do artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, sua Sexta Turma vem admitindo a possibilidade de conversão da pena aplicável ao delito de tráfico, principalmente após o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 102.678/MG.¹⁰²

Vide, portanto, dois precedentes neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Considerando a quantidade de pena aplicada - 1 ano e 8 meses de reclusão - , reconhecida a primariedade do réu e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor, respeitando-se o princípio da individualização da pena, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime aberto, visto que não supera 4 anos, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes hediondos, eis que alheia às particularidades do caso concreto, consoante vem sendo decidido pela Sexta Turma desta Corte.

2. Muito embora, em momento anterior, a Corte Especial deste Tribunal tenha rejeitado a Arguição de Inconstitucionalidade no HC nº 120.353/SP, a partir do julgamento do HC nº 118.776/RS (sessão de 18/3/2010 – acórdão pendente de publicação), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei de Drogas. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do HC 149.807/SP, realizado no dia 6 de maio de 2010 (Informativo nº 433/STJ).

3. Habeas corpus concedido para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por duas restritivas de direitos, a serem definidas no Juízo da Execução.¹⁰³ (*Grifos do autor*).

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=argui%E7%E3o+de+inconstitucionalidade+e+drogas&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

¹⁰² EMENTA: 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. (HC 102678, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-03 PP-00607).

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 151.199. Tráfico de Drogas. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Conv.), 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%E1fico+e+entorpecentes+e+substitui%E7%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=24>> Acesso em: 13 de novembro de 2010.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06 E DA LEI Nº 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A 6ª Turma vem decidindo que, mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados –, na fixação do regime prisional para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o magistrado há de levar em consideração as circunstâncias do caso por ele analisado, isto é, a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. A 6ª Turma adotou a orientação de que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ainda que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes tenha ocorrido na vigência da Lei nº 11.343/06.

3. Na situação em análise, levando em consideração o quantum da pena (1 ano e 8 meses de reclusão), a quantidade de droga apreendida (3,6 g de cocaína na forma de crack), a primariedade e os bons antecedentes, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis é possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade, bem como a substituição dessa sanção por duas penas restritivas de direitos.

4. Ordem concedida.¹⁰⁴ (*Grifos do autor*).

Deste modo, apesar de a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ter flexibilizado seu posicionamento no sentido de admitir a substituição de penas ao condenado pela prática de tráfico, antes mesmo de o Pleno do Supremo Tribunal Federal ter se posicionado sobre o assunto, a Quinta Turma daquele Tribunal continua não admitindo a referida comutação de penas ao argumento de que a definição do art. 44 da Nova Lei de Drogas pertence ao legislador, que na ocasião da elaboração da norma pretendeu dar tratamento mais severo à prática de tráfico de drogas, não havendo que se falar em mácula ao princípio da individualização da pena.

Vide, julgado da Quinta Turma do Egrégio Tribunal de Justiça neste sentido:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PENA: 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA PERMITIR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL.

1. A nova Lei de Tráfico de Entorpecentes (11.343/06) dispõe que o delito de tráfico é insuscetível de sursis e, ainda, vedou expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44).

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 166.894. Tráfico de Entorpecentes. Relator: Ministro Celso Limongi (Conv.), 31 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%EF%BC%91fico+e+entorpecentes+e+substitui%E7%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>> Acesso em: 13 de novembro de 2010.

Portanto, cometido o crime na sua vigência, indevida a conversão da pena ou a concessão de sursis.

2. Conheço e reverencio o recente entendimento do colendo STF de ser inconstitucional a proibição de conversão de penas em crime de tráfico (HC 97.256, Rel. Min. AYRES DE BRITO); todavia, deve ser ressaltado que foi (a) adotada em sede difusa, e (b) por maioria de votos (6x4) e (c) sem efeito vinculante.

3. Entendo não ser razoável que o condenado por tráfico de entorpecentes, seja ele de pequeno, médio ou grande porte, seja beneficiado com essa substituição, porque, em todas as suas modalidades, trata-se de delito de extrema gravidade e causador de inúmeros males para a sociedade, desde a desestruturação familiar até o incentivo a diversos outros tipos de crimes gravíssimos, que, não raro, têm origem próxima ou remota no comércio ilegal de drogas, sem falar do problema de saúde pública em que já se transformou.

4. O regime inicial de execução da pena, do mesmo modo que a eventualidade de progressão e a possibilidade de substituição formam o conjunto da sanção. A sua definição cabe ao legislador, que, no caso da narcotraficância, entendeu que as consequências a reger os infratores da norma deveriam ser mais severas, sem deixar de prever, para hipóteses menos graves, a possibilidade de expressiva redução da pena. Nesse contexto, não vislumbro qualquer mácula ao princípio da individualização da pena.

5. O fato de a legislação estabelecer critérios distintos para a aplicação da sanção, que podem ser mais ou menos graves, conforme o crime, não retira do Magistrado a sua discricionariedade, pois este está - em todos os casos - balizado pelos parâmetros anteriormente definidos na norma penal.

6. Todavia, a maioria dos integrantes da 5a. Turma entendeu por acompanhar o entendimento sufragado pelo colendo STF, razão pela qual, considerando a missão constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo o meu ponto de vista, para conceder a ordem, nesse aspecto particular, permitindo a substituição da pena, a ser fixada pelo Juiz da VEC.

7. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

8. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

9. Habeas Corpus parcialmente concedido, para permitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Criminal.¹⁰⁵ (*Grifo nosso*).

Todavia, não tardou para o Supremo Tribunal Federal enfrentar a matéria, pois, apesar de a Corte Especial do Superior de Justiça ter firmado posicionamento no sentido da constitucionalidade do referido dispositivo legal (HC 120.353, julgado em 18 de novembro de 2009), a inquietação de quem pugnava pela inconstitucionalidade do artigo, como foi o caso da Defensoria Pública da União através do HC 97.256/RS, fez com que o Plenário da Suprema Corte decidisse, por seis votos a quatro, pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Nova Lei de Drogas, sagrando-se como vencedora a tese do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Ficaram vencidos, portanto, os ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie e Marco Aurélio, que defendiam a possibilidade de o Congresso

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 169.752. Narcotraficância e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%E1fico+e+entorpecentes+e+substitui%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 13 e novembro de 2010.

Nacional reprimir com a maior veemência a prática de delitos considerados mais graves, como é o caso do tráfico de drogas.

Os argumentos utilizados pelo Ministro Carlos Ayres Britto para fazer prevalecer sua tese foram, em síntese:

- a) Não há razões para a Nova Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006 - vedar, *in abstracto*, a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, se o Supremo Tribunal Federal tem admitido a comutação de penas para os casos de prática de crimes hediondos, já que não há qualquer vedação expressa neste sentido na Lei n. 8.072/90, e para os casos de tráfico praticados sob a égide da antiga lei de drogas, Lei n. 6.368/76;
- b) Levando em consideração o fato de que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é um crime equiparado a hediondo e, que o texto constitucional não vedou a possibilidade de substituição de penas aos crimes hediondos bem como aos a eles equiparados, não há razões para que tal restrição se imponha apenas com relação ao tráfico de drogas;
- c) Por outro lado, a referida vedação fere de morte o princípio constitucional da individualização da pena, pois retira dos magistrados o poder-dever de aplicar ao réu a sanção mais adequada e suficiente para puni-lo;
- d) Por fim, o Brasil incorporou ao direito pátrio alguns tratados e convenções internacionais, como é o caso da Convenção Contra o tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, que admitem a utilização de penas alternativas na repressão e prevenção do tráfico ilícito de drogas.

Após, o Plenário da Corte Suprema, por maioria, decidiu conceder, parcialmente, a ordem de Habeas Corpus, a fim de conceder o benefício da substituição de penas previsto no art. 44 do CP, a Alexandre Mariano da Silva, que fora condenado a uma pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

A decisão que concedeu, parcialmente, a ordem de habeas corpus foi proferida nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, concedeu parcialmente a ordem, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar

Peluso. Ausentes, com votos proferidos na assentada anterior, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Ricardo Lewandowski, ocasionalmente. Plenário, 01.09.2010.¹⁰⁶

Apesar dessa decisão não possuir efeito *erga omnes*, é pacífico o entendimento de que ela deverá alterar o posicionamento dos demais tribunais brasileiros no sentido da possibilidade da substituição, conforme já é possível anotar no precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, abaixo colacionado.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTS. 33, CAPUT, E 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006). FIXAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ARTS. 33, § 4º, E 44, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC Nº 97256/RS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INCONSISTÊNCIA DA PRETENSÃO. APELAÇÃO DO MP PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU NÃO PROVIDA. 1. O art. 2º, caput, da Lei 8.072/90 e o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal consideram o crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins figura equiparada aos crimes hediondos. A incidência da causa especial de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/06) não afasta a equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos. 2. O juiz sentenciante fixou corretamente a pena-base no mínimo legal, em razão de não ter considerado expressiva a quantidade de droga apreendida e as circunstâncias previstas no art. 59 do CP serem absolutamente favoráveis ao acusado. 3. Tendo sido detectadas em favor do réu todas as circunstâncias previstas no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços) na diminuição da pena é medida que se impõe. 4. O regime inicial de cumprimento da pena, para os agentes que cometem o crime de tráfico de entorpecentes, é o fechado, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 com redação dada pela Lei 11.464/07, independentemente do quantum da pena. 5. O Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97256/RS, rel. Ministro Ayres Britto, entendeu pela inconstitucionalidade da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e da expressão ‘vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos’, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, deixando a cargo do juiz da causa a análise sobre se o condenado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em pena restritivas de direitos. 6. O afastamento do óbice legal, por si só, não garante ao acusado a substituição. O juiz da causa há de verificar se o condenado, para tanto, preenche os requisitos inculpidos no art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal. Caso preencha esses requisitos, o sentenciado faz jus à substituição, o que se verifica na hipótese em exame. 7. Há vedação expressa nos artigos 44 e 59 da Lei 11.343/2006 para que os condenados pelo crime previsto no art. 33, da respectiva lei, possam recorrer em liberdade, tanto que, na hipótese vertente, o acusado permaneceu preso durante todo o curso da instrução processual, não havendo nos autos elementos a indicar qualquer ilegalidade na manutenção da

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97256. Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653717>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

segregação. 5. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida e apelação do réu não provida.¹⁰⁷

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Criminal n. 200933000089369. Tráfico Internacional de Entorpecentes. Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos (Conv.), 25 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um breve estudo sobre o art. 44 da Nova Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006 – chega-se a conclusão de que as restrições impostas pelo referido dispositivo legal apresentam flagrante contrariedade com os mandamentos constitucionais, sobretudo, por ferir os princípios da igualdade e da individualização da pena previstos, respectivamente, no artigo 5º, *caput*, e inciso XLVI, da Carta Magna de 1988.

Conforme aduzido, uma das restrições previstas naquele dispositivo legal diz respeito à vedação, *in abstracto*, da possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos aos condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo que, no caso concreto, o sujeito faça jus ao referido benefício por ter preenchido todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal para que ocorra a devida comutação.

A violação do princípio da isonomia ocorre na medida em que o legislador ordinário trata da mesma forma situações bastante diferentes, pois equipara os traficantes ocasionais, frequentemente chamados de “mulas” do tráfico, ao verdadeiro chefe da narcotraficância, ou seja, aquele que realmente comanda as bocas de fumo e vive do tráfico.

Por outro lado, a violação ao princípio da individualização da pena ocorre na medida em que o elaborador da lei veda, de forma apriorística, essa possibilidade de substituição de penas sem deixar qualquer margem de liberdade ao juiz para avaliar se, no caso concreto, e em observação de todas as circunstâncias que envolvem os fatos, o réu faz ou não jus ao referido benefício.

Deste modo, apenas a análise do caso concreto é que determinará se a substituição de penas deve ou não ser realizada, pois, acaso o indivíduo preencha todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal, não há razões para que a devida substituição de penas não se opere.

Primeiro porque, além da referida vedação ferir de morte o texto constitucional, consoante aduzido nas linhas anteriores, também representa uma forte tendência do direito penal do autor, que, ao tratar o traficante como o mais novo inimigo da sociedade, não se encontra nem um pouco preocupado com sua ressocialização, mas muito pelo contrário, visa apenas o seu afastamento do convívio social através da aplicação das mais duras penas privativas de liberdade.

Dito isto, observa-se que só assim o direito penal encontra-se legitimado a aplicar as reprimendas penais que melhor lhe convier e que, por outro lado, acalme toda a sociedade do medo que possui daquele inimigo por ela criado e, muitas vezes, potencializado pelo poder da mídia.

Segundo porque, se nem a Constituição Federal nem a própria lei de crimes hediondos – Lei n. 8.072/90 – vedou a substituição de penas e, como em um Estado de Direito preocupado com a promoção da dignidade da pessoa humana não há lugar para vedações implícitas, também não há motivos para que a nova lei de drogas faça este tipo de restrição, já que, em tese, o tráfico de drogas não é praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Sob outro ponto de vista, vislumbra-se que esta vedação fere, sobremaneira, o princípio da proporcionalidade, pois como se sabe, em um Estado Social e Democrático de Direito, que por sua vez proclama a dignidade da pessoa humana como valor supremo que deve reger todas as relações humanas existentes no país, o mínimo que deve haver quando da aplicação da pena ao caso concreto, é uma equivalência entre a sanção fixada e o dano causado pela prática do crime.

Deste modo, limitado pelo dever de garantir e dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer ser humano, seja ele destinatário de uma sentença condenatória pela prática de crimes ou não, os poderes estatais devem agir em perfeito equilíbrio entre a proibição de excessos e a de insuficiência.

Sendo assim, não devem agir com extremo rigor quando repressões mais brandas são suficientes para reprimir e prevenir a conduta desviada, sob pena de incorrerem tanto na proibição de excessos quanto na de insuficiência, uma vez que a utilização excessiva de sanções penais que privam a liberdade fere outros direitos e garantias fundamentais do indivíduo condenado.

Isto, portanto, é o que vem acontecendo com a aplicação do artigo 44 da Nova Lei de Drogas, pois não raras vezes a vedação da substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, apresenta-se tanto como um verdadeiro excesso na repressão e prevenção do crime de tráfico, já que por vezes não há necessidade de fazer o réu experimentar as agruras das penas privativas de liberdade para prevenir a prática deste delito, quanto como medida insuficiente de conferir, *adequadamente*, ao condenado o exercício dos direitos e garantias fundamentais mais elementares do ser humano, já que, comprovadamente, o cárcere brasileiro retira de qualquer indivíduo a condição de pessoa.

Assim, e a fim de fazer prevalecer os ideais proclamados por um Estado Social e Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a utilização do direito penal através da

aplicação de sua mais dura sanção, qual seja a pena privativa de liberdade, deve ser a *ultima ratio*, de modo que a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos mostra-se, na atualidade, como a alternativa mais eficaz para a efetiva recuperação do condenado.

Logo, no caso de tráfico de drogas, faz-se imperiosa a análise, pelo juiz, de todas as circunstâncias que envolvem os fatos do caso concreto, pois só assim terá subsídios para fazer a devida substituição de penas que só se operacionalizará se a reprimenda restritiva de direitos for suficiente para “reprimir” e prevenir a prática de novos delitos, como determina o art. 59 do CP.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, José Luiz de. **Clientela do direito penal e o princípio da isonomia**. Disponível em: <<http://joseluizalmeida.com/2008/01/27/a-clientela-preferencial-do-direito-penal-e-o-principio-da-isonomia>> Acesso em: 05 de junho de 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BARRTEO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. São Paulo, RT, n.727.

BECK, Francis Rafael. **A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”**: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/06.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Edelbra, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BOSHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Luiz Flávio Gomes (Org.). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Constituição Federal de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2010.

_____. **Constituição Federal de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acessado em: 12 de novembro de 2010.

_____. **Lei n. 11.343/2006**. Luiz Flávio Gomes (Org.). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade do HC 120.353. Tráfico de drogas. Relator: Ministro Og Fernandes, Relator p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=argui%E7%E3o+de+inconstitucionalidade+e+drogas&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 151.199. Tráfico de Drogas. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Conv.), 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%E1fico+e+entorpecentes+e+substitui%E7%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=24>> Acesso em: 13 de novembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 166.894. Tráfico de Entorpecentes. Relator: Ministro Celso Limongi (Conv.), 31 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%E1fico+e+entorpecentes+e+substitui%E7%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>> Acesso em: 13 de novembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 169.752. Narcotraficância e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=tr%E1fico+e+entorpecentes+e+substitui%E7%E3o+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>>. Acesso em: 13 e novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Criminal n. 200933000089369. Tráfico Internacional de Entorpecentes. Relator: Juiz Federal Marcus Vinícius Bastos (Conv.), 25 de outubro de 2010. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97.256. Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 01 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653717>. Acesso em: 13 de novembro de 2010.

CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PALELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral:** Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. t. 3. Salvador: Editora jus Podivm, 2010.

CALLEGARI, André Luiz; WEDY, Miguel Tedesco (coord.). Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 3. ed. amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, João Paulo Oliveira dias de. **A inconstitucionalidade da vedação contida no art. 33, §4º, da lei 11.343/06.** Disponível em: <http://www.defensoria.pa.gov.br/?q=node/767>>. Acesso em: 13 de junho de 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 24 – (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 6).

CRESPO, Eduardo Demetrio. “Do Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.** São Paulo: RT, n. 1, PP. 9-37, julho-dezembro de 2004.

CRIVELLA, Marcelo. **Parecer da comissão de constituição, justiça e cidadania: Projeto de Lei do Senado nº. 552, de 2007.** Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **A teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** v. 1, tomo I. 4. ed. 36. tir. São Paulo: Max Limonad, 1973.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código penal, Código de processo penal, legislação penal e processual penal, constituição federal.** 12. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Execução penal.** Luiz Regis Prado (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade.** In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Direitos humanos: os desafios do século XXI. Uma abordagem interdisciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados da ordem constitucional.** Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, junho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2010.

MORAES, Vinicius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Güther Jakobs. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: RT, n. 74, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**: 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. t. 3. Salvador: Editora jus Podivm, 2010.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e Reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direito e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 10 de novembro de 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da pena**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Nova lei antidrogas**: (Lei nº 11.343/2006) comentários e jurisprudência. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.