

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

**DA PENA ALTERNATIVA PARA O TRÁFICO DE DROGAS
PRIVILEGIADO**

Julia Angela Sidraco da Silva

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

DA PENA ALTERNATIVA PARA O TRÁFICO DE DROGAS
PRIVILEGIADO

Julia Angela Sidraco da Silva

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão
de Curso para obtenção do
grau de Bacharel em Direito,
sob orientação do Prof.
Maurício Kenji Yonemoto

Presidente Prudente/SP

2012

DA PENA ALTERNATIVA PARA O TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Maurício Kenji Yonemoto

Marcus Vinicios Feltrin Aquotti

Diogo Pôrto Vieira Bertolucci

“Aprenda como se você fosse viver para sempre. Viva como se você fosse morrer amanhã”.

Mahatma Gandhi

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado saúde e força para passar por esses cinco anos, e pela proteção nos momentos difíceis.

Agradeço também aos meus pais Aparecida Lourenço dos Anjos e Sidraco da Silva que tornaram possível a realização de um curso superior, sempre com muito carinho e compreensão, principalmente pelo exemplo de pessoas íntegras e esforçadas que são.

Agradeço aos meus irmãos, Luiz Marcos Sidraco da Silva e Jorge Felipe Sidraco da Silva por sempre estarem do meu lado e me ajudarem quando foi necessário. Quanto a minha irmã Sheila, sinto saudades, mas agradeço por você ter existido, por ter passado pelo mundo e espalhado nele a sua alegria, ainda que por tão pouco tempo, e principalmente por ter nos deixado a sua maior obra, seus lindos filhos Wendel e Jhonatam, que são a razão da vida do resto da nossa família.

Não poderia deixar de agradecer meu orientador e professor Maurício Kenji Yonemoto, pela paciência e dedicação.

Quero lembrar também de todos os meus amigos de curso, Fernando, Felipe, Luciano, Mariana, Haroldo, Andressa, por tornarem meus dias mais divertidos e merecerem ao longo desse tempo, serem os meus melhores amigos.

Por fim, agradeço a todos aqueles que colaboraram de forma direta ou indireta na conclusão deste trabalho, as funcionárias da biblioteca, que me ajudaram muito, ao meu supervisor de estágio, Dr. Diogo e a Elizabete, principalmente pela paciência, que eu não sei se seria capaz de ter com um estagiário, e os funcionários do fórum de Osvaldo Cruz. Amo todos eles.

RESUMO

O enfoque principal deste trabalho é a discussão a respeito da possibilidade de conversão de pena alternativa para o traficante de drogas que se enquadra no tipo do artigo 33,§4, da lei 11.343, 2006. Com o surgimento da Constituição de 1988, as garantias individuais, as quais deve essa lei se submeter, foram ampliadas e a energia na sua defesa também. Em seu bojo ficam exemplos dessa força, a garantia de individualização da pena, e ao devido processo legal, o que em primeira vista, dão ao juiz o poder de, ao analisar o caso concreto, decidir se há situação favorável a reprimenda alternativa ou não. No mesmo sentido, para que se perceba o cabimento do instituto se elucida a respeito da pena, da sua história, e evolução, passando de simples castigo a função social do estado com o fim de educar principalmente, por fim suas finalidades e teorias justificadoras, seguidas das críticas mais comuns feitas pela doutrina a respeito do sistema de cumprimento de pena no Brasil. No entanto na mesma constituição se confere a lei o poder de decidir sobre a individualização penal, então, doutrina e jurisprudência questionam; cabe ao legislador ou não a repressão a um direito garantido constitucionalmente? O Supremo Tribunal federal entendeu que não, mas a decisão foi conturbada e existem argumentos contrários bem convincentes. A favor da decisão fica a garantia constitucional de individualização da pena, com o poder conferido ao juiz, o caráter menor do tráfico privilegiado e a nova intenção da lei de drogas no tratamento diferenciado ao traficante eventual, sem maus antecedentes e que não faz parte de organização criminosa, percebendo assim que não se trata da modalidade taxada de hedionda. Mas em contrário, há a lesão social causada pelo tráfico de drogas, a função retributiva da pena, que por parte da doutrina não seria alcançada com a alternativa e a vedação legal expressa

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas. Pena Alternativa.

ABSTRACT

The main focus of this work is the discussion about the possibility of converting alternative penalty for drug dealer who fits the kind of article 33, § 4 of Law 11.343, 2006. With the advent of the 1988 Constitution, individual rights, which must undergo this law, were enlarged and the energy in his defense as well. In its wake are examples of this force, ensuring individualization of punishment, and to due process, which at first glance gives the judge the power to, in analyzing the case, decide if there is a favorable situation to reprimand or no alternative. Likewise, in order to realize the appropriateness of the institute elucidates about the penalty, its history and evolution, from simple punishment to the social function of the state in order to educate mainly by their end goals and theories justified, followed by the most common criticisms made by the doctrine about the system of imprisonment in Brazil. However in the same establishment if the law confers the power to decide on individual criminal then question doctrine and jurisprudence, it is the legislator or not the repression to a constitutionally guaranteed right? The Supreme Court came to understand that not, but the decision was troubled and there are quite compelling counterarguments. The decision is in favor of the constitutional guarantee of individualization of punishment, with the power given to the judge, the character less privileged trafficking and intent of the new law on drug trafficker to any differential treatment, no bad record and is not part of organization criminal as they realize that this is not the kind of hideous taxed. But otherwise, there is the social damage caused by drug trafficking, the role of retributive punishment, which by the doctrine would not be achieved with the alternative and seal express legal.

Keyword: Drug Traffic. Alternative penalty

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AI-5 – Ato Institucional número cinco
- CF – Constituição Federal
- CONAD – Conselho Nacional de Política sobre Drogas
- CP – Código Penal
- HC – Habeas Corpus
- ONU – Organização das Nações Unidas
- STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.	
INTRODUÇÃO.....	10
2. DIREITO PENAL E PENA, FINALIDADES.....	12
2.1. Histórico.....	13
2.2 Finalidades da Pena.....	20
2.2.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	21
2.2.2 Teorias relativas ou preventivas.....	23
2.2.2.1.Prevenção especial.....	24
2.2.2.2 Prevenção geral.....	28
2.2.3 Teorias ecléticas, mistas ou unificadas.....	31
3. FINALIDADE DA PENA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	31
3.1 Função Preventiva.....	32
3.2 Função Repressiva ou Retributiva.....	32

3.3 Função Ressocializadora.....	33
3.4 Críticas ao Sistema Brasileiro de Aplicação de Penas.....	33
3.5 Da Crise da Pena de Prisão e Seus Efeitos Práticos.....	35
3.5.1 Aumento da criminalidade.....	35
3.5.2 Efeitos sociológicos.....	37
3.5.3 Prisionalização.....	40
3.5.4 Efeitos psicológicos.....	40
3.5.5 Privação sexual.....	41
3.5.6 A instituição prisional.....	42

4. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA AO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO.....44

4.1 Princípio da Humanidade das Penas.....	46
4.2 Princípio da Proporcionalidade.....	48
4.3 Princípio da Individualização da Pena.....	53
4.4 Princípio da Intervenção Mínima.....	55
4.5 Princípio da Vedação da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos.....	55
4.6 Análise da Pena Alternativa Frente ao Neoconstitucionalismo.....	56

5. DA PENA ALTERNATIVA.....60

5.1 Espécies.....	60
5.1.1 Prestação pecuniária.....	62
5.1.2 Perdas de bens e valores.....	64
5.1.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.....	68
5.1.4 Interdição temporária de direitos.....	70
5.1.5 Limitação de fim de semana.....	70
5.1.6 Multa.....	70
5.2 Fixação da Pena.....	71
5.2.1 Quantidade de pena e tipo de crime.....	72
5.2.2 Reincidência.....	73
5.2.3 Circunstancias judiciais favoráveis.....	73
5.2.4 Quantidade de pena alternativa proporcional à privativa de liberdade.....	74
5.2.5 Pena alternativa ao reincidente.....	75
5.2.6 Conversão da pena alternativa em privativa de liberdade.....	76

5.2.7 Conversão na execução.....	77
----------------------------------	----

6. DA APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA PARA O TRAFICO PRIVI

LEGIADO.....	78
---------------------	-----------

6.1 Decreto 154 de 1991.....	79
------------------------------	----

6.2 Da Nova Lei de Drogas.....	80
--------------------------------	----

6.3 Dos Novos Princípios e Objetivos do Novo Sistema de Repressão as Drogas...	81
--	----

6.3.1 Respeito ao usuário e dependentes.....	82
--	----

6.3.2 Ações para a reinserção do usuário.....	83
---	----

6.3.3 Individualização de tratamento.....	83
---	----

6.3.4 Atenção à família do dependente.....	84
--	----

6.3.5 Observância das orientações e normas do CONAD.....	85
--	----

6.3.6 Respeito às diretrizes de políticas regionais.....	85
--	----

6.3.7 Incentivo a instituições que contratarem dependentes.....	86
---	----

7. DOS CRIMES DA LEI.....	87
----------------------------------	-----------

7.1 Da Não Aplicação de Prisão ao Usuário.....	87
--	----

7.2 Do Tráfico de Drogas.....	88
-------------------------------	----

7.3 Do Tráfico de Drogas Privilegiado.....	89
--	----

7.4 Resolução 5/2012.....	90
---------------------------	----

CONCLUSÃO.....	101
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	103
--------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a intenção de tratar da possibilidade de aplicação de pena alternativa para o tráfico de drogas, na modalidade privilegiada, que está disposta no artigo 33, §4º, da lei 11.343 de 2006. Esse tema vem sendo bastante abordado pela doutrina e jurisprudência e por isso foi o enfoque deste trabalho, pelo método hipotético dedutivo.

Primeiro se encontra a análise da formação do direito penal e da pena com as suas respectivas finalidades e teorias justificadoras; teorias absolutas, teorias preventivas (especial e geral) e teorias mistas. Em seguida apresenta-se as funções preponderantes no sistema brasileiro da pena, em cada etapa de sua aplicação (cominação pelo legislador, aplicação e execução) com as mais corriqueiras críticas doutrinárias, e efeitos nocivos causados pela privação de liberdade.

Depois se avalia a possibilidade frente a alguns princípios constitucionais penais, tais como humanidade das penas, proporcionalidade, individualização das penas, intervenção mínima e princípio da vedação da proteção deficiente dos bens jurídicos e se constata que frente aos princípios constitucionais, na maioria dos casos é possível a aplicação da substituição, no entanto devem ser ponderados argumentos em contrário.

Seguindo se pondera a cerca da substituição frente a o neoconstitucionalismo, apresentando-se as suas características preponderantes quanto à aplicação de norma constitucional.

Quanto ao tráfico são trazidos os institutos legais no ordenamento brasileiro que versam sobre ele. O decreto 154 de 1991, com suas considerações internacionais e intenções de tratamento em conjunto. A nova lei de drogas, com seus princípios norteadores de tratamento ao dependente e aos seus familiares, que não estão sendo cumpridos, e enfim são tratados das decisões de tribunais superiores a respeito, como o HC 97256, STF, seguido da resolução 5/2012 do

Senado Federal, que suspende a execução do termo “vedada a concessão de pena alternativa” do artigo 33, §4º da Lei de Drogas.

2 PENA E DIREITO PENAL, FINALIDADES

A pena, como retribuição de mal injusto, ou até justo (do ponto de vista social ou filosófico), tem origem com a própria concepção de consciência de ser vivo. Não só os humanos, de alguma maneira buscam meios de defesa contra prejuízos decorrentes de outros seres, ou da natureza, é instinto pela condição de espécie, que precisa se preservar. A essa reação, em caso de dano a integridade ou propriedade, causado por outro demos o nome de pena.

“A origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens.” (BITENCOURT, 2011, p. 27).

Para legitimar a aplicação da pena, surge o direito penal, nessa esfera, primeiro relaciona condutas que geram lesões individuais e distribuindo pena correspondente, depois exerce função administrativa, não no sentido jurídico, mas no sentido de garantir a ordem jurídica da sociedade, conforme explica Figueiredo Dias. (1999, p. 167).

Ao longo do intuito de administração das penas, o direito evoluiu passando pelas seguintes fases, ainda pelo mesmo autor:

“Estado de polícia iluminista” (1999, p. 167.). Nessa fase o direito penal quanto à aplicação de penas visava a reação penal contiguamente a conduta, desde as menos as mais lesivas.

Com a Revolução Francesa (DIAS, 199, p. 168), a aplicação de penas se vê mais restrita legalidade e defesa de interesses individuais, em um Estado de Direito mais formal.

Nessa fase, ainda segundo esse autor, encontram-se todos os ordenamentos jurídicos, e com essa necessidade de formalizar condutas em tipos

penais para legitimar a ação do Estado, o legislador passou a considerar típicas em direito penal, as reações individuais negativas da derrota de outras esferas.

“Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda parte, pela idéia, pernicioso, mas difícil de evitar, de pôr aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. E assim, verificou-se o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de uma abundante direito penal *extravagante acessório ou secundário*. Direito esse que é, em sentido próprio, direito penal *administrativo*: no preciso sentido de que se sanciona, com penas *criminais*, a violação de ordenações da *Administração* e se apresenta assim como direito administrativo, se não segundo a competência, por certo segundo a matéria” (DIAS, 1999, p.170)

Assim surgiram as legislações não propriamente penais, mas com tipos penais em seu bojo, a contravenção penal e os vários tipos penais que primam, pelo freio da sociedade

2.1 Histórico

A pena tem seu surgimento pelo instinto natural de auto conservação humana. Gerar lesão ao ser humano ou a coisas em sua posse gera o desejo de vingança e repudio as pessoas por natureza, e essa lesão deve ser passível de castigo, se possível tão grave, ou pior, a quem cometeu o mal.

A necessidade de meios de repressões a lesão vem de outra característica humana também, a de viver em sociedade e, de costumar ver no outro seus anseios e dores, fazendo com que a espécie se preserve. Mesmo nos ajuntamentos mais rudimentares de homens pré históricos, a pena era exercida como direito de vingança, principalmente pelos mais fortes.

No começo da existência em sociedade propriamente dita, com a invenção da religião, a história mostra que ao cometer uma conduta lesiva um integrante teria que ser punido para que seu erro fosse perdoado pelo divino. A pena tinha caráter então de castigo, deveria ser aplicada para que esse pecado fosse

dirimido frente à religião, e a não imposição de punição reverteria em malefícios a todo o resto do grupo. (SHECAIRA, 2002, p. 24-25)

Para o perdão das suas faltas, castigos proporcionais eram infligidos, com meios cruéis aos infratores e até a sua família, como exemplo as penas impostas pela Lei de Talião (SHECAIRA, 2002 pág. 26 e 27).

Com o surgimento de maiores ajuntamentos e concentração do poder, a pena passou a ser aplicada também como meio de sustentação da sociedade organizada. Nessa época a pena era predominantemente a de morte, e a privação de liberdade se dava somente para que depois da sentença aplicada o apenado não fugisse, para que fosse castigado e tirado do ambiente da sociedade.

A lei penal, organizada mais antiga de que se tem conhecimento é o Código de Hamurabi (XXIII a.C.) (SHECAIRA, p 27), podendo haver a restituição do bem em caso de pequenos danos patrimoniais, e nos demais a pena era proporcional ao crime.

Depois na China, aplicavam-se as chamadas cinco penas.

“Na China, segundo informam Zaffaroni e Pierangelli, eram conhecidas as chamadas “cinco penas”, ou seja, o homicídio era penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz, e os delitos menores com uma marca na testa. Em seguida utilizaram-se as penas mais cruéis, como o abraço a uma coluna de ferro incandescente, o esquartejamento, a tortura, o açoitamento, o espancamento, o furo dos olhos com ferro quente além da extensão do castigo à família do agente. No século VIII d. C. as penas foram reduzidas a cinco novamente, ou seja, morte deportação, desterro, espancamento e açoitamento” (SHECAIRA, 2002, p. 27)

Na Índia existia o código de Manu, um aspecto interessante é que por essa lei a pena de multa era aplicada mais severamente as pessoas com mais poder e elas poderiam ser eximidas das penas corporais.

Quanto ao direito hebreu os dez mandamentos de Moisés trouxeram o princípio da proporcionalidade de Talião, também com a pena de morte.

Mais tarde na idade média, e com o crescimento da cultura bárbara, a igreja passou a utilizar-se, além da pena capital, da reclusão de clérigos (SHECAIRA, 2002, p. 31), marco inicial das penas de privação de liberdade. Existia

também a pena de quem cometia crime contra o Estado, com a reclusão do mesmo modo.

Com o surgimento da idade moderna, a sociedade passa, a sair dos feudos e se concentrar em cidades o que contribuiu para o aumento da marginalidade. Então a pena tinha o fim de repelir essas pessoas e suas condutas da sociedade, com pena de expulsão e trabalhos forçados.

Alcançada a afirmação efetiva da sociedade e consciência da finalidade de retribuição e humanização da pena, surge o Iluminismo, que abandona a concepção teológica de castigo e abarca o ser humano como foco, a ser protegido pela sanção, sendo a pena aplicada somente e na medida em que necessária a causar reprovação ao apenado, fazendo com que não o cometa mais (Shecaira, 2002, pág. 32-33).

Surge também um novo modelo econômico, fundado no liberalismo, a classe menos favorecida precisava ser controlada, e ao mesmo tempo a burguesia precisava da mão de obra barata, daí a falência da pena de morte como meio de controle social. Nesse contexto começa a ganhar mais força a instituição da pena privativa de liberdade com o fim de submeter e depois recolocar o antigo delinqüente novamente na sociedade para seguir com sua vida e trabalhar (BITENCOURT, 2011, p. 49).

Ao tempo do descobrimento do Brasil o regime jurídico trazido pelos colonizadores era o das Ordenações Afonsinas, de D. Afonso V, em 1446 (DOTTI, 1980, p. 13).

Essa lei tratava de direito penal e processual penal, com aspectos do direito canônico, Romano e consuetudinário.

As penas ainda eram cruéis e desproporcionais, no tocante a desrespeitos religiosos, e a pena de prisão começava a ser prevista com maior frequência para que o culpado não fugisse até que a pena fosse aplicada depois de um julgamento.

Em 1521, o Brasil passou ser regido pelas Ordenações Manuelinas ao tempo das capitânicas hereditárias, a prisão ainda era somente meio de assegurar a pena, na maioria, de morte, aplicada no julgamento. Ainda no Brasil existia um “direito penal indígena”, com aspectos da lei da proporcionalidade de Talião,

aplicado pelos líderes das tribos ou pelo próprio grupo. Mas na prática o que imperava era a vontade dos donatários de terras (DOTTI, 1998, p. 43)

Depois das Ordenações Manuelinas foram disseminadas várias leis, decretos e Cartas Régias, mas todas com o mesmo caráter cruel e com o mesmo sentido de proporcionalidade primitiva (DOTTI, 1998, p.44).

Em 1603 vieram as Ordenações Filipinas (DOTTI, 1998, pág. 45), com punições severas a serem aplicadas por juízes eclesiásticos no caso da verificação de heresias. Os delitos contra o poder do rei também eram punidos com morte de maneira cruel.

Durante a época de dominação portuguesa o Brasil sofreu com as penas cruéis e fanatismo pela concentração de poder dos monarcas e eclesiásticos portugueses, que puniam severamente sob pretexto de manter a ordem, costumes sociais e a religião. Sob esse modelo de regime morreu o mártir da Inconfidência Mineira, José da Silva Chavier, o Tira Dentes, em 1872. Acusado do crime de lesa-majestade, teve como pena o enforcamento, cabeça arrancada e pendurada em praça pública e seus membros espalhados pela cidade, além de pena imposta até a terceira geração de sua família. Ainda esse tempo, segundo Rene Ariel Dotti, perdurou mesmo um depois da independência, (DOTTI, 1998, p.47).

Enquanto isso, algumas classes como fidalgos e desembargadores gozavam de imunidades pessoais.

Em sete de setembro de 1822 o Brasil conquistou a sua independência, mas as ordenações do reino perduraram até 25 de março de 1824. Com a outorga de D. Pedro I veio a primeira Constituição Brasileira, que declarava em seu artigo 129 que ficaram os açoites as torturas, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis vedadas. Mas ainda perduraram a pena de morte, banimento e suspensão de emprego. Tinha como ponto curioso a pena de degredo que obrigava pessoa a morar em lugar definido em sentença e o desterro, que obrigava a sair dos arredores do local onde o crime foi cometido. Nessa mesma constituição, no artigo 179, havia a ordem de construção de Código Criminal (SHECAIRA, 2002, p. 40).

Em 1830, entrou em vigor o primeiro Código Criminal Brasileiro, o Código Imperial. Dotti expõe que: (1980, p. 27), “A prisão em seu novo tempo

institucional, viria a ser não somente um instrumento de proteção de classes, de castigo e expiação, mas também passaria a ser vista como ‘fonte de emenda e de reforma moral para o condenado’”, apregoado com moldura liberal da época por influência da constituição vigente, com extensões liberais do momento iluminista e da Revolução Francesa, o código foi seguido pelo Código de Processo Criminal, em 1832.

Com o novo código houve grande progresso, no que diz respeito às garantias individuais e legalidade das penas.

Em 15 de novembro de 1889 houve a proclamação da República, o que induziu ainda mais a sociedade ao anseio de liberdade, já com modificações consideráveis pela abolição da escravatura em 1888. O Código Criminal do Império dá lugar ao de 1890. A marca dessa inauguração foi a aplicação da pena de prisão disciplinar, para menores de 21 anos, mas tinha deficiências na individualização, por causa da pequena quantidade de espécies penais (SHECAIRA, 2002, p. 41).

Um novo termo na aplicação de penas surge com a Constituição de 1934 que vedava penas de banimento, e morte, fazendo restrições em caso de guerra. Em 1937 é instituído o Estado Novo (1937-1945), um regime ditatorial, que fecha o Congresso Nacional e promulga nova Constituição, além de atentar contra outros direitos penais, provocando involução jurídica do país. Esse regime foi influenciado pelo sistema nazi-fascista da época, da Alemanha e Itália.

O Brasil, novamente, sofria com a tirania de governantes que marcaram a história, com crimes aterrorizantes em nome de ordem social distorcida e preconceituosa, e na maioria das vezes eram silenciosos.

“Relativamente aos textos penais, a nova lei fundamental institui a pena de morte para além das hipóteses previstas na legislação militar para o tempo de guerra, a fim de alcançar as infrações políticas e também o homicídio de natureza comum, quando praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade da pena e se estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstas na constituição era limitado ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como às exigências da segurança da nação e do Estado (artigo 123). Criou-se um tribunal especial para julgamento dos crimes políticos e contra a economia popular”. (DOTTI, 1998, p. 63)

O sistema democrático do país, na aplicação penal, foi reduzido praticamente à zero, foi praticado crime sem julgamento e punição, por parte das autoridades sob o engodo da afirmação do regime estatal.

Ainda com o congresso fechado em 31/12/1940, o Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere decreta a lei 2.848, o Código Penal. As penas, seguindo o regime italiano, eram divididas em principais, de reclusão detenção e multa, e acessórias, que complementariam as principais em casos determinados. (DOTTI, 1998, p. 67)

Com implicações na privação de liberdade, a reclusão, teria no máximo de trinta anos, detenção, três anos. A pena de prisão simples era trazida pela Lei das Contravenções Penais. As penas acessórias por esse eram imprescritíveis e impossíveis de serem beneficiadas com a suspensão e com o livramento condicional. Espécies: perda de função pública eletiva ou de nomeação; interdições de direitos; a publicação da sentença (DOTTI, 1998, pág. 68-70).

Em 1946, acabou o regime ditatorial do Estado Novo, a democracia foi restituída e foi anunciada a nova Constituição. A legislação tratou de, pelo trauma sofrido, cuidar de proteger as garantias individuais frente ao poder do Estado. No capítulo dos direitos e garantias individuais no texto constitucional foi assegurada a liberdade, exceto em casos de prisão em flagrante, determinada por autoridade competente, ou condenação definitiva (pelo princípio da presunção de inocência), a proteção contra juízes e tribunais de exceção, contra pena de morte, salvo em caso de guerra, contra penas perpétuas, de banimento e de confisco (DOTTI, 1998, p.70-72).

Em 1961 Nelson Hungria começou a elaboração de um novo arquétipo de Código Penal, editado pelo Ministério da Justiça. Foi outorgado em 21 de outubro de 1969, pelos ministros da marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar com o Congresso ainda inativo. Contemporaneamente a mesma junta militar decretou uma nova lei de Segurança Nacional que continha penas severas a crimes políticos (DOTTI, 72-79).

No entanto, após vacância mais longa da história do Brasil, de quase dez anos, esse Código foi revogado, em 1978, por não mais corresponder à realidade nacional. Em 1984 houve a reforma da parte geral do código de 40,

introduzida pela Lei 7.209, de 11 de julho. Quatorze anos depois, houve a reforma no sistema de penas e legislação nacional pela lei 9.714/98, “de forma pouco técnica e bastante precipitada” (Shecaira, 2002, pág. 42-43).

Foi mantida como base do sistema a pena privativa de liberdade, reclusão, para os crimes mais graves e detenção para os menos, e a pena de multa. Houve a extinção da medida de segurança para os imputáveis, excepcionados os ébrios habituais ou toxicômanos.

As penas acessórias foram extintas, a perda de função pública, de cargo ou de mandato passou a ser efeito da condenação, pelo artigo 92.

Pelo artigo 43 do Código Penal, quando regido pela lei 7.209, as penas restritivas de direitos eram de: “I - prestação de serviços a comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana”.

No artigo 44, ainda estava disposto que:

“As penas restritivas de direito são autônomas e substituem a privativa de liberdade quando:

- I- aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos;
- II- o réu não for reincidente;
- III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente.”

A pena de restrição de direito era convertida em privativa de liberdade se: sobreviesse condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tivesse sido suspensa ou ocorresse o descumprimento injustificado da restrição imposta.

2.2 Finalidades da Pena

Ao longo da história e construção da sociedade, se fez necessário justificar a aplicação das penas, porque assim como é da natureza humana, o anseio em ver o que lhe causou mal punido, como já afirmado, é também a dificuldade em aceitar repreensão, ninguém seria subjugado por pena a menos que houvessem interesses envolvidos que beneficiem a todos inclusive de modo geral até apenado. Esse benefício teria que ser vantajoso a ponto de justificar a imposição. Então com o aumento das concentrações de pessoas para que houvesse segurança da vida em sociedade, todos os indivíduos cederam parte de sua liberdade e elegeram o Estado como detentor dessa parcela, para que a cobrasse em caso de uma pessoa lesar o restante da liberdade do outro. A cobrança dessa lesão se daria pela pena então, e a princípio só isso a justificaria.

“Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria se possível não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens [...]. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la torná-la inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado soberano do povo. [...]. Desse modo somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em por em depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.” (BECCARIA, 2003, p. 18-19)

Em tempos mais remotos o medo da religião e força bruta dos mais fortes submetia as pessoas, o pensamento de temor fazia com que o a noção de o pecado controlasse pequenas sociedades.

Com o avançar da humanidade para a vida em maiores agrupamentos, e surgimento de pensamentos filosóficos mais elaborados, a igreja e a tirania do Estado enfraqueceram frente ao novo sistema, e a aplicação de penas precisava ser justificada de maneira mais complexa e eficiente, para tanto várias teorias

justificadoras foram criadas, no intuito de legitimar a aplicação de sanção frente ao cidadão pelo Estado e pacificar a sociedade.

Até mesmo foram criadas teorias que não vêem legitimação nenhuma no direito penal, bem como na aplicação de pena, e por isso não consideram vantajosa a sanção referente ao direito penal frente ao seu custo, são as chamadas teorias negativas ou abolicionistas. A proposição abolicionista critica a pena sob uma visão mais prática, pelas falhas das instituições de investigação e aplicação. Por razões políticas e não legais ou jurídicas, seriam escolhidas as pessoas a serem investigadas e presas além de, ainda nessa visão, a pena ser aplicada também mais por razões de freio social do que legais.

“O movimento abolicionista, que possui vários adeptos entre criminólogos – não tantos entre os juristas – europeus, considera que as expostas desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem da idéia de que através de um aparelho de justiça voltado para obter de modo igual, ou melhor, através de um combate às causas sociais da delinqüência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatorias e similares”. (ROXIN, 2008, p.3)

No entanto, outras teorias, mais justificáveis do ponto de vista jurídico foram sendo criadas com o correr da história.

2.2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

Essa teoria entende justificada a pena apenas na sua função de retribuição de mal injusto causado, aplicado como castigo. Esse pensamento era predominante na época em que a igreja dominava a sociedade, o estado e a religião se confundiam, assim como as leis, os dogmas da igreja, aplicavam castigos severos aos descumpridores. O Estado na pessoa do rei, ungido pela igreja legitimava tais sanções, sem justificativas maiores.

Mesmo com a decadência desse modelo de regime teocrático pelo burguês (SHECAIRA, 2002, p. 135-136), o Estado ainda permanecia forte, e essas características ainda eram predominantes. Surgem com principais autores

defensores desses ensinamentos Immanuel Kant, e G. F. Hegel, segundo os autores Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli (2011, p. 112), Figueiredo Dias (1999, p. 92) e Cesar Roberto Bittencourt (2011, p. 117-124).

Kant, segundo Roxin, no livro “A Função da Pena na Visão de Claus Roxin”, de autoria de Gamil Föppel el Hireche define como “imperativo categórico” (2004, p. 14-15), ou seja, determinação que deve ser cumprida sem justificativa, a pena. O estado, ainda na visão de Kant, legitimado, teria o direito, pelo simples fim de “realizar justiça” (BITENCOURT, 2011, p. 121) e mostra qual deve ser o sentimento de quem se submete a pena; “não devo obrar nunca mais de modo que possa querer que minha máxima deva converter-se em lei universal” (BITTENCOURT, 2011, p. 120 apud KANT, 1983, p. 96)

Hegel tem uma posição, também de retribuição da pena como fim, menos filosófica e mais jurídica, para ele a pena tem justificativa na quebra da vontade geral, estabelecida pela sociedade, medida de aplicação seria a mesma da quebra do direito. Nesse sentido “a pena é a negação da negação do direito” (BITTENCOURT, p. 123).

Elucidando brevemente seu raciocínio, vem em método dialético, sendo a vontade geral como tese e a quebra como antítese, passível de um enfrentamento do infrator como ser racional e livre, então, assim como Kant, para que se desse esse tratamento deveria ser aplicada pena proporcional ao mal causado, já que o infrator era plenamente capaz de se determinar a cometer ou não o crime.

Cesar Roberto Bittencourt (2011, p. 127, apud CARRARA, 1965, p. 615 e seguintes) ensina que, outro autor que tratou de nuances retribucionistas parecidas com os ensinamentos de Hegel, foi Francesco Carrara, que no “Programa de direito Criminal”, dispôs que “o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”

Seria então, aplicável e certo que a finalidade da pena consistiria somente na correção, reação imposta a quem viola direito. O sujeito passível de pena deve sofrer para que haja compensação ao que fez, e isso seria justiça.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, a pena nessa época deveria compensar o “mal do crime” com o “mal da pena” (1999, p. 93)

Essa teoria encontra críticas por motivos óbvios de contrariedade com o Estado Democrático de Direito. A pena não poderia ser aplicada com fim em si mesma pelo Estado, que excederia seu poder sem legitimação, porque não está autorizado a castigar cidadãos, além da incapacidade de socialização do agente e pacificação social.

“[...] retribuir, como método de expiar ou de compensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a *retribuição* do crime pressupõe um dado indemonstrável: a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no *juízo de culpabilidade* – e presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o *poder agir de outro modo* de WELZEL, ou a *falha de motivação jurídica* de JAKOBS, ou mesmo a moderna *dirigibilidade normativa* de ROXIN-, não admite prova empírica. Assim, a pena como *retribuição* do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o *mito da liberdade* pressuposto na culpabilidade do autor. A impossibilidade de demonstrar a *liberdade* pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída a culpabilidade no moderno Direito Penal: a culpabilidade perde a antiga função *de fundamento da pena*, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de *limitação da pena*, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político”.(SANTOS, 2008, p. 463-464)

Atualmente essa teoria não é aplicável vista a evolução dos direitos e garantias individuais já conquistados.

2.2.2 Teorias Relativas ou Preventivas

Nesta concepção, a pena deixa de ser tratada como castigo a um pecado, e é vista como não somente um mal, mas como um meio de política criminal, com o fim de prevenir crimes, e subsidiariamente de proteger bens jurídicos.

Vem como marco dessa visão utilitária da pena, Marquês de Beccaria, com o livro “Dos delitos e das penas”. Nesse livro se mostra a alegação pelo trecho:

"É preferível prevenir os delitos a que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de maior bem estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males da existência." BECCARIA, 2003, p.101.

Conforme explica Jorge Figueiredo Dias (1999, pág.97), os adeptos de outras teorias, predominantemente da Absoluta ou Retributiva, criticam esse entendimento porque se a pena fosse vista como meio de alcance de política criminal a pessoa que sujeita se transformaria em um objeto obrigado a se enquadrar em um contexto sobre o qual a sociedade continuaria a sobreviver forte e constante.

A teoria relativa ou preventiva se divide ainda em:

2.2.2.1 Prevenção Especial

A proposição de Prevenção Especial tem como ponto convergente o entendimento da finalidade da pena sendo a prevenção de não cometimento de novo crime por parte do delinqüente.

Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 139) fala sobre o doutrinador alemão Von Liszt, no "Programa de Marburgo", e explica que a pena deve ser medida levando em conta critérios "preventivos- especiais".

O não cometimento de novo crime viria por vários aspectos gerados com a imposição, correção do infrator, intimidação, ou mesmo pela segregação do sujeito causada pela pena.

Essa vertente se exterioriza em dois aspectos, (SHECAIRA, 2002, p. 133). A prevenção especial positiva viria pela ressocialização da atuação da pena enquanto o negativo vem pela intimidação do sujeito frente à aflição provocada com a pena.

A culpabilidade não seria um limite de impossível ultrapassagem, razões de política criminal justificariam a aplicação de pena em desconformidade com a responsabilidade pelo crime, se houvesse intimidação do indivíduo a ponto de que ele não o cometa mais.

Então para que a pessoa que cometeu um crime não se repita, é necessária a aplicação de pena, em termos técnicos a prevenção estaria voltada a reincidência (BITENCOURT, p. 138).

Essa finalidade é criticada por falhar “no que se refere a ressocialização”, se aplicada isoladamente, segundo Shecaira e Alceu Correa Junior (2002, pág.133). A aplicação de pena ficaria distorcida em casos em que o crime se dá por falhas de caráter e doenças, como a psicopatia, julgadas pela medicina com incuráveis, ou teriam que ser perpétuas, não teriam razão de existir em casos em que o crime foi um fato isolado e a pena não serviria para a intimidação.

Outro ponto de desacertado, pela doutrina é o da falta de meios de inserção do agente a sociedade, se aplicada somente a pena com a finalidade de punição, Bitencourt afirma que “A própria natureza humana exige esse intercambio, uma relação dialética, a convivência social” (2011, p. 145). O medo da pena pode não fazer com que não se pratique mais crime, se não forem fornecidos meios de vida e incentivos vantajosos a não pratica de crime, diminuído a vulnerabilidade do criminoso.

2.2.2.2 Prevenção Geral

Entende-se por seguidoras da Teoria da Prevenção Geral as doutrinas que pregam que a pena teria como finalidade a intimidação da sociedade pela pena aplicada a um indivíduo que cometeu crime, tendo como expositores, entre outros, Beccaria, Filangieri e Feuerbach, segundo Bittencourt (2011, p. 132).

“As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais injustas serão quanto

mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”. (BECCARIA, 2003. p. 20)

A prevenção nesse caso viria não mais voltada ao praticante, mas aos expectadores que seriam encorajados a mesma prática ou a piores se o Estado não tomasse providências frente ao cometimento de crime, essa teoria tomou força com o descontrole da sociedade em grandes concentrações. Com as grandes cidades veio a dificuldade do estado em conter a coletividade, e a intimidação coletiva, pela aplicação de pena a um só, era justificada por esse raciocínio.

Também por esse entendimento, a culpabilidade poderia ser superada, desta vez se a pena servisse de exemplo para o coletivo.

Essa teoria também se divide em vertentes positivas e negativas, mas em termos mais abrangentes, conforme Figueiredo Dias (1999, p. 99). Pela intenção negativa, as pessoas ao verem um par sofrendo pena em consequência de um crime, se sentiriam menos encorajadas a fazerem o mesmo, a tentativa era de uma consciência coletiva de intimidação.

Pelo sentido positivo a pena causaria educação à sociedade respeito a lei e aos valores impostos por ela, para que a organização social resista.

O Estado se veria fortalecido por essa concepção em dois aspectos, pelo mesmo autor. Primeiro que a aplicação de pena visando o controle geral facilita a lida com a sociedade, trazer o medo coletivo quebranta a vontade de se rebelar praticando crime, que causa prejuízos a maquina estatal. Depois a imagem do estado prevenindo efetivamente crimes reforça o pacto social e o torna mais acreditado.

Existem várias criticas a respeito dessas concepções, a primeira, jurídica é a medida da culpabilidade, mais uma vez atacada pela pena exemplar, e ainda na visão de Roxin sobre o assunto, conforme explica Föppel el Hereche (2004, p. 68-69) “é cristalino que a fundamentação da pena é inválida, haja vista que promoveria a imposição de ma pena que não serviria para o infrator, mas para dar exemplo a sociedade”, ou seja, a pena não pode fazer com que o ser humano se torne um objeto do Estado. Então a utilização de direitos pessoais como meios de intimidação da coletividade por esses motivos violaria a dignidade humana.

Outra crítica ao posicionamento preventivo geral foi feita por Cesar Roberto Bittencourt, no livro “Falência da pena de prisão”:

“Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer mais delitos. Ante essa postura inicializa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinqüente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinqüente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. (BITTENCOURT, 2011, p. 135)

Logo, por essa concepção, quando não se acredita que será pego o criminoso não tende a temer a pena, e como sempre o criminoso não espera ser pego, ou faz o que acredita ser o máximo para que não seja, na maioria das vezes essa teoria não seria eficiente.

Mais recentemente, superadas as teses anteriores, pela desaprovação de seus fins, surge a Teoria da Prevenção Geral Positiva que prega que a pena tem como fim a prevenção dos contornos primados pela sociedade, como liberdade e segurança. Sergio Shecaira e Alceu Correa Junior (2002, p. 99) afirmam que por essa teoria que tem como pioneiro Furbach, a pena serviria para “criar no espírito dos potenciais criminosos um *contra-motivo* suficientemente forte para os afastar da prática do crime.” Então por conta da importância da sobrevivência forte da sociedade se faz necessária a pena. O Estado cria leis, que servem para a garantia da integridade bem estar social, então o crime lesa a lei, imediatamente, mas o mais importante é a quebra da estabilidade social.

Sendo assim, a pena serviria para dar credibilidade ao Estado como garantidor de direitos e efetividade ao cumprimento da promessa de proteção aos cidadãos. E como legitimado pela sociedade existe para garantir a paz coletiva, e o delito infringe todo esse equilíbrio, sendo por tanto passível de pena.

Essa teoria encontra ponderações quando se trata da força do Estado frente ao individual, conforme Figueiredo Dias (1999, p. 99-101). O pensamento no bem coletivo não deve enfraquecer os pessoais. O estado pelo fim de garantir a tranqüilidade social não pode lançar mão de qualquer meio intimidador de aplicação de pena.

A crítica também gira em torno da questão do bem coletivo poder ser mensurado de maneira desproporcional. A concepção de pena como exemplo, principalmente deve ser seriamente ponderada frente a direitos e garantias individuais. Föpel El Hireche (2004, p. 70) afirma que, “com a proposta de reafirmar o ordenamento jurídico, em sua perspectiva notoriamente normativa, a teoria termina por violar direitos humanos [...]”

2.2.3 Teorias Ecléticas, Mistas ou Unificadas

Essas teorias têm por escopo a fusão das anteriores. A tentativa é de unificar as justificativas da pena absolutas e preventivas, aceitando o caráter retributivo, dessa vez como critério limitativo, mas também buscando fins de prevenção.

Merece destaque Luiz Luizi:

“Em caráter secundário a pena pode servir para educar ou reeducar o delinqüente. Mas isto só é eventualmente viável, dependendo de uma série de circunstâncias conjunturais, principalmente da decisão política de aplicar os recursos necessários para que se torne possível o objetivo em causa.

Destarte, do texto constitucional pode-se inferir que além do castigo e da intimidação geral, a pena pode objetivar a reinserção do delinqüente a vida social, de moldes a se constituírem um elemento ajustado às exigências mínimas do convívio” (2003, p 186)

A atual Constituição Federal teve esses contornos, fica claro em seu artigo 5º, no inciso que tratam da inafastabilidade do judiciário que a pena deve acontecer e ter caráter retributivo, mas, depois de preso, o sujeito deve ter meios para que não cometa mais crime e suas condições pessoais devem ser respeitadas.

“Tal entendimento, além de logicamente correto, implica em ter a Constituição de 1988 determinado tanto ao legislador ordinário, como às autoridades penitenciárias na implementação de normas e instrumentos capazes de possibilitar ao sentenciado a aplicação de terapia pedagógica necessária à sua reinserção na comunidade. E isso sem euforias inadequadas, sem perder de vista a natureza aflitiva e de prevenção geral das penas, e as óbvias dificuldades do encarceramento como ambiente propício para se criarem as condições necessárias para o ajustamento da

personalidade do sentenciado, visando sua reinserção social.” (LUIZI, 2003. p.186)

Em conseqüência vem do mesmo aspecto o Código Penal, que atribui a fatos típicos penas proporcionais ao mal causado, mas com o intuito também de prevenção e ressocialização, como exemplo o 59, CP. Esses mesmos ditames seguem pelas demais leis infraconstitucionais, se mostrando inclusive na Lei de Drogas, que tem penas severas para o crime de tráfico, por exemplo, e medidas alternativas para outros tipos penais.

Na Lei de Execuções Penais, segundo Renato Flavio Marcão a execução penal tem como finalidade punir e humanizar, o que se mostra já no artigo 1º.

“A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adota a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização”. (MARCÃO, 2010, p. 31-32)

Dentre as Teorias Mistas ou Unificadoras está a Teoria Dialética Unificadora de Roxin (HIRECHE, 2004, p. 73), que explica que a pena serve para prevenir outros delitos, intimidando a coletividade, mas que só deve ser aplicada depois do fracasso de outros meios de socialização, é “a ultima *rátio* do controle social” (HIRECHE, 2004, p. 76).

As Teorias Unificadoras mesclam as finalidades de pena, e criticam a utilização de uma delas em separado e defendem que a cisão é excessivamente formal e impossível de ser aplicada praticamente, segundo Bitencourt (2011, p. 150-153).

Esses ensinamentos sofreram censuras pela falta de elaboração na mistura de finalidades, a mera junção de idéias distintas e controversas fica confusa, porque elas têm aspectos e pontos de partida distintos que acabam por se contradizerem.

“Como se nota a falta de clareza na doutrina acerca da finalidade preponderante da pena reflete na legislação, ou vice-versa. Com o grande

número de valores reitores, cada qual orientando determinado microssistema (normalmente perceptível as legislações extravagantes), resta muito difícil exigir que o operador do Direito consiga, a cada momento, identificar os ideais e os calores norteadores de cada microssistema, o que acaba inviabilizando sua instrumentalização. (JUNQUEIRA, 2004, p. 129)

Conforme ensina, Pierangelli e Zaffaroni (2011, pág. 112) as Teorias Ecléticas “são as mais usualmente difundidas na atualidade [...]”

3 FINALIDADE DA PENA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico não tem uma finalidade preponderante na aplicação de pena, isso se prova pelo nome dado a teoria aplicada, chamada de Mista, Eclética ou Unificadora da pena.

Como já explanado a constituição tem ditames não expressos da Teoria Eclética quando se mostra disposta a aplicação de pena, mas com o intuito de recuperação do apenado, para manutenção, inclusive da dignidade da pessoa humana, e essa ordem declina ao código penal e legislações esparsas.

O Código Penal e a legislação extravagante vêm na concepção da pena, aplicação até a fase de execução, justificativas diferentes também.

Conforme a Teoria Dialética Unificadora de Roxin, segundo Hireche (2004, 81-82), a pena tem atribuições diferentes, conforme a fase do processo de aplicação, quais sejam:

3.1 Função Preventiva

Com a criação de tipos penais que descrevem condutas e penas que, cause a que cometer, mal proporcional, surge o fim de; dando publicidade à punição causar intimidação e acatamento a coletividade pela aflição conseqüente, esse é o ponto da prevenção geral na descrição da conduta, na pena prevenção geral negativa, mais especificamente. E pela questão positiva vem o anseio, com a criação do tipo penal e da publicidade, de criar uma consideração e atenção aos bens protegidos.

O primeiro passo é reconhecer que o injusto e responsabilidade se tratam de diversas valorações, que devem ser referidas cada qual a um substrato próprio. O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal. Já a responsabilidade decide

quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada. O primeiro nível valorativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento. O segundo nível decide a respeito da consequência jurídica – punibilidade ou não punibilidade, segundo pontos de vista que não se confundem, de modo algum, com os da valoração do injusto, mas que devem ser extraídos da teoria dos fins da pena. (ROXIN, 2008, p. 68)

Então se entende com a capitulação de conduta que o estado não admite uma prática, por motivos variados, e se ela acontecer será aplicada pena.

3.2 Função Repressiva ou Retributiva

Em seguinte, se algum crime é cometido, a pena tem o fim precípua de prevenção especial e geral no subtipo negativo com a repressão, fazendo com que o subordinado a ela se arrependa do mal causado.

A prática mostra esse fim logo na prolação da sentença, durante o processo o réu tem garantias a serem protegidas e deve ser tratado como inocente, depois de ditada a condenação, com o trânsito em julgado, a noção de castigo é a primeira a ser notada, com algumas das garantias anteriores caindo por terra, sendo impostas medidas de privação de seus bens, incluindo até a liberdade.

A prevenção especial se dá porque há ao cumprimento da ameaça feita pelo estado ao formar o fato típico, o que gera a intimidação a não se fazer mais, a geral é pelo mesmo motivo, mas se concretiza com a publicidade da sentença, ao saber da condenação de uma pessoa a sociedade vê que ao cometer crime o estado se faz presente para punir. É claro que pelo atual Estado Democrático de Direito brasileiro a repressão e prevenção, principalmente a geral, devem ser pautadas no estrito limite da culpabilidade, e deve ainda ser ponderada se meios mais eficientes para a reeducação estiverem à disposição.

3.3 Função Ressocializadora

Depois da condenação a pena confere a noção prática de castigo, ao privar de liberdade; prevenção geral e especial também, mas vem partindo na execução, com mais entusiasmo para a finalidade mais edificante, a de oferecer meios para que não se cometa mais aquele tipo, por aquela pessoa se possível, ainda na concepção de Roxin (HIRECHE, 2004, p. 82).

Ainda que seja essa a finalidade precípua, da pena tem fugido aos conceitos tradicionais de repressão, ressocialização, por conta da atual dificuldade de garantir a sociedade e ao apenado, os direitos fundamentais garantidos pela constituição, desde esse da ressocialização até a integridade física (BITENCOURT, 2011, p. 229-230).

3.4 Críticas ao Sistema Brasileiro de Aplicação de Penas

A adoção da teoria eclética gera críticas próprias de sua concepção de adição de finalidades.

O problema pior é a falta de critério resultante da junção de vários, feita pelo legislador. Como é a pena a pior maneira que o Estado tem de punir cidadão ela deve ter contornos totalmente democráticos. Conforme o autor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, em seu livro “Finalidades da Pena”

“No Brasil, como demonstrado no capítulo anterior, é adotada a idéia mista ou aditiva, ou seja, entende-se que a pena serve para retribuir o mal causado, realizando justiça, e ainda para prevenir novos crimes pela ameaça, bem como intimidar o criminoso a não reincidir e ainda ressocializá-lo. E o que guia a fixação da pena, em seus diversos momentos de atuação? A escolha aleatória por parte do operador de tais critérios, ou a mais conveniente para determinada situação, pressão ou circunstancia. A carga de discricionariedade - percebida e criticada por alguns autores – é admitida como opção do legislador, como se fosse possível ao representante do povo (legislador) delegar ao julgador a escolha do vetor de compensação da mais violenta atuação estatal. A própria idéia de

legalidade não admite, com o seu conteúdo histórico de garantias e freio liberal ao Estado, tamanha indeterminação. O sistema deve ser traçado, conforme fixado nas premissas, sobre valores preponderantes e ser um todo harmônico (ou o mais harmônico possível), não tolerando esse indeterminado critério, ou melhor, a atual ausência de critério” (2004, p. 116)

E ainda, por esse autor adição dos conceitos, por serem diferentes, apontando finais ideais diferentes e até colidentes podem gerar, contradições na hora da aplicação.

“Partamos de um exemplo: digamos que um determinado juiz de Direito angaria prestígio em sua cidade pela competência, pelas obras assistenciais que fomenta a atenção que dispensa a todos. Com o passar dos anos, torna-se referência, filia-se a partido político e alcança o cargo de prefeito. Com boa administração, torna-se admirado, pela honestidade e cultura, o que lhe permite vitoriosa candidatura para o governo do estado. Eleito, é acusado e condenado criminalmente por fraudes em licitação pública, em que teria favorecido o desvio de milhões de reais de “dinheiro público” em proveito próprio. Qual deve ser a preponderante circunstância a guiar o quantum e a qualidade da pena? Se for considerado o desfalque e a reprovabilidade de sua conduta, a pena deveria alcançar, sem dúvida, o máximo de gravidade previsto. Se buscar a prevenção de outras condutas semelhantes, seria possível maior dificuldade na orientação, uma vez que tal espécie de atitude, por parte de um governador, seria inédita no país, apesar de a corrupção ser compreendida como grande mal na nação. No entanto, se a pena tem a função de ressocializar o indivíduo, essa não poderia superar o mínimo, uma vez que, apesar de perceptível alguma necessidade de ressocialização ou orientação cívica, não há como deixar de admitir que o indivíduo conheça perfeitamente a noção de lícito e ilícito. Aliás, a julgava. Desnecessário também testar sua aptidão para o trabalho, uma vez que os magistrados, mormente no Brasil, têm tamanha oferta de causas que é inegável a dedicação necessária para cumprir suas responsabilidades, e como dito, nosso condenado/exemplo tanto fazia que conseguiu a admiração e a aprovação de todos. Qual a expectativa de pena que o acusado faz no caso de condenação? Qual a expectativa dos operadores do direito? Qual a expectativa da população? A falta de critério preponderante não permite a previsão, necessária para a segurança jurídica e garantia do cidadão.” (JUNQUEIRA, 2004, p.117–118)

Enfim, a crítica em questão, orbita na falta de segurança jurídica, por conta da inconstância de fins justificadores da pena.

3.5. Da Crise da Pena de Prisão e Seus Efeitos Práticos

A pena de prisão sofre censuras teóricas desde o início de sua aplicação como resposta ao crime, tanto pela falta de eficácia racional, quanto pelo tolhimento de direitos individuais, mas hoje, depois de mais ajustados seus termos e aceita pela sociedade ainda existem questões práticas a serem discutidas. Michel Foucault, no livro “Vigiar e punir” (2011, 217-248), e Bittencourt em “Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas”, fazem menção aos efeitos negativos causados pela pena (2011, p.161-213), são eles:

3.5.1 Aumento da criminalidade

É intenso o descontentamento do aspecto da pena de prisão, por juntar dentro de um ambiente fechado, vários criminosos. Teoricamente, no sistema brasileiro depois da função retributiva da pena, a intenção é unir pessoas com características pessoais e criminológicas similares, que passariam por um processo de educação social.

No entanto, a prática está muito longe disso, a aglutinação de criminosos torna disseminada, não a vontade de sair do crime, mas meios de praticar outros, e de aprimorar os já praticados (FOUCAULT, 2011, p. 250-252).

Depois, na saída, é lógico que quem cometeu crime, por acreditar que era o meio mais eficiente de sucesso, ao não receber a devida orientação a respeito do mal causado, ao contrário, compartilhar meios de nova ou melhorada prática, de outro crime ou do mesmo, não vê razões para agir diferente (BITENCOURT, 2011, p. 165-168).

E também há de se salientar que a forma precária de alojamento e condições insalubres das acomodações, com superlotação, falta de ventilação e iluminação provoca efeitos severos na saúde física e mental do condenado.

A tuberculose, que em vida livre não é tão corriqueira, na carcerária castiga, além das doenças sexualmente transmissíveis.

Mesmo nas prisões mais adiantadas, algumas conseqüências não são tratadas como doenças propriamente ditas, mas devem ser consideradas; a acanhada movimentação corporal causa debilidades musculares, ósseas e motoras.

A falta de saúde física acontece pela atrofia do corpo, natural do ser humano com o tempo, que só aumenta com a inércia. A ciência sempre inclui em uma vida saudável a prática de movimento, e atividade mental constante, mas o direito, ao contrário intenta a melhora do condenado com o estacionamento.

A falta de saúde mental também é conseqüência das mesmas causas, mas, além disso, se observa a falta de saúde social, no tratamento carcerário. O grupo carcerário costuma ser de alto grau de dissimulação, injustiça e agressividade, que não é aceitável na vida em sociedade, ou pelo menos não é o primado a se ensinar em instituição carcerária.

A atitude e o palavreado dos quem saem da reclusão são característicos, e causa repulsa principalmente no mercado de trabalho (BITENCOURT, 2011, p. 185).

Não há como uma pessoa que passa um longo tempo dedicado ao ócio em uma cela, e doente, ao ser removido de lá pelo fim da pena, ou do tempo de cumprimento em regime fechado, se torne um trabalhador física e psicologicamente saudável, e principalmente competitivo.

O trabalho e a honestidade são, além da necessidade, um hábito cultural que só serão inseridos em uma pessoa com educação específica e constante.

“O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma “jaula de ouro” – é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É possível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.” (BITENCOURT, 2011, p. 167)

O alto nível de reincidência é a prova mais visível da falta de resultado da pena privativa de liberdade.

É precário o sistema de comprovação de reincidência brasileira, mas o fato de o indivíduo já ter sido preso, pode não ser o fator preponderante para a prática de novo crime.

A falta de estudo durante toda a vida, a cultura do meio em que estão acostumados antes da prisão, bem como a personalidade são apontados também como fatores preponderantes.

Também deve ser observado o tipo de crime, o tipo de sociedade em que a pessoa surgiu, assim como em qual ela entra depois da pena, e os tipos de valores imanentes da família e próprios. A índole do agente pode, acima do sistema penal, determinar a reincidência.

O meio social também influi na capacidade de a pessoa não voltar a cometer crimes, pode ser que a necessidade posterior uma causa indireta da falência da pena, mas pode ser também que o culto a violência e a quebra de regras gerem o comportamento, sem que a pessoa seja levada pelo sistema penal carcerário.

Nesse caso a reincidência estaria atrelada a questões mais complexas, como a inversão de valores atual, e a realidade antidemocrática das classes mais baixas.

Em contrapartida se fazem necessários esses prejuízos para a aplicação da pena privativa de liberdade, que é legitimada pelo Estado Democrático de Direito, e o intuito aqui não é o de extraí-la do sistema, mas só de verificar seus reais efeitos e sopesar se, mesmo com eles ela seria necessária ao traficante privilegiado.

3.5.2 Efeitos sociológicos

A pena de privação de liberdade, como está posta no sistema brasileiro, conduz preponderantemente, ao pensamento de que o fim é a reabilitação, mas na verdade a prisão foi ideologizada para proteger a sociedade das pessoas que cometem crimes.

A proteção da sociedade é feita pelo ajuntamento de criminosos na mesma instituição, e esse ajuntamento causa um pensamento massificado pelos seguintes motivos;

Toda a vida carcerária dá-se na cela, ou fora dela em conjunto, as fases do encarceramento são enfrentadas em grupo, não há privacidade (BITENCOURT, 2011, p.171-176).

As atividades são todas realizadas em grupo, na mesma hora.

As atividades são programadas de maneira a formar uma rotina coletiva, monótona que é fiscalizada pelos funcionários.

O tratamento dado pelos funcionários é outro ponto de causa de conflito social. Os vigilantes vêem os presos como o estereótipo de escória da sociedade, indignos de confiança. Os presos vêem os funcionários como pessoas autoritárias e soberbas. Essa relação é o começo do que vai acontecer fora da prisão, o detento antes de se reapresentar a sociedade, já se vê execrado pelos únicos membros dela que vê, então a expectativa não é boa, e a realidade não costuma ser melhor depois mesmo.

Os agentes também, com certa razão, não conseguem ver com bons olhos pessoas que estão presas, pela noção de culpa e de prática seriamente grave por tanto, impedem qualquer tipo de iniciativa carcerária diferente do acatamento as normas já estabelecidas, pelo do temor de motim. Então essa relação conturbada contribui para o afastamento social do preso, mesmo antes do recomeço de liberdade.

Pela amostra do que os espera, e pelo agrupamento de pessoas por longo lapso temporal, forma-se uma realidade artificial local, com prioridades e interesses próprios, o preso acaba por perder o interesse na vida de fora da instituição, se passa muito tempo sem vê-la. Muitas vezes as chances de sair são poucas em curto prazo, os riscos da própria prisão são grandes, e a realidade de fora é dura, que se é alcançado algum grau de respeito na organização interna pode ser mais recompensador continuar preso.

Depois de estar dentro o sistema é rígido, a elevação de status é difícil e alcançada por motivos nada bons do ponto de vista da intenção da prisão, e o número de funções dentro desse sistema é limitado o que não permite a variação.

Essa corporação possui líderes, nada democráticos, que não por coincidência, costumam ser os com pena maior a cumprir. É estarrecedora a inversão de valores para a liderança de uma organização criminosa. Se os valores são invertidos para que se chegue à liderança, é coerente que também o sejam para o resto das posições. Isso se mostra, entre outros aspectos, pela linguagem e tatuagens típicas, chegando ao ponto de codificação de normas completamente opostas das ditadas pela sociedade legítima e pela formação até de órgãos de julgamento.

A codificação é ofensiva as normas do Estado, as regras são distorcidas e as penas cruéis. O intuito quase sempre é de cumplicidade entre os detentos e lealdade ao crime, de maneira perpétua. São rotineiros os descumprimentos, no entanto, dada a natureza da situação carcerária e a exploração de alguns.

3.5.3 Prisionalização

A “prisionalização” trata-se da forma como a cultura, resumida anteriormente, é absorvida pelo preso (BITENCOURT, 2011, p.191).

Dadas as diferenças entre a cultura de dentro da prisão com a de fora, pelo menos a dada como lícita pela maioria da sociedade, o preso acaba desadaptado da vida social, esse fenômeno é chamado de “desaculturação”.

Depois vem a aculturação, ou prisionalização que é a inversão dos valores de fora para os que tiveram que se moldar na prisão. A cultura da prisão entra no lugar da anteriormente perdida, ou nunca aprendida realmente. Pela aculturação segundo Lourival Almeida Trindade, acontece justamente o contrário do pretendido no final da pena “a “prisionalização termina promovendo, às avessas, a educação para ser criminoso e a educação para ser um bom preso.” (TRINDADE, 2003.p. 44 e 45)

Esse efeito ocorre em maior ou menor grau, mas sempre tem vestígios, desde a entrada do indivíduo na prisão, deixando para traz a sua antiga identidade,

e se tornando um indivíduo anônimo em busca de ascensão, até a entrada de um líder na comunidade penitenciária, agora com preocupações diferentes, até mesmo acontece com quem tenta manter-se a margem, mas precisa ser protegido.

A acentuação da prisionalização se mostra principalmente por causa das longas penas, com a formação de ideologia carcerária e personalidade instável, no entanto em caso de penas mais curtas o fenômeno é observado também, por causa do ócio na prisão, e contato indiscriminado entre os detentos de maior tempo de condenação. Uma solução então seria a pena mais curta, sem grandes aglomerações, e principalmente a busca pela extinção da sociedade e valores carcerários enviesados, bem como a maior aplicação de penas alternativas.

3.5.4 Efeitos psicológicos

A ciência desde o século XIX estuda as doenças mentais causadas pela prisão, desde pequenos transtornos passageiros, chegando ao diagnóstico da psicose carcerária, causada por esse tipo de prisão, é claro que essa doença tem predisposições gerais que não se originam somente pela prisão (BITENCOURT, 2011, p.195).

“A corrente que defende o entendimento de que não é possível estabelecer as características daquilo que se poderia chamar de psicose carcerária tem definido a doença mesmo que se desencadeando na prisão como atitude psicogenética motivada pelos conflitos afetivos, de forte carga emotiva, que se originam quando se produz a privação de liberdade e que tem finalidade inconsciente de refugiar-se na enfermidade.” (BITENCOURT, 2011, p. 197)

O que se sustenta é que, o descontrole emocional causado é um efeito genérico e, poderia ser alcançado em qualquer tipo de privação, ainda que não de liberdade, ou com frustrações mais acentuadas, no entanto, ainda que não como causa específica da doença, o separação do convívio social e a prisão de modo geral podem desencadear sintomas de psicose

Não se pode fazer distinção substancial entre a histeria traumática, a neurose de guerra, a neurose de desemprego e a psicose de prisão. A inexistência de diferenças ente cada um desses transtornos, apesar da aparente diversidade nas causas desencadeantes (acidentes, terror de batalha, privação de liberdade etc.), resume-se em um objetivo ou finalidade comum inconsciente: o propósito de elidir (ou evitar) uma situação deprimente e angustiante. (BITENCOURT, 2011, 197-198)

A ciência tem percebido, com o início da privação, reações de menos radicais que a psicose, irritações crônicas, chegando a reações isoladas de psicopatia, alucinações e atitudes paranóicas.

Aos presos provisórios abate-se o “estado crepuscular de Ganser”, um estado histérico que se não for desencadeamento de esquizofrenia é uma “pseudodemência” que se cura com a liberdade (BITENCOURT, 2011, p. 199).

Os que sofrem penas mais longas apresentam outros sintomas; um quadro depressivo, com inibição e desinteresse, falta de apetite podendo chegar ao suicídio.

A taxa de suicídio, diretamente proporcional ao grau de isolamento, chega a níveis alarmantes no Regime Disciplinar Diferenciado das prisões, o que pode comprovar os danos psicológicos causados.

Vale ressaltar novamente, que o efeito carcerário não é a única razão da doença mental, mas em muitos casos a privação de liberdade serve como catalisador. E para que haja transtornos a instituição não precisa ser cruel, a simples privação de liberdade retirada de convívio social denigre a sanidade mental, e essa aflição faz parte da pena.

3.5.5 Privação sexual

A “repressão ao instinto sexual” causada pela imposição de privação de liberdade gera efeitos de transtorno de personalidade e aumento da agressão. A privação causada por escolhas militares ou religiosas são bem diferentes, porque não derivam de obrigação legal, mas de opção pessoal, que pode ser elidida (BITENCOURT, 2011, p. 204).

O maior traço de confusão da personalidade é quanto a opção e identidade sexual, o convívio e recorrente relações sexuais com homens geram conflito na sua identidade não só sexual, mas afetiva.

E ainda a retirada da convivência feminina dificulta a reintegração depois da pena. O que pode gerar frustrações e agressividades posteriores.

A taxa de divórcios nos primeiros anos de pena é mais alta que as da sociedade livre, isso acontece também pela privação ou mecanização pelo horário de visita, da atividade sexual, e gera a quebra de valores essenciais a ressocialização como a sobrevivência da família e afeto.

A forma encontrada para contentamento sexual, corriqueiramente é a masturbação, e depois o relacionamento homossexual, que com o passar do tempo, com a falta do contato com o sexo oposto não gera satisfação. Então pela falta de controle e frustração, decorrem patologias como a masturbação crônica, uma doença que gera o isolamento e comportamento depressivo.

As soluções mais tradicionais, como esporte e trabalho podem gerar efeitos não só para esses, mas para outras dificuldades do aprisionamento (BITENCOURT, 2011, p. 213).

A visita íntima pode diminuir a tensão e agressividade nas instituições com privação total de liberdade, do ponto de vista biológico. Outro argumento social é o de estimular laços afetivos com a família.

No entanto, a discriminação de presos solteiros com os casados pode gerar mais tensão ainda, sem contar as visitas em relações homossexuais.

3.5.6 A instituição prisional

A instituição prisional física, quando em condições satisfatórias já são um meio de infortúnio visual e psicológico, quanto mais superlotada de pessoas doentes e marginalizada. Isso para quem a vê de fora, para quem está dentro a situação é pior.

O intento legal é privar somente de liberdade, não de dignidade ou integridade física nem moral, mas não é o que se tem alcançado com as edificações carcerárias, que estão sem infra estrutura para garantir direitos individuais, como a privacidade em visitas íntimas ou até a saúde do preso. Renato Marcão, no livro “Curso de Execução penal” (2010, p 40), trata do princípio da isonomia e de todos os direitos, que não deveriam ser atingidos pela prisão, entre eles a “inviolabilidade da vida privada”, “a segurança” e “integridade física e moral”

As deficiências geralmente ocorrem pela falta de orçamento dispensado a construção de novos ou reformas dos presídios já construídos, funcionários despreparados e mal remunerados, o que facilita a corrupção, (BITENCOURT, 2011, p. 229-230).

Esses argumentos não podem ser preponderantes para a aplicação ou não de pena não privativa de liberdade, haja vista que os ditames legais para a imposição são outros. Se os critérios de imputação penal fossem pautados pela falhas práticas do sistema, se chegaria a ponto de não ser aplicada mais privação de liberdade, já que é tão grande a distancia com a função teórica pretendida.

No entanto, o direito a liberdade deve ser respeitado ao máximo, e sendo razoável a aplicação de pena que não a restritiva de liberdade, não obstante as questões de individualização da pena, e as outras anteriores, falhas da prisão devem ser consideradas, entre outras razões de políticas criminais para a afirmação da pena alternativa como possível solução.

4. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA AO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

A constituição Federal de 1988 foi promulgada em época de recente término de ditadura, em 1988. Sua formulação e estruturação se deram por um poder constituinte, com participação popular, o que foi possível pela volta da democracia, logo após extinção do pior regime em termos de garantia individual já enfrentado pelo país, implementado pelo AI-5, que foi revogado pelo presidente Ernesto Geisel em 1978, quando usou o termo “constituição cidadã” pela primeira vez (BARROSO)

E em meio ao medo da sociedade das arbitrariedades de outrora, entrou em vigor, por tanto é enérgica quando se trata de garantias, direitos fundamentais e busca de cidadania, e por isso ganhou o nome de. Nesses contornos formou-se uma constituição de sistema de mudança rígido, isso significa que para que haja alterações são necessários mecanismos complexos com exigências formais.

Outra garantia do legislador constituinte foram as cláusulas pétreas, insuscetíveis sequer de discussão sobre modificação por lei, com cumprimento obrigatório de toda sociedade, e lei infraconstitucional para entrar no ordenamento jurídico brasileiro devem estar em ajuste com ela.

Mais uma prova do alarme às repressões é que, essa é a constituição mais extensa já vigente no Brasil. Seu projeto começou com 501 artigos, e hoje conta 250. Tendo por característica ser analítica, trata de todos os assuntos que entende relevante a boa formação e andamento do Estado Democrático de Direito, com minúcias, que deveriam por técnica ser de tratamento de direito civil e outras matérias. E mesmo com grande arranjo jurídico, desde a época da sua construção não faltam emendas que pretendem aumentar a gama de direitos garantidos pela rigidez constitucional (CORREA, 1991, p. 14-15).

Esse rigor confere ao povo proteção frente a excessos do Estado, que como mais forte e detentor da legitimidade de aplicar sanção, pode se valer do pacto da sociedade com o Estado para cometer arbitrariedades.

Dentro da constituição e protegidos por todo esse rigorismo jurídico estão os direitos fundamentais, geradores de princípios, penais e processuais penais, expressos ou não, que são Estados ideais intencionados pelo legislador no texto constitucional, o ponto inicial de qualquer lei para cercear do cidadão, e conforme conceitua Guilherme de Souza Nucci;

“Uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, propiciando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo, principalmente em se tratando de repressão por parte do Estado à liberdade [...] A fiel observância dos princípios penais e processuais penais, mormente os detentores de status constitucionais, tem por finalidade garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, que não se trata de um princípio exclusivamente penal, como alguns buscam exigir, mas tão-somente de um fundamento do Estado Democrático de Direito”. (NUCCI, 2009. p 31)

Essas garantias, junto com outras de direitos individuais, se desencadearam com o movimento Iluminista, no século XVII e XVIII. Conforme já tratado, nessa época o pensamento teocentrista vinha perdendo força. A ideia de legitimidade da monarquia absolutista e opressora eleita pela escolha divina foi se enfraquecendo, por conta do pensamento mercantilista burguês e havia busca, ainda que não tão elaborada, por um sistema mais prático e democrático. Nesse sentido, ensina Luiz Luisi (2003, p.46) e segue:

“Com a criação efetiva do Estado preconizado pelo iluminismo, ou seja, como o aparecimento do Staatsrecht, o elenco dos direitos humanos passou a integrar o instrumento jurídico do pacto social, ou seja, as Constituições. E nestas se insere, como prerrogativa individual – além do princípio da legalidade dos delitos e das penas, da pessoalidade e necessidade das penas, e outros, - o princípio da humanidade. (LUIZI, 2003 p 47.)

O pensamento que definia a filosofia iluminista, para tornar a vontade humana o centro da sociedade era, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira filho, no livro “Curso de direito constitucional” o seguinte:

“Esta cosmovisão tem cinco ideias-força, que se exprimem pelas noções de indivíduo, razão, natureza, felicidade e progresso. De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, por tanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicitado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado, em última instância por uma natureza boa e providente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhores situações possíveis, desde que não embaraçadas. Visam a felicidade que é o objetivo do homem”. 2009,p. 6.

Caso essas regras de direitos individuais fossem quebradas, o estado possuiria ainda qualificação, para aplicação de sanções em nome da garantia de paz social.

O pacto com o Estado, em contrapartida envolveria sanções que não poderiam aviltar a condição humana do sujeito, e direitos inerentes a ela (BITENCOURT, 2011, 54-55).

É claro que o preceito encontrou críticas e precisou ser moldado e complementado frente às necessidades atuais.

“A teoria do contrato social, levadas às últimas conseqüências, pode fundar, juridicamente, a tirania perfeita. Permite que o corpo social inteiro seja envolvido no processo punitivo. Considera o delito um dano que alcança o conjunto do corpo social.” (BITTENCOURT, 2011, p. 55.)

Como freios à envergadura de punição do estado sobrevieram na constituição os direitos fundamentais, garantias constitucionais e os princípios.

4.1 Princípio da Humanidade das Penas

Pelo princípio da humanização da pena o punido deve ser reconhecido como ser humano, com direitos e garantias a serem obrigatoriamente respeitadas.

A intenção pregada com o reconhecimento do passivo de pena como pessoa humana, não é o sentido literal, porque é claro que ao se aplicar uma pena

já está implícito que se reconhece esse ente como ser humano, mas o intuito desse princípio é primar pela empatia ao apenado, o reconhecendo como semelhante, causando comiserção, e com isso a mesma sensibilização que a pena causaria se fosse aplicada ao expectador ou a um ente querido.

“A nossa Constituição Federal de 1988 consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. No inciso XLIX do art. 5º está disposto que é ‘assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral’; E no inciso seguinte está previsto que ‘às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação’. Mas, onde o princípio em causa assume relevância é no Inciso XLVII do mencionado artigo 5º onde se ordena que não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. (LUIZI, 2003, p. 47/48.)

A consagração desse conceito foi gradativa, ao longo da construção jurídica mundial o pensamento nas penas cruéis, e perpetuas foram sendo rechaçados, parte pela repulsa ao Estado imperioso, parte pela falta de eficácia na aplicação. Com o tempo a sociedade se viu frente a problemas maiores que a necessidade de castigo para quem cometesse crime, como por exemplo, a falta de capacidade de ressocialização do sujeito depois da aplicação de pena desproporcional.

Um marco determinante para a afirmação dessa vertente aconteceu com a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela ONU, no artigo 5º que dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante” (SHECAIRA, 2002, p. 59). Inclusive através da resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, a Assembléia Geral das Nações Unidas, deliberou a respeito da aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade, esse documento ficou conhecido como “Regras de Tóquio” (SHECAIRA, 2002, p. 59-60).

A Constituição de 1988 efetivou tendência a humanização da pena no artigo 5º inciso XLIX, que dispõe que “é assegurado ao preso o respeito, à integridade física e moral”, e no inciso XLVII que veda certos tipos de pena e estabelece exceções.

A pena de morte, de banimento ou cruel demonstram claramente ofensa a esse princípio, bem como ofensa ao “pacto social” (BITENCOURT, 2011, p. 54) com o Estado e a sua condição de cidadão portador de garantias a serem defendidas, e por isso tem aplicação proibida constitucionalmente, pelo artigo 5º, inciso XLVII, exceto em casos de guerra declarada. Outras medidas são tomadas, nos incisos seguintes do mesmo artigo para tornar a pena mais humana, como assegurar ao preso respeito à sua integridade física e moral.

É imprescindível, entretanto, que a humanização da pena não deva ser levada a extremos, por conta do caráter necessário de retribuição, quem cometeu o delito deve sofrer por isso. A constituição também prescreve a necessidade de imposição de pena, mas o sofrimento deve ser proporcional ao crime e nunca chegar à crueldade.

“É preciso, no entanto, não esquecer que através da pena a sociedade responde às agressões que sofrem com o cometimento de um delito. E como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal.” (LUISI, 2003. p.50).

A aplicação de pena alternativa, ou qualquer que restrinja menos as abonações que se tem por ser cidadão vem nessa vertente, apoiada pela evolução de direitos alcançados que cumularam na nossa atual constituição.

A sua não aplicação arranha a qualidade de detentor de defesa contra arbitrariedades do Estado, e principalmente se presentes os requisitos que tornem esse instituto o bastante, abarcam a necessidade a cerca da retribuição penal.

4.2 Princípio da Proporcionalidade

Esse princípio é de suprema importância para o ordenamento brasileiro porque pode ser usado como guia interpretador de princípios, ou segundo alguns doutrinadores a nomenclatura “princípio” é não é o bastante para sua definição, sendo a proporcionalidade solucionadora o conflito de princípios, quando eles

apontam para soluções divergentes um do outro, esse instituto teria então como nome mais razoável o de postulado normativo.

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela teoria constitucional germânica – o célebre *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* – é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*abwägungsgebote*). Esses princípios parciais têm aplicação sucessiva e complementar. (SANTOS 2010, p.27.)

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 27-28) sobre os princípios parciais formadores da proporcionalidade, a adequação analisa se a pena que deve ser aplicada, se ajusta ao dano que foi causado e se pode chegar a sua terminação, para isso e para que direitos individuais também sejam considerados a pena deve se adequar, não só ao mal causado, mas as circunstâncias subjetivas da pessoa que irá cumpri-la, como o sexo e tipo de crime.

A necessidade considera se a pena, em seus moldes é realmente a medida melhor encontrada para a garantia dos direitos fundamentais do sujeito a ser submetido a privações por parte do Estado.

Então dentre o meio eleito como adequado o fim a ser alcançado deve ser perseguido da maneira menos lesiva possível as garantias fundamentais da pessoa.

Na esfera de aplicação de pena, seria respeitada a proporcionalidade se, depois da espécie de sanção eleita pela adequação, o meio da pena escolhida, for imprescindível à retribuição ao réu e, ao mesmo tempo, gerar o menos de dano possível, nesse caso moraria aí a necessidade.

E por fim vem a proporcionalidade em sentido estrito.

Para obedecê-la, em sede de bom emprego de pena, e respeitando os nortes delineados pela constituição, o bem jurídico que foi abafado na conduta criminosa deve guardar relação com a quantidade e qualidade da medida repressiva.

Havendo opção, o meio a ser escolhido deve ser o que abrange melhor a essa divergência do anseio da sociedade por punição ao sujeito na condição de cidadão apenado.

“Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho.” (NUCCI, 2009, página 42)

Parece proporcional que se aplique pena que não a de restrição de liberdade a quem cometeu delito pela primeira vez e não possui relação com organização criminosa nem a intenção de causar dano a sociedade. Essa pena se mostra necessária e suficiente, inclusive alcançado a função de prevenção para a sociedade, se for unida a conscientização do mal que a conduta do agente causou, também é proporcional em sentido estrito.

4.3 Princípio da Individualização da Pena

A Carta Magna brasileira evidencia esse princípio no artigo 5º, XLV, “a pena ao passará da pessoa do condenado [...]”, e 5º, XLVI “lei regulará a individualização da pena [...]” determinando as espécies possíveis e no inciso XVIII, que determina que a pena atenda a natureza do delito e condições do apenado.

Por tanto, veda-se primeiro, que a pena ultrapasse a vinculação ao acusado, independente do laço que se estabeleça, se outra pessoa for estranha ao crime ela não pode ser responsabilizada.

Pessoas fora da condenação, que são próximas ao sujeito que recebe pena, sofrerão conseqüências pelo seu emprego, mas essas pessoas devem ser atendidas pelo Estado, prova disso é o estabelecimento de auxílio financeiro à família de presos.

No entanto, como prova de que nenhum direito é absoluto, uma curiosidade é que, quando se fala em responsabilidade por reparação de danos pela prática de crime não é esse o entendimento jurídico mais acertado, no caso de lucro pelo fruto de crime a constituição, inclusive permite o confisco de bens ainda que não estejam mais em propriedade do criminoso, conforme ensina Nucci:

“[...] ressalva-se, no entanto – e com razão-, na própria constituição, que tal proteção não abrange o dever de reparar o dano e o perdimento de bens, quando considerados produto ou proveito do delito. Tais medidas não envolvem a aplicação de pena, ao contrário, são efeitos positivos de sua existência. O crime não deve produzir, o que afronta o princípio geral de direito voltado ao impedimento do enriquecimento sem causa, motivo pelo qual o parente de um delinqüente morto não pode beneficiar-se da prática do delito, cabendo ao Estado confiscar-lhe os bens herdados, desde que apurada a origem ilícita. O mesmo se diga do direito do ofendido de perceber a reparação pelo dano causado, ainda que se volte contra o sucessor do criminoso falecido, respeitando o limite do patrimônio transferido”.(2009, p. 43)

Mais precisamente, depois de identificada a pessoa que se submeterá à pena, ela deve ser aplicada de acordo com o tipo de crime e o tipo de pessoa que o cometeu. Essa preocupação deve vir desde a elaboração do tipo e sua conseqüência, até a execução, conforme ensina Nucci “A individualização será feita, então na elaboração do tipo penal, dentro dos critérios de proporcionalidade fixados de antemão pelo constituinte.” (NUCCI, 2009, p 42.) e pelo posicionamento a seguir:

“A individualização da pena, como se sabe, deve ocorrer em três momentos distintos. Primeiro, na cominação, elaborada pelo legislador; segundo na aplicação diante do caso concreto, feita pelo julgador, e por fim na execução da pena, a cargo do juiz da execução penal.” (MARCÃO, 2010, p. 43.)

Para que a pena seja pessoal, cada tipo penal deve ser diferenciado pela lesão que causa a sociedade, e daí se estabelece pena diferente para cada um deles.

Em seguida, em caso de condenação, o código penal esquematiza a dosimetria em um sistema trifásico, que leva em conta não só o tipo penal, mas as condições do agente. A primeira fase consiste justamente nas características pessoais do criminoso. Nas demais ainda restam aspectos importantes de individualização. Na segunda fase as circunstâncias podem ser definidas, para atenuação, mesmo fora das ditadas pelo Código Penal, conforme o artigo 66.

Na terceira o juiz decide sobre causas de aumento de diminuição de pena, ainda se fazendo referência ao agente e ao tipo de crime cometido até o tipo de regime a ser aplicado, por conseqüência.

“No código vigente as regras básicas que presidem a individualização judiciária se encontram no artigo 59 da nova parte geral do Código Penal. Neste texto legal, como ocorria a legislação revogada, e ocorre, em parte no artigo 133 do Código Rocco, está disposto que ao juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução e a possível substituição da pena, atendendo a culpabilidade, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente os motivos e as circunstâncias e o comportamento da vítima’ tendo presente o necessário é o suficiente para a repressão e prevenção do crime’. O juiz, pois, nos limites que a lei impõe realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado, e, também, do comportamento da vítima.” (LUISI, 2003, p 53.)

Por último, vem a individualização na execução da pena, a instituição carcerária, conforme prega a constituição ainda no artigo 5º, inciso XLVIII “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; e também pelo inciso L, que diferencia o cumprimento de pena conforma o sexo do executado: “L às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação..”. Essas são amostras da imposição de individualização de pena na fase de execução. Isso serve, além do fim da individualização, à ressocialização. Já que é comprovado que a mistura de condenados em tipos diferentes torna as penitenciárias um centro de aprendizado de novos meios de infringência legal depois da saída.

Essa medida parece bastante razoável, aceitar a possibilidade de pena restritiva de direito para o tráfico privilegiado não é decretar para todos, mas só estabelecer que o juiz possa optar por ela, conforme o caso, fazendo o enquadramento pregado por este princípio.

A figura do tráfico de drogas privilegiado se dá em circunstâncias especiais, e assim deve ser tratada, a padronização de regimes e outras regras vão contra esse a individualização da pena, porquanto veda ao juiz a possibilidade de emoldurar a sanção à lesão a sociedade e as condições ao sujeito.

4.4 Princípio da Intervenção Mínima

Esse princípio não está explicitado em nenhum artigo literalmente, mas a liberdade do cidadão é garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, se garantindo aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e á propriedade [...]”.

Pela garantia de inviolabilidade de liberdade decorrentes da Constituição, deve-se evitar a intervenção Estatal em qualquer relação social, para que a sociedade goze de seu direito de livre-arbítrio e estabeleçam negócios da maneira que entenderem.

Rogério Greco divide os momentos de obediência a intervenção mínima em dois: “Um “ab initio”, na hora de confecção da lei, deve ser o legislador, minimalista na hora de criar figuras típicas, porque a função do direito penal é só de tutelar os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Outro, de aplicação das criações, devendo o Estado só intervir como “ultima ratio” por conta de sua natureza subsidiária (2011, p. 75)

Esse princípio também tem pauta quando se analisa a desproporcionalidade de forças do indivíduo frente ao Estado, os recursos são obviamente mais limitados, no caso, inclusive de tráfico privilegiado.

O estado em seu poder de punir pode ser violento, a possibilidade de restringir liberdade ou obrigar a outra pena é bastante importante e deve ser usada só como última solução.

Por tanto, nem todos os bens jurídicos são, ou deveriam ser tutelados, pelo sistema penal, só os que são importantes para a pacificação social e os que não têm outra maneira de resolução devem ser tipificados como conduta criminosa.

O excesso de tipos penais que tem sido criado por incompetência de outras vias que gera problemas como o exagero de processos, e de presos, quando a questão poderia ser adotada por outras matérias sociais preventivas e até repressivas, mas de outra natureza.

Em suma, o direito penal deve interferir o mínimo possível na vida em sociedade e em bens jurídicos dos cidadãos. Tanto a tipificação penal quanto a maneira de estabelecer pena deve ser restringida, o ponto a ser alcançados é tão somente o essencial a finalidade da pena (SOUZA, 2006, p. 51).

No enfrentamento de sistemas criminosos com alta capacidade de lesar a sociedade essa restrição deve ser relativizada pela proteção á sociedade e pela igualdade de armas que dispõem certas organizações. Para sociedades criminosas vem se formando, principalmente em torno do tráfico de drogas, leis e deveres próprios e com forças equivalentes as do Estado, aí sim deve haver a intervenção severa e enérgica no combate.

Acontece que, a sociedade, pelo pavor causado pelo crime organizado, pela mídia, que atualmente se preocupa não mais em informar imparcialmente, mas em vender notícias impactantes, confunde a maneira certa de se tratar o problema da droga, e como é mais fácil, prefere estabelecer pena, ao invés de resolver a causa.

A falta de meios reais de interferência nessas organizações criminosas acabam por frustrar a sociedade que se vê indefesa frente a criminalidade e pressiona o Estado e o judiciário, com críticas infundadas e baseadas no senso comum. A pressão, conseqüentemente, gera uma necessidade de resposta, que vem em cima de quem se consegue apanhar com a droga, ou seja, o pequeno traficante, que paga por todo um sistema.

O problema do tráfico envolve muito mais questões que a simples aplicação de pena a transportadores. Escravos diretos ou indiretos da droga, que se envolvem ocasionalmente por culpa de outros fatores da sociedade, como falta de educação e de valores familiares e sociais maculados não podem ser objeto de ira da ira coletiva causada pela lesão a saúde publica, gerada pela droga.

4.5 Princípio da Vedação da Proteção Deficiente dos Bens Jurídicos

O princípio da vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos é um aspecto do princípio da proporcionalidade, que tem dupla face (GRECO, 2011, p 115, apud STRECK, XXXII, p. 180). A proporcionalidade, tradicionalmente vem como posto de vedação de excessos e do garantismo clássico iluminista (SHCAIRA, 2002, p. 88-89). Enquanto essa sua vertente, mais atualmente discutida, tem em suma, a idéia é de que a inércia ou ineficácia são tão inviáveis, quanto o excesso do Estado.

Por esse princípio coíbe-se que a lei ou constituição proteja de maneira falha ou insuficiente, os bens jurídicos fundamentais coletivos. Vem essa vertente de encontro ao modelo individualista liberal, em parte por causa da sensibilidade social frente ao aumento contemporâneo da criminalidade.

“Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc.”. (GRECO, 2011. p 114)

Assim o Estado deve, pela proporcionalidade, frente à violação de norma jurídica, como legitimado do direito de punir, aplicar pena, com a firmeza necessária a tutelar o bem jurídico protegido, sendo ele o único legitimado para tanto e o cidadão devedor de sujeição.

A segurança jurídica e a manutenção do Estado Democrático de Direito dependem a imposição razoável, mas firme de correção, dadas as circunstâncias já determinadas. E a omissão seria tão execrável, quanto o excesso na punição. A sociedade abriu mão de parcela de sua liberdade e do direito de autotutela para que o estado o fizesse, e também para que cada pessoa fosse protegida não só dele Estado, mas, dos demais cidadãos. Tanto ele é detentor único dessa tarefa, que impôs tipos penais para quem tente fazer justiça pelas próprias vias.

Nesse sentido, Rogério Greco cita Lênio Streck, dispondo que pela constituição o cidadão não deve ser protegido só do Estado, mas por ele, e ainda assevera que:

“Trata-se de entender, assim que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões Estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade.” (GRECO, 2011, p. 115, apud STRECK,XXXII, pág. 180)

Eis aqui o contraponto da afirmação do cabimento da pena alternativa ao tráfico de drogas. Com efeito, o tráfico de drogas causa grandes estragos à sociedade e o Estado é obrigado a agir na proteção e repressão, mas não há como não se diferir, mais uma vez, que a realidade do tráfico privilegiado, pode ser vale ressaltar, pode ser, diferente da que se visa defender tão rigorosamente. Sendo assim caberia ainda assim, dadas as devidas proporções, a possibilidade de auferir ao juiz a possibilidade da concessão de pena alternativa.

4.6 Análise da Pena Alternativa Frente ao Neoconstitucionalismo

A partir de alterações no ponto central de visão da função da Constituição no sistema jurídico que deu-se a criação do neoconstitucionalismo.

O “modelo jurídico do Estado legislativo liberal” (MÖLLER, 2011, p. 21) clássico tinha por maior preocupação a proteção de direitos individuais, como já tratado, e para tanto se cercava de rigorismos jurídicos que detinha subjetivismo do operador do direito, e aplicação conforme a constituição dos dispositivos pautados em lei.

Nesse sistema, a constituição servia como mero parâmetro formal, e daí vinham lei, como instrumento hábil a aplicar o direito fazendo um papel mais prático e direto.

Pelo sistema neoconstitucionalista, os objetivos são os mesmos, servir de instrumento de garantias da sociedade, o que muda é a cultura jurídica, a prática deve estar pautada na supremacia constitucional, tendo a Carta Magna e seus princípios não só como norteadores do direito, mas como normas a serem respeitadas e buscadas sobre qualquer lei.

Então os poderes públicos, a sociedade, e o aplicador do direito devem ser não só pautados, mas submissos a constituição e seus preceitos antes da lei e procedimentos.

“[...] em resumo o *neoconstitucionalismo* como ideologia apresentava-se como o movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e à concepção de atividade judicial como atividade mecânica de aplicação da lei. Exerce papel decisivo na proposição de uma nova forma de encarar a constituição, já não mais como mero limitador formal do poder público como aos particulares, porquanto documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos. MÖLLER, 2011.p. 26.

Max Möller (2011) cita como características marcantes do neoconstitucionalismo;

“Rigidez constitucional”, (p. 31); a constituição no modelo neoconstitucionalista deve ser positivada. E essa rigidez também deve aparecer na dificuldade de mudança em caso de tentativa de mudança pelo legislador ordinário.

“Garantia jurisdicional da constituição” (p. 31); a constituição deve ter expressado meios de controle e extirpação do que for contrário as suas disposições. E esse sistema deve ser efetivo e limitar os demais poderes.

“Força vinculante da constituição” (p. 33); por essa característica a constituição não seria mais um vetor, que poderia ter arestas cortadas por lei, mas deveria ser vista como conteúdo de normas substantivas e materiais com capacidade de produzir efeitos, não só jurídicos, mas sociais na vida das pessoas.

“Sobreinterpretação da constituição”, (p. 36); havendo ou não regulamentação legal de um tema constitucional, ao aplicar a lei, a autoridade jurisdicional deve ter em pauta a matéria constitucional antes de qualquer outra.

Pelo sistema tradicional jurisdicional, ao haver espaço em norma constitucional não regulamentada por lei, ficava a interpretação a cargo da discricionariedade do juiz. Pelo neoconstitucionalismo, não existe texto constitucional com “espaços vazios”, (MÖLLER, 2011, p 36), em caso de falta de regulamentação, o remanescente e os princípios constitucionais devem ser obedecidos para aplicação em caso concreto desse texto.

“Aplicação direta das normas constitucionais” (p 37); nem sempre são plenamente possíveis por conta da falta de densidade textual, mas o que se pretende com essa característica é a aplicação direta ao caso sem necessidade indispensável de regulamentação.

“interpretação, conforme a lei” (p. 38); a primeira impressão de interpretação é de contradição com o até agora exposto, mas a relação na verdade é de complementação.

Pela visão neoconstitucionalista os juízes não devem realizar uma atividade jurisdicional mecanizada, ao contrário, a sua competência abarca a capacidade de raciocínio e percepção, então por conta dessa prática, podem surgir inúmeras interpretações, o que causaria insegurança jurídica, então ao contrário do precedido pelo sistema legalista a norma viria em caráter subsidiário à constituição servindo não como limitador, mas como assistente no processo interpretativo.

“Influência das constituições sobre as relações políticas”, (p. 41). Por essa característica, a busca primada pela constituição e princípios deve também ser buscada na prática, pelos poderes formadores do estado. Inclusive os que protegem as minorias ou vão contra a vontade da sociedade, tornando o sistema democrático não uma “regra da maioria” (MÖLLER, 2011, p. 192), mas uma busca de igualdade social.

“A noção de constituição como elemento central do ordenamento jurídico, aliado a noção de ordenamento jurídico como elemento central na definição de Estado; propicia a conclusão de que a constituição, pelo fato de constituir poderes, distribuir competências e estabelecer regras do jogo democrático, é hierarquicamente superior aos poderes constituídos. De acordo com essa

linha de raciocínio é a constituição que detém a soberania e, como tal, não precisa necessariamente estar limitada a ocupar-se meramente de conteúdos formais. Sendo soberana, pode também ingressar em conteúdos substanciais ou materiais (que poderão causar problemas de eficácia, mas isso é outra história)". (MÖLLER, 2011.p. 190)

A exaço do neoconstitucionalismo encontra críticas no temor de conquistas democráticas pelo ativismo judicial e perda de segurança jurídica (MÖLLER, 2011, p. 139-140), mas vem sendo esse sistema concebido, se respeitada à repartição dos poderes na democracia, como evolução do direito.

A visão do legislador constitucional, ao confeccionar pena, não pode ser desrespeitada pelo judiciário ou pelo legislador ordinário, e isso vai desde a iniciação em processo até a interpretação de aplicação de pena.

5. DA PENA ALTERNATIVA

A pena alternativa foi criada no Brasil como substituto penal, conforme explica Cesar Bittencourt (2006, p. 69), que visa ofender menos o bem jurídicos da liberdade levando em conta o tipo de crime e as circunstâncias objetivas e subjetivas da conduta e pessoa, bem como o fim de reparar o dano causado de maneira construtiva a sociedade.

Embora tenha sido adotado o termo pena alternativa, elas são substitutivos penais (BITENCOURT, 2006, p. 67), verificadas as condições possíveis e valorados os argumentos de mérito pelo juiz como favoráveis torna-se direito do réu a sua imposição.

Pela historia, a pena tida como alternativa na concepção moderna foi prevista no artigo 20 e 30 do Código Penal Soviético e era de prestação de serviço à comunidade e serviços correccionais.

A Inglaterra, seguindo o modelo introduziu a limitação de fim de semana e posteriormente o trabalho comunitário, foi seguida pela Austrália e Canadá.

O Brasil as instituiu pela reforma ao código de 1940 pela lei 7209/84.

A atual redação das penas alternativas no Código Penal, no artigo 44 foi dada pela lei 9714 de 1998, com o título “Das penas Restritivas de Direitos” juntamente com a pena de multa

5.1 Espécies

No art.43, o Código Penal dispõe:

“As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

- I- prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- II- perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- III- (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)
- IV- prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- V- interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- VI- limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)”

Fora desse rol ainda no artigo 44, § 2º, do Código Penal, ainda se dispõe a pena de multa como substitutiva da pena privativa de liberdade.

5.1.1 Prestação pecuniária

Depois das hipóteses legais o código conceitua e detalha as espécies, conforme o artigo 45, §1º, do Código Penal:

“§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)”

A prestação pecuniária deve sempre ser feita em quantia líquida, que represente valor em dinheiro, a aplicação dá-se nos mesmos moldes da multa, a ser tratada posteriormente. Os destinatários têm ordem de preferência já disposta no próprio artigo. E as entidades devem prestar serviço social beneficente.

Em caso de pagamento á vítima o valor será descontado, como adiantamento de indenização, então por isso se deduz que o valor que o valor da

prestação pecuniária não poderá ultrapassar o valor da indenização (BITENCOURT, 2006, 117-118).

E ainda, de acordo com o artigo 45, §2º, se houver concordância do beneficiário a pena pecuniária pode ser convertida em prestação de outra natureza.

Esse termo “de outra natureza” parece, seguindo o entendimento de Damásio de Jesus (2000, p. 149-150), impreciso e não suficiente para denominar uma sanção, que precisa estar limitada ao princípio da reserva legal e fica exageradamente a critério de acordo ou disposição para tal do autor e do magistrado.

No entanto vem sendo amplamente aplicada, tradicionalmente com o pagamento de cestas básicas, chegando à doação de sangue na primeira vara de Sorocaba, aplicada pelo Juiz Jaymer Walmer de Freitas (GOMES, 2012).

5.1.2 Perdas de bens e valores

Pelo artigo 45, §3º, a perda de bens e valores pertencentes aos condenados serão entregues, salvo caso de disposição contrária em legislação extravagante, ao do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor será o que for maior, o prejuízo causado à vítima ou pessoas próximas ou o lucro obtido pelo crime, em consequência da prática do delito.

Existem críticas, feitas pela doutrina, a citar novamente, Bitencourt (2006, p.123-124), no tocante a constitucionalidade dessa imposição, por conta do caráter confiscatório como pena, ainda que restrito ao provento de crime.

Nesse entendimento o confisco não deveria ser imposto como pena, isso implicaria em retrocesso jurídico, mas sim como efeito na condenação.

A diferença estaria na destinação do arrecadado, se fosse efeito da condenação iria para a união, como receita não tributada, sem destinação específica, e o objeto seria tão somente os instrumentos e produtos do crime e não o patrimônio obtido com o crime.

No confisco como pena eventual terceiro de boa-fé e herdeiros seriam lesados por conta de negócios jurídicos lícitos a primeira vista ou por regras de sucessão.

“Trata-se, na verdade, da odiosa pena de confisco, que há muito, foi proscrita pelo direito penal moderno. A definição atribuída pela lei a “perda de bens e valores” não corresponde à sua natureza jurídica e a seu retrospecto histórico, não passando de uma ficção político-jurídica para impor uma sanção repudiada na maioria dos países democráticos de direito”. (BITTENCOURT, 2006, p.123, 124)

Em que pese esse posicionamento a regra de perdas de bens é, como confisco ou como efeito da sanção, um adiantamento indenizatório para a vítima, e possui previsão constitucional, visto que se limita ao resultado do crime e a intenção legislativa e inclusive constitucional é a inibição a prática delituosa e uma maneira é a obrigação de devolver a vantagem percebida.

“Em consequência, tanto a pena nova de bens (artigo 45, §3º) como a prestação pecuniária (artigo 45, §1º), esta nada mais é que uma antecipação da reparação dos danos que podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Ambas exprimem as exceções constitucionais, valendo observar que a mesma lição não se pode extrair no concernente à multa. Embora agora a multa estatal tenha, no que se relaciona com o “quantum fixado”, natureza civil (CP artigo 51), mesmo assim, morrendo o autor do fato, essa obrigação não pode jamais passar aos sucessores (precisamente porque não existe para ela ressalva constitucional). E sem ressalva constitucional ingressa-se na regra geral: nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. (GOMES, 2000, p.148).

Os bens poderão ser móveis ou imóveis e os valores títulos ações ou qualquer tipo de papéis. A fixação do valor deve levar em conta, também a culpabilidade de cada réu singularmente (GONÇALVES, 2003, p. 25).

5.1.3 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

O autor Cesar Roberto Bittencourt acentua como conceito dado pela doutrina de pena restritiva de direitos 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” (2006, p. 137).

Flavio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 455) sintetiza o conceito escrevendo que “pena restritiva de direitos é a sanção imposta em substituição à pena privativa de liberdade, consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado”.

A antiga disposição penal a respeito das penas de prestação de serviços à comunidade era pelo antigo artigo 46 do Código Penal “A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.”

Agora pelo artigo 46 do Código Penal a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade.

Existem posicionamentos distintos a respeito dessa imposição, parte da doutrina, inclusive Luiz Flávio Gomes (2000, p.150), entende justo o emprego, visto que pena menor teria como medida equitativa uma menos ofensiva como a multa, mas a outra parte, que tem como defensor Cesar Roberto Bittencourt (2006, p. 143) compreende que essa limitação não alcança os fins da nova pretensão legal de ampliar a esfera de aplicação de pena alternativa, outro argumento contrário é o não envolvimento das penas em crimes de menor potencial ofensivo.

É pacífico o entendimento desses dois autores no sentido de que a prestação de serviço, como o nome impõe deve ser efetuada pelo condenado, como obrigação pessoal de atividade laboral, o desprendimento de tempo e força física ou mental devem ser cumprida por quem, e somente a quem a tarefa foi incumbida.

“A diferença entre a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e a prestação pecuniária reside no seguinte: esta é uma obrigação de dar (satisfazer); aquela é uma obrigação de fazer algo (em pessoa). Sobressai, desde logo, como se vê, o caráter personalíssimo da prestação de serviços ninguém pode prestá-lo no lugar do condenado [...]” (GOMES, 2000, p.149)

As entidades referidas devem estar em programa previamente selecionado e cadastrado. Depois a implementação prática, como o resto de toda pena, caberá ao juiz da execução. A Lei de Execuções Penais, nº 7.210, de 11 de julho de 1984, operacionaliza a prestação de serviços à comunidade nos artigos. 149 e 150 :

“Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

- I- designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;
- II- determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;
- III- alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.”

“Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.”

Atendendo ao caráter pessoal e ao princípio da individualização da pena nada mais justo que ela seja compatível com as aptidões pessoais do condenado, e não se choquem com o horário de trabalho. Na mesma direção, para atendimento ao fim a que a pena se presta, de serviço à comunidade, a prestação deve ter utilidade social, nesse sentido Nucci (2007, p. 297). Ele entende que as “aptidões” que devem ser consideradas, vão desde a capacidade profissional,

compreensão física até a cultura e religião, o que passar disso poderia ser considerado desproporcional.

Se a atividade fosse além da capacidade do trabalhador a imposição se tornaria cruel e provavelmente não seria cumprida, da mesma maneira, atividade com aproveitamento menor que a capacidade, provocaria desvantagem para a sociedade porque o condenado tem uma dívida que poderia ser mais bem paga com algum trabalho mais aproveitado.

As entidades competentes para receber o serviço são as que não têm intenção de lucros, o código exemplifica escolas, hospitais e orfanatos, sem exaurir as espécies, então qualquer dessas instituições, desde que filantrópicas pode ser beneficiada. Não parece justo que algum particular obtenha lucro com uma pena que serve para sanar dívida com toda a sociedade, no entanto em caso de entidade ainda que particular, mas de fins coletivos e sociais a pena poderia ser cumprida, sem que se desvirtue (GOMES 141).

A lei anterior dispunha que as horas de pena eram de oito por semana.

A nova disposição legal fixa o cumprimento em uma hora de tarefa por dia de condenação, e não mais em semanas segundo a exposição de motivos da lei veio para facilitar a vida do juiz da execução.

Bittencourt (2006, p. 140) critica essa disposição, porque a fixação de pena privativa de liberdade sobrevém por meses e anos, nunca em dias, ao contrário o Código Penal, no artigo 11, descreve que para as penas restritivas de direitos os dias devem ser desprezados, então uma pena de sete meses a depender da data de fixação pode variar (já que os meses variam em quantidade de dias; 28, 30 ou 31), o que gera inconstância na fixação de dias de pena alternativa a ser imposto, ferindo o princípio da reserva legal. Em contrapartida, agora a carga horária pode ser disposta mais livremente, para atingir o cumprimento em menor tempo que visa, passando das oito horas semanais em feriados sábados e domingos.

Se o réu tiver pena maior que de um ano a até a hora diária poderá ser aumentada, mas o tempo completo de cumprimento nunca poderá chegar a menos que a metade da pena fixada antes da alternativa, valendo destacar que esse tipo de serviço só pode ser praticado por quem teve pena maior que 6 meses. Damásio de Jesus (2000, p. 160-161), entende que há injustiça nesse caso, porque quem tem

uma pena de um ano pode cumpri-la em seis meses e quem tem pena de seis meses e um dia terá de cumprir pena pelo período integral, a solução seria então, conceder o benefício a quem tem pena entre seis meses e um ano.

Vários aspectos penais são alcançados pelo cumprimento dessa pena. O trabalho em hora que se podia estar realizando outras tarefas ou em horas de descanso, principalmente se aplicados em fins de semana acende a aflição e desconforto necessário a quem teve esse tempo de pena.

Ao mesmo tempo, conforme ensina Bitencourt (2006, p. 141), o serviço à comunidade ajusta melhor o sujeito, faz com que ele tenha contato com os prestadores de serviço beneficente, e principalmente com os necessitados aumentado o grau de conscientização e sensibilização, além da sensação natural do ser humano em sentir-se útil ao contribuir com a sociedade.

E principalmente, no caso de tráfico de drogas privilegiado, com pena alternativa de prestação de serviço à comunidade em instituição filantrópica voltada a recuperação de dependentes químicos abrange completamente o fim a que se destina a pena aplicada.

O caráter retributivo estaria inserido pelo motivo já exposto. A imposição de contato com o efeito da droga geraria arrependimento e paridade com as reais consequências causadas pela conduta, com isso o fim da conscientização seria atingido, e em última análise a sociedade se veria satisfeita com o serviço prestado.

Em compensação, o contato com pessoas relacionadas a drogas, principalmente das que querem se libertar do vício, com eventuais transportadores pode ser nocivo a reabilitação do dependente químico.

Problemas práticos, também, infelizmente impedem ou dificultam a maior aplicação desse tipo de sanção.

Nem sempre está a disposição entidade apropriada cadastrada, com pessoal apto a lida com a situação de ter trabalhando consigo pessoa que teve aplicada pena, por conta dos estigmas sociais já tratados, e por falta de meios de fiscalização.

5.1.4 Interdição temporária de direitos

As penas de interdição temporária de direitos são destinadas à crimes praticados com abuso ou violação aos deveres inerentes ao cargo ou função, pública ou particular que necessite de regulamentação especial. Conforme mostra Bitencourt (2006, p. 146) a principal característica é o reflexo econômico que gera por impedir ou inibir a atividade de meio de sobrevivência das pessoas. Conforme o Código Penal:

“Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- II- Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- III- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- IV- proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- V- proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011).”

A LEP também dispõe a respeito da Interdição Temporária de Direitos:

“Art. 154. Caberá ao Juiz da execução comunicar à autoridade competente a

pena aplicada, determinada a intimação do condenado.

§ 1º Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

§ 2º Nas hipóteses do artigo 47, incisos II e III, do Código Penal, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interdito.”

No inciso primeiro do artigo 47 do Código Penal, o legislador intenta aplicar sanção a todo tipo de funcionário público abarcados pelo artigo 327 do Código Penal, funcionários da administração pública direta indireta autárquica ou fundacional, o conceito é bem amplo. Pela doutrina o crime precisa estar associado

a função, no entanto não precisa estar tipificado nos tipos contra a administração pública, basta a relação da conduta com o posto. Depois de cumprido o tempo de suspensão o funcionário público ainda precisa para voltar ao cargo respeitar as devidas sanções administrativas advindas da conduta

Conforme artigo 56 do código Penal, no que tange ao inciso segundo, exemplo de profissionais que só podem atuar se devidamente regulamentados, que é tratado no inciso segundo são os médicos engenheiros e advogados (JESUS, 2000, p. 175).

No mesmo sentido Rios Gonçalves (2003, p. 27) assevera que, a interdição de autorização ou habilitação, de que trata o inciso terceiro é referente a crimes de trânsito, em que o motorista que necessite de autorização do poder público. O artigo 57 autoriza a aplicação em crimes culposos, mas o Código de Transito, de redação posterior, já o faz como pena principal, em muitos casos, e sendo pena já cominada não há como ser substituída porque ficaria igual, então na maioria dos casos estaria essa disposição revogada.

A limitação de freqüentar determinados lugares, do inciso quarto, deve ser racional, é recomendável que o lugar que se impeça freqüentar exerça alguma influência sob o condenado referente à prática do tipo de crime que cometeu, e a proibição quanto a expressões culturais ou religiosas é constitucionalmente proibida (BITENCOURT, 2006, p. 153).

O último inciso foi acrescentado pela lei 12550 de 2011, a constituição já previa essa possibilidade no artigo 37, I que dispõe que o acesso a cargos públicos será adstrito à forma da lei, então ainda que se restrinja a entrada em cargo público além do concurso, e ao interesse público é perfeitamente possível, a imposição como pena.

Note que a proibição é da simples inscrição, em caso de inscrição já feita a posterior convolação não poderá atingi-la. E depois de infringida a pena o prestar concurso ou a posse estaria obstada pelos efeitos da condenação.

A interdição dura o tempo da pena que seria de restrição de liberdade, e assim como todas as outras que não prestação de serviço à comunidade não pode ser cumprida em menos tempo.

5.1.5 Limitação de fim de semana

Consiste na imposição de permanência de cinco horas aos sábados e domingos em casas de albergado, ou em estabelecimento adequado.

A intenção é fazer com que a pena seja cumprida em dias que se destinariam ao descanso, sem prejudicar o trabalho.

Em tese, nessa casa de albergado deveriam ser realizadas atividades educativas, como cursos e palestras (GONÇALVES, 2003, p. 27).

Caberá ao juiz da execução, conforme artigo 79 e 155, da Lei de Execuções Penais, a fiscalização do cumprimento de pena, por conta de relatórios mensais enviados pelo responsável pelo estabelecimento em que se cumpre a pena.

Ainda segundo o legislador, no artigo 94, a casa de albergado deve ficar em centros urbanos, sem obstáculos a fuga. Deve conter acomodações ao preso e para as atividades de ressocialização

A realidade, inclusive de todo o estado de São Paulo é bem diferente, sequer existe a casa de albergado.

5.1.6 Multa

Fora as possibilidades do artigo 43. O artigo 44, §2º abre a possibilidade de pagamento de multa como pena alternativa, a doutrina, incluindo Damásio E. de Jesus (2000, p. 120), chama o instituto de multa substitutiva ou multa vicariante.

Esse pagamento será revertido ao Fundo Penitenciário Nacional, considerando a gravidade do delito e o potencial econômico do agente.

A forma de pagamento pode ser a vista ou em parcelas.

A cominação da pena é feita por etapas;

Primeiro é estabelecido o número de dias multa, entre 10 e 360. Não há mais cominação variável de tipo para tipo de crime, mas o juiz ainda deve levar em conta a gravidade do delito.

Fixa-se então o valor de cada dia multa, levando em conta a situação econômica do réu. Para tanto o juiz pode pedir diligências de comprovação.

A pena a depender da situação do réu pode ser triplicada, ou reduzida levando em conta ainda esse critério (GONÇALVES, 2003, p. 35-36).

5.2 Fixação da Pena

Cesar Roberto Bitencourt (2009, p. 140) divide os critérios de fixação da pena em cinco, são eles:

“Quantidade da pena aplicada”: não superior a quatro anos.

“Natureza do crime cometido”: as medidas para crime doloso ou culposos são diferentes.

“Modalidade de execução”: o crime não pode ser cometido mediante violência ou grave ameaça.

“Réu não reincidente em crime doloso”: por conta de outra disposição pode ser superado.

“Prognose de suficiência da substituição”: o juiz deve entender apropriado ao caso concreto a aplicação.

O artigo 44, CP, trata das circunstâncias que permitem a substituição.

5.2.1 Quantidade de pena e tipo de crime

Conforme o tipo de crime pode ser conseguido, ou não, a pena alternativa, conforme o CP, artigo 44, I, “aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).”

A pena a ser substituída pode ser de reclusão ou detenção, em crime culposos ou doloso, desde que não superior a 4 anos (só nos casos dolosos se aplica a limitação por tempo de pena). No concurso formal e no crime continuado, a pena a ser analisada é a final, já unificada.

Em caso de concurso material a doutrina diverge, de acordo com Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 515), o juiz deveria analisar a pena de cada crime separadamente, e aplicá-las sucessivamente, em entendimento minoritário. Já Shecaira, e Alceu Correa Junior (2002, p. 227) tratam da quantidade de pena, apenas como a “aplicada na sentença”, então já somada maior da doutrina e jurisprudência vale a soma das penas, e se constata a vedação se ela ultrapassar 4 anos. E ainda, pelo artigo 69, § 1º do mesmo diploma legal se, em caso de concurso material, for aplicada a uma pena privação de liberdade e ela não for suspensa, a alternativa não poderá ser aplicada.

Em caso de crime cometido com violência ou grave ameaça, ainda que o autor atenda ao limite de pena, o legislador sopesou o valor da conduta, prudentemente visto que o grau de retribuição e ressocialização necessários a pena, não se enquadrariam a esse instituto.

“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, em decorrência, seu autor não deve merecer o benefício da substituição. Por isso afasta-se prudentemente, a possibilidade de substituição de penas para aquelas infrações que forem praticadas “com violência ou grave ameaça á pessoa”. (BITENCOURT, 2011, p. 82- 83.)

É pacífico na doutrina que em caso de violência patrimonial, como no caso do crime de dano não há qualquer óbice a substituição.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, o procedimento é diferente, ainda que cometidos com o aludido modo de execução o procedimento autoriza a aplicação da restrição de direito, mas pelo instituto da transação penal com requisitos distintos (BITENCOURT, 2006, p. 83).

5.2.2 Reincidência

Conforme o Código Penal pode haver a substituição se, conforme o artigo 44 II – “o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).”

Para que se observe a falta desse requisito, é preciso que o réu, na data da sentença condenatória em questão tenha condenação definitiva, com trânsito em julgado em crime doloso a no máximo cinco anos, a doutrina dá o nome de reincidência específica, e ela acontece ainda que um crime seja simples e o outro qualificado. O princípio da presunção de inocência elimina a possibilidade de não substituição por conta desse inciso, sem que haja o trânsito em julgado da condenação que geraria a reincidência.

Esse mesmo diploma excepciona essa regra no parágrafo terceiro do mesmo artigo, a ser tratado posteriormente.

5.2.3 Circunstancias judiciais favoráveis

As circunstancias em questão estão no artigo 44, do CP e são as mesmas do artigo 59 “III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade

do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).”

Esses requisitos são subjetivos, de acordo com as condições da pessoa, ainda que presentes os anteriores, entendendo o juiz, não razoável a aplicação por conta das condições do agente não há que se falar em substituição.

Nessa etapa vale a discricionariedade do juiz, chegando ao mérito do réu. Deve ele balancear, e agir pautado nos critérios de manutenção de ordem pública e proteção dos bens jurídicos, que são deveres do Estado. Nesse sentido, Cesar Roberto Bittencourt, assevera que o critério de julgamento devem ser mais rígidos (2009, p. 141).

Ainda assim, toda decisão deve ser proporcional regida pelos padrões constitucionais de fundamentação razoável e detalhada, não só, mas inclusive nesta parte.

5.2.4 Quantidade de pena alternativa proporcional à privativa de liberdade.

Conforme se verifica, a gravidade da pena de privação de liberdade influi na espécie de pena que será substituta nos termos do artigo 44, §2º CP:

:

“Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).

Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 46, “*caput*”, CP que diminui ainda mais a esfera de aplicação da pena para maior de 6

meses. Então no caso de infração de menos de 6 meses a aplicação possível seria só a de multa.

O antigo artigo 44 parágrafo único, CP, dispunha que as penas devem ser passíveis de cumprimento ao mesmo tempo, mas ele não foi mais trazido no novo ordenamento, então paira a dúvida se as penas devem ser cumpridas simultaneamente, devendo ser então compatíveis ou se, podem não ser havendo cumprimento de uma depois da outra. É razoável o entendimento atual de que ainda que tenha havido a supressão elas devem ser compatíveis na execução ao mesmo tempo, porque se não fosse o réu levaria mais tempo que a pena inicial, privativa de liberdade para cumpri-las.

5.2.5 Pena alternativa ao reincidente

Aqui é feita a exceção ao caso de o condenado, ainda que reincidente em tipo doloso, para tenha a pena alternativa:

“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.” Artigo 44, §3º, CP.

Mais uma vez, é depositada no juiz a discricionariedade de, levando em conta a singularidade do caso, aplicar, ainda obstante a falta do requisito da primariedade, a substituição da pena.

Todos os requisitos legais são exigidos cumulativamente, ou seja a falta de algum gera a impossibilidade, menos esse, que pode ser desconsiderado pelo juiz, mas ainda levando em conta a determinação de fundamentação, a sentença deve constar os motivos singulares que levaram a medida.

5.2.6 Conversão da pena alternativa em privativa de liberdade

No caso do artigo 44, §4º, CP, o agente retorna a pena privativa de liberdade:

“A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)”.

A finalidade primeira dessa disposição é, antes de ser executada, alarmar sobre as conseqüências do não cumprimento.

Para que haja a regressão para a privativa de liberdade devem ser observadas as regras de detração do artigo 181 da LEP, sendo assim, fica a pena a ser imposta, com o desconto do que já foi cumprido na alternativa. Assim, para a nova pena o prazo de prescrição e da fração para a progressão de regime também serão modificados.

A pena de prestação pecuniária e perda de bens e valores por direção constitucional, não deve, ser convertida em restrição de liberdade, em que pese entendimentos em contrário.

“É certo, pois que a prestação pecuniária é uma pena restritiva de direito. Mas, apesar de constituir uma pena, assume também o caráter de dívida, isto é, de antecipação da indenização. É por tanto, simultaneamente, pena e dívida, incluindo-se pela sua natureza, entre as sanções de caráter híbrido. Note-se, porém, que a pena de prestação pecuniária só assume caráter de dívida quando revertida em prol da vítima ou seus dependentes. Quando é aplicada em favor de entidade pública ou privada de destinação social, deixa de ter a conotação de dívida, na medida em que não objetiva a reparação do dano, razão pela qual, nessa hipótese, nada obsta a sua conversão em pena de prisão.” (BARROS, 2003, p. 463)

A interpretação literal desse dispositivo resulta em obrigatoriedade de audiência do réu, para que se justifique a respeito do não cumprimento, e só assim se não houver, ou se havendo, for insuficiente, fica o descumprimento injustificado satisfazendo o requisito.

5.2.7 Conversão na execução

Ainda no mesmo caso de superveniência de condenação, o juiz da execução pode decidir sobre a conversão. “Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)”. Artigo, 44, §5º, CP.

Observando o magistrado que a nova pena é compatível com a que está sendo cumprida, exemplo, prestação pecuniária ou perdas de bens e valores ou até limitação profissional, ele poderá ainda autorizar o cumprimento da pena antiga junto com a nova.

Durante a execução ainda é possibilitada a conversão caso não tenha sido feita em fase anterior e for medida de direito, conforme o artigo 180 da Lei de Execuções Penais:

“A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

- I- O condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
- II- Tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
- III- Os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.”

Quanto aos meios de conversão os requisitos são os mesmos na fase de execução.

6. DA APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA PARA O TRAFICO PRIVILEGIADO

A pena para o tipo do artigo 33 da lei 11343/2006, é de reclusão de cinco a quinze anos e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias multa. Por tanto é impossível a conversão em pena alternativa.

No mesmo artigo, no parágrafo quarto, a lei possibilita a diminuição de pena de um sexto a dois terços a quem pratique os tipos do “caput” ou do parágrafo primeiro, mas tenha circunstâncias especiais, e essa modalidade passou a se chamar então, por conta da redução, “tráfico privilegiado”. Israel Ventura Mendes assevera que o termo não é o mais técnico juridicamente.

“O privilégio se caracteriza por circunstância de natureza objetiva ou subjetiva, anterior ou posterior ao delito que, agregado ao tipo fundamental, faz surgir um tipo derivado redefinindo para menos os limites da cominação da pena em abstrato. Já a hipótese em estudo consiste em minorante a ser analisada na terceira fase do sistema trifásico, reduzindo o *quantum* tipificado, não se tratando de tipo subsidiário.” (MENDES)

Na primeira fase de dosimetria o juiz levando em conta a pena mínima, sopesa as circunstâncias judiciais, sendo favoráveis, o que deve acontecer para que se verifique a modalidade privilegiada, ela permanece em cinco.

Na segunda fase não verificada causas agravantes ou ainda que existentes, com a diminuição da terceira fase, do parágrafo quarto, a pena pode chegar menos que quatro anos ou até, sem agravante a um ano e oito meses.

Sendo assim ocorre que, imediato se constata a possibilidade de pena alternativa. Nesse sentido segue o posicionamento:

“Diante desta possibilidade, ou seja, redução de um terço à dois sextos, temos que a pena pode ficar abaixo do mínimo legal. Assim, se a pena mínima passa a ser de 5 (cinco) anos, com a redução prevista neste artigo a pena poderá ficar em 4 anos e 2 meses ($5 - 1/6 = 10$ meses); ou ainda para 1 (um) ano e 8 (oito) meses ($5 - 2/3 = 3,4$). Diante disso, este tratamento diferenciado merece aplausos ao legislador.” (DELGADO, Rodrigo Mendes. p.122)

Por tanto verificados esses requisitos não há como não se permitir a aplicação dessa pena ao tráfico privilegiado. Tem decidido nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, cabíveis os requisitos de aplicação, a não concessão fere princípios como o da individualização da pena.

No entanto, o mesmo parágrafo quarto seguido por grande parte das autoridades judiciais, vedava a possibilidade do benefício, por razões de política criminal. O crime de tráfico de drogas é equiparado ao hediondo, por isso não é passível de vários benefícios, desde o momento de aplicação da pena, até o sistema de progressão de regime ele é diferenciado, pensando nisso o legislador achou por bem fazer a ressalva, visando atingir o pequeno traficante, que vê na prática um meio de lucro, ainda que tenha bons antecedentes.

6.1 Decreto 154 de 1991

Esse decreto promulgou a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em 26 de junho de 1991.

Primeiro são feitas várias considerações a respeito do alto nível de lesão social causado pelo tráfico de drogas; sobre a preocupação com a crescente expansão do tráfico; sobre os prejuízos financeiros causados aos Estados e sobre o vínculo entre o tráfico de drogas e outras atividades ilícitas.

Enfim se reconhece que a ação é de responsabilidade de todos os Estados.

Em seguida são feitas algumas definições sobre expressões contidas no texto seguido das intenções com a convenção.

O fundamento precípua da Convenção é a formação de força de combate ao tráfico de drogas, no entanto, a questão se vê tratada por vários meios, não só os jurídicos, o que mostra a crescente vertente de percepção da solução do problema não só pelas vias tradicionais. Vale dizer, a função jurisdicional, em

questão penal não pode se desviar de sua finalidade principal, que é a de aplicar sanção a fato típico, para se atentar a outros aspectos a ponto de anular a sua, mas a pena alternativa combina de maneira adequada a questão.

“O Propósito desta Convenção é promover a cooperação entre Partes a fim de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de suas substancias psicotrópicas que tenham dimensão internacional. No cumprimento das obrigações que tenham sido contraídas em virtude desta Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas as de ordem legislativa e administrativa, de acordo com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos.” (Decreto lei 154/91. Artigo 2. 1)

Quanto aos crimes são feitas diretrizes de tipos penais, observada a soberania de cada Estado, relacionados ao porte, ao uso e ao transporte de drogas.

No ponto 4. A do decreto abre-se a possibilidade de conversão de condenação em caso de “delitos menores”, conforme trata o decreto, em medidas de outras medidas como educação e reabilitação. Esse foi um dos fundamentos do Habeas Corpus que resultou na resolução 5/2012, do senado.

6.2 Da Nova Lei de Drogas

Com a promulgação de nova lei de que trata da repressão ao tráfico de drogas, 11.243 em 23 de agosto de 2006, o tráfico e uso de drogas, entre outras, foram abordadas de maneira diferente.

A intenção, com essa nova abordagem é acompanhar os novos moldes da sociedade recente que, com o tempo, necessita de novas soluções, para problemas que vão surgindo. A maneira com que se tratava o problema pela lei antiga, não se fazia mais eficaz devido à mudança de enfrentamento das mesmas questões e surgimento de questões diferentes, assim como novos costumes trazidos pelo tempo e evolução social.

6.3 Dos Novos Princípios e Objetivos do Novo Sistema de Repressão as Drogas

A lei antiga tinha a sua finalidade voltada principalmente a repressão ao tráfico. Já no primeiro capítulo que abordava da prevenção, a disposição à respeito era precária, não havia suficiente menção à órgãos de prevenção. E o sistema de integração com órgãos de outras esferas conscientização e tratamento, que não as penais era problemático.

O foco da nova legislação é tratamento da questão como problema de saúde pública, isso se mostra pela criação de políticas públicas, para a prevenção reinserção de usuários e, diferenciação entre usuário e dependente, como pontos de destaque, ao contrário da lei antiga, 6.368 de 21 de outubro de 1976, que dava mais ênfase a repressão, a produção indevida e uso.

“A previsão específica da necessidade de atender e reinserir na sociedade o usuário e o dependente de drogas não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois já existia desde a Medida Provisória 2.225/2001, que alterou a Lei 6.368/76. Entretanto a nova Lei de Drogas, neste ponto, deu nova formulação à matéria elevando as atividades de prevenção e reinserção social ao mesmo nível de importância das atividades de prevenção do uso indevido e repressão ao tráfico e à produção não autorizada. Trata-se de mais uma consequência do reconhecimento, do legislador de que o problema envolvendo drogas é efetivo e, para sua solução, não mais se fazem suficientes apenas as medidas repressivas ou de prevenção genérica. Impõe-se, agora, a reinserção social daqueles que já foram atingidos pelo uso de drogas, bem como a devida atenção àqueles que estão no mesmo caminho “(MENDONÇA e CARVALHO, 2008, p. 42)

Pelo progresso social, e dos problemas advindos com ele, a lei velha apresentava lacunas e discrepâncias que a nova procurou compor.

Já no primeiro artigo a lei destaca como finalidade a “instituição de um sistema de políticas públicas sobre drogas”, depois atenta para a “reinserção social de usuários” e por fim estabelece normas de repressão ao tráfico. Fica clara a prioridade do objetivo o tratamento da questão como de saúde pública, mostra isso, com as varias medidas de programas públicos de ressocialização e capacitação do usuário.

Isso se mostra em seguida no artigo 22 pela determinação expressa de observação de princípios e diretrizes, estabelecidas.

“O art. 22 traz os princípios que devem orientar as atividades de atenção e as de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares (mais uma vez a importância da família é posta em destaque).” (DELGADO, 2009, P. 62)

Esses princípios servem como parâmetro para a aplicação de medidas a dependentes, mas quanto a aplicação de pena também devem ser considerados.

6.3.1 Respeito ao usuário e dependentes

No artigo em questão já se apregoa, no primeiro inciso, a igualdade e o princípio da dignidade humana. Conforme o artigo 22, I, da lei 11.343/2006:

“Respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do sistema único de saúde e da política nacional de assistência social.”

Em primeiro lugar, antes do tratamento ou recuperação ou até de imposição de pena, deve a pessoa ser respeitada nos parâmetros constitucionais, e ter protegidos seus direitos e garantias fundamentais, como a saúde e integridade.

“O respeito à pessoa humana será a bússola orientadora de qualquer atividade de atenção e de reinserção social do indivíduo. E este respeito deve ser tão absoluto, que se deve até mesmo respeitar o direito da pessoa em não se submeter a qualquer tratamento.” (DELGADO, 2009, p. 62)

E ainda que as condições do usuário ou dos dependentes forem penalmente reprováveis, cabe a lei estabelecer meios de reinserção social, com respeito e dignidade.

6.3.2 Ações para a reinserção do usuário

Levando em conta o respeito indicado pela lei, agora no tocante ao tratamento devem ser tomadas medidas não somente ao dependente, mas também a sua família. Assim, pelo inciso II, do artigo 22 da lei 11343/2006 deve acontecer: “A adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais.”

Conforme Bitencourt no livro “Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo” a individuo deve ser tratado com ética e respeito, sendo levado em conta as suas circunstancias pessoais (2009, p. 63)

No mesmo sentido o artigo quarto da lei, indica como preceito o respeito a diversidade e as especificidades populacionais. Isso porque com a sociedade moderna é constituída de pessoas com valores diferentes, e em um Estado Democrático de Direito. O Brasil é um país de muitas culturas definidas pelo espaço geográfico, classe social e até religião. Deve então o tratamento, para que sejam alcançados maiores níveis de recuperação, se adequar a cada realidade.

6.3.3 Individualização de tratamento

Para que o tratamento funcione, ele deve levar em conta as condições do dependente, tanto financeiras quanto sociais, conforme o inciso III, do artigo 22, da lei 11.343/2006, deve acontecer a “Definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e danos sociais e à saúde”

Como os fatores que levam ao uso de drogas podem variar o tratamento não deve socorrer só a questão química, mas o motivo do uso.

“Como exemplo, podemos citar o caso em que uma determinada toxicomania está relacionada a um determinado trauma, uma experiência ruim que a pessoa TVE em sua vida e que é a mola propulsora para desencadear o vício do qual padece. Se o tratamento for deito apenas ao vício, mas não ao trauma, que em realidade é o motivo de referida dependência, ineficaz referido tratamento será. Assim para que se atenda a especificidade e peculiaridade desta pessoa, o tratamento deverá ser feito exemplificativamente, por um médico, através de certos medicamentos, mas também por um psicólogo ou psicanalista, que possa tratar o trauma do qual a pessoa é vítima. Como se vê, o exemplo citado exige um tratamento conjunto e não isolado, posto que são patologia que se completam e causam o mal maior. O trauma conduz ao vício, e este, por sua vez, é resultado daquele. Se se trata penas um, o outro pode eclodir novamente a qualquer momento. (DELGADO, 2009, p. 64)

Para que as estratégias sejam implementadas é necessário a criação de políticas públicas de saúde características, de prevenção, com respeito a individualidade do lugar e tempo em que serão executadas e posteriormente, com medidas paliativas individualizadas assim como o tratamento médico.

6.3.4 Atenção à família do dependente

A intenção da lei, conforme se vê nesse princípio e nos anteriores referentes ao mesmo assunto, prima pela assistência da família do dependente, tendo em conta não só a dificuldade de ter como familiar o dependente, mas o risco de envolvimento ilícito com o problema. Conforme dispõe o referido artigo 22, IV, da lei 11.343/2006, deve ser dada: “Atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais”

Aí se estabelece um sistema integrado com o Conselho Nacional Antidrogas, que visa o aconselhamento estratégico não só para auxílio, mas para a prevenção, pesquisas científicas de ações de tratamento, além dos meios estabelecidos em lei. Outra vez a prática fica bem longe do intento do legislador.

A família do usuário sofre grandes transtornos causados pelo vício ou uso de drogas e também necessitam de atendimento do Estado. Questões

financeiras sociais e psicológicas devem ser abordadas por um sistema que para tanto deve ser formado de diferentes esferas de atuação.

É impossível que se dedique toda essa atenção ao usuário, haja vista a real condição do sistema de cumprimento de pena nacional, que se dirá da família, mas ainda assim, antes da implicação penal, por determinação legal é necessário o mínimo de compreensão a situação pela qual se passa, principalmente em caso de famílias de pouca condição financeira.

6.3.5 Observância das orientações e normas do CONAD

Conforme assevera o artigo 22, V, da lei 11.343/2006 deve haver “Observância das orientações e normas emanadas do CONAD”. O CONAD na Resolução 3 de 27 de outubro de 2005, dispõe sobre várias diretrizes de orientação para o tratamento do dependente de drogas, familiares e populações com maior incidência de vício, desde práticas de prevenção, passando pela modalidades de tratamento, com meios de reinserção a família do dependente, até a determinação de reserva de verba no Fundo Nacional da União.

Segundo Delgado (2009, p. 64), aqui se mostra a posição hierárquica superior desse órgão, em questão de política antidrogas.

É desproporcional que, em caso de porte de um viciado, sejam aplicadas todas essas medidas, enquanto a família em caso da mesma conduta, por conta do vício do parente, por exemplo, seja tratada de maneira tão diferente.

6.3.6 Respeito às diretrizes de políticas regionais

Conforme vão sendo observados os efeitos de tratamento e prevenção, os resultados devem ser compartilhados, e conforme as peculiaridades regionais pode haver a troca de meio de combate, a lei dispõe a esse respeito, no inciso VI do

artigo 22 da lei 11.343/2006, por ela deve haver: “O alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas”

As mais proveitosas devem ser usadas e as outras descartadas, facilitando a percepção de sucessos a serem incentivados.

6.3.7 Incentivo a instituições que contratarem dependentes

A condição de dependente pode causar, principalmente nas classes menos favorecidas economicamente, a falta de aptidão profissional, por condições até físicas, então pela lei, então pelo artigo 24 da mesma lei 11343/2006 se dispõe que:

“A união os estados o distrito federal e os municípios poderão conceder benefícios às instituições que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho do usuário e do dependente de drogas encaminhando para o órgão oficial”.

Por aqui se mostra a preponderante intenção da legislação em reinserir o dependente o mais rápido possível no mercado de trabalho, com capacitação. Essa prática é aplicada ao dependente e usuário, mas se levados em conta os mesmos parâmetros, junto com os de assistência familiar, sempre em conjunto com a necessidade de imposição do direito penal, pode se chegar à conclusão que em determinados casos, o anseio da lei é que o dependente e os que o circundam superem o problema da droga, e tenham meios de não reincidirem.

Ainda depois dessas diretrizes a lei segue tratando de meios de organização do sistema nacional antidrogas e de prevenção chegando aos crimes apenas no capítulo III.

7. DOS CRIMES DA LEI

O tratamento com maior intuito de repressão foi abandonado em certas condutas pelo legislador, que passou a tomar medidas nem sempre penais tradicionais, ou até não penais, o que gerou grande tumulto na doutrina

7.1 Da Não Aplicação de Prisão ao Usuário

O artigo 28 da lei em questão, traz cinco condutas, que tratam a respeito de quem porta a droga para próprio consumo e impõe medidas totalmente voltadas ao fim ressocializador da pena, no parágrafo primeiro equipara outras a essas .

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I- Advertência sobre os efeitos legais das drogas;
- II- Prestação de serviços a comunidade;
- III- Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1 As medidas submetem-se a quem, para seu consumo pessoal semeia cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Por conta da natureza das medidas aplicadas, houve um movimento doutrinário encabeçado por Luiz Flávio Gomes, conforme trata Andrei Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, no livro “Lei de Drogas, lei 11343 de 23 de Agosto de 2006, Comentada Artigo por Artigo” (2008, p. 77-78) que entendia o comportamento trazido pelo artigo como não criminoso.

A fundamentação era pautada no Código Penal, que discrimina os tipos de penas existentes no ordenamento e entre elas não estavam as marcadas no tipo.

Dada a devida vênia, não é presumível toda essa proposição somente pela falta de previsão legal, em sentido contrário segue o posicionamento do autor Renato Marcão, que percebe a nova disposição como espécie, ainda sem a predeterminação do código Penal.

“A ausência de cominação privativa de liberdade não afasta, nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta ser listada como crime ou contravenção.

Em tempos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, de novas discussões acerca da responsabilidade objetiva e outros tantos temas, a definição acima apontada se mostra incompatível com um Direito Penal do século XXI”. (MARCÃO, 2008, p. 60).

A doutrina e a jurisprudência se consolidaram no sentido da continuidade do referido instituto como crime.

7.2 Do Tráfico de Drogas

A lei de combate ao tráfico de drogas prevê o seguinte tipo em seu artigo 33:

Art. 33. 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:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I- importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II- semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III- utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se

utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Em relação à lei anterior, o tipo de tráfico passou do artigo 12 para o 33, todos os elementos objetivos foram mantidos e a pena passou de três a quinze anos de reclusão para cinco a 15 anos, houve aumento também na multa.

Ao contrário, o crime do antigo primeiro inciso do parágrafo segundo que previa a conduta de instigar auxiliar ou induzir ao uso teve a pena diminuída.

7.3 Do Tráfico de Drogas Privilegiado

Conforme o artigo 33, § 4º, da lei em pauta, pessoa que, comete as condutas do caput e as equiparadas, mas é primária, possui bons antecedentes e não tem qualquer ligação com organizações criminosas tem direito à redução de pena:

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

Então a pessoa que comete quaisquer das condutas, sob estas condições, pela nova lei tem pena mínima de 5 anos, não mais de 3, mas em compensação sofrerá a diminuição de pena respectiva, como já tratado chegando ela a um ano e oito meses.

Daí a criação doutrinária do tráfico privilegiado, embora, seja causa de diminuição de pena.

O termo “poderão” do tipo descrito nesse artigo, também não é o mais correto tecnicamente, conforme ensina Delgado (2009. P. 121), pois se presentes as condições a diminuição será direito subjetivo do réu.

Um ponto controverso na doutrina foi o da hediondez ou não desse item, já que não é igual ao caput, de que trata a lei de crimes hediondos e veda a iniciação em regime inicialmente fechado e outros benefícios.

E notório que esse tipo não pode ser tratado como hediondo por descrever conduta de quem se envolve ocasionalmente com o ilícito, e não tem o intuito de denegrir a sociedade, que a lei visa defender, também por não estar previsto como tal pela lei de crimes hediondos 8.072/1990, que não possibilita nenhum tipo de interpretação extensiva por causar prejuízo ao réu.

Outro argumento, reconhecido pela doutrina e jurisprudência explicado por José Henrique Kaster Franco, no artigo “A Hediondez das Mulas” é o reconhecimento da não hediondez do homicídio qualificado privilegiado. O homicídio qualificado é hediondo (está descrito na lei de Crimes Hediondos como tal), mas quando além da qualificadora, estiver presente causa de diminuição de pena, o artigo o tipo as da esfera de aplicação da lei 8.072/90. Alberto da Silva Franco (2007, 357), no livro “Crimes Hediondos” afirma que “E firme o constructo doutrinário no sentido de que o homicídio qualificado-privilegiado não consubstancia o delito hediondo, não, não se lhe aplicando, pois, o disposto no artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90.”

“Majoritariamente, a doutrina, por questões de política criminal, posiciona-se favoravelmente à aplicação das minorantes ao homicídio qualificado, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva, a fim de que ocorra a compatibilidade entre elas. Dessa forma, poderia haver, por exemplo, um homicídio praticado mediante emboscada (qualificadora de natureza objetiva), tendo o agente atuado impelido por um motivo de relevante valor moral (minorante de natureza subjetiva).” (GRECO, 2010 p. 249)

Ainda nesse artigo se dá a questão principal a ser tratada, a vedação legal de pena restritiva de direito, ou qualquer alternativa, ao traficante privilegiado.

Esse traficante, que vale ressaltar, é pessoa que tem bons antecedentes, não é reincidente e não tem relação com organização criminosa, normalmente é pessoa viciada em drogas ou parente de uma, que vende ou transporta para sustento próprio, de seu vício, ou mediante pagamento irrisório.

O viciado, ou pessoa próxima, sem condição de trabalhar, para se manter, a sua família, ou seu vício, se submete a transporte de drogas, de qualquer maneira imaginável, ou executa qualquer das condutas típicas do artigo 33, mas eventualmente, levado pela necessidade. Para subsistência põe em risco sua saúde e vida se humilhando em condições adversas.

Acontece também, da família desse dependente se envolver, mães, mulheres ou companheiras são obrigadas pelos maridos ou filhos a transportarem drogas, ou mantê-las em suas casas, ou são coagidas por ameaças feitas contra eles, enfim, fica claro que o objetivo desse crime é a pratica eventual, sem o intuito de lesar a sociedade, mas de solucionar o problema do vício da droga ou o agente acaba sendo levados pelas circunstancias.

O tipo mais conhecido desse traficante são as “mulas” (termo utilizado no artigo “A hediondez das ‘Mulas’”), transportadores contratados para levar a droga de um ponto a outro que ofereça risco demais aos traficantes ou em caso de grandes demandas. Esse transporte é feito entre cidades, estados ou países, com veículos trazendo drogas escondidas, costuma-se trazer consigo drogas até dentro de seu próprio corpo, causando danos a saúde e até a morte.

Ainda, também é rotina o problema do familiar que tenta entrar em instituições penitenciárias portando droga, para levar ao preso, para uso ou comércio lá dentro.

Esse familiar, que se apresenta nervoso as revistas, é apanhado, e explica; o parente é viciado ou precisa da droga para não ser morto por outro preso, ou qualquer motivo parecido.

Esse contexto de desespero familiar seja por parente ou para sustentar o próprio vício deve ser levado em conta na hora de se avaliar a hediondez ou cabimento de pena alternativa para a pessoa que comete essas condutas.

É claro que, para que se configure essa diminuição de pena a pessoa não pode ter qualquer envolvimento direto com organização criminosa, ou mal

antecedente. Esse tipo de agente não é o que a lei visa realmente punir com firmeza, ele não tem ou tem pouquíssimo lucro com seu transporte, se envolve por questões diversas e não o faz habitualmente.

Nesse caso pode ser discutido até a real possibilidade de o fato ser típico haja vista, a falta de dolo de lesar a saúde pública que é o bem jurídico em questão, conforme ensinam Luiz Flavio Gomes e outros autores no livro “Nova Lei de Drogas Comentada, Artigo por Artigo Lei 11.343/2006”, o estado de necessidade que levou a conduta, ou a coação em caso de familiares.

Dispõe o Código Penal:

“Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pela situação, principalmente do familiar do dependente, pode ser caracterizada em casos extremos, como o já tratado, essa excludente de ilicitude, pois se busca com a conduta do artigo 33, ainda que por pessoa do parágrafo §4º, sacrificar o bem jurídico da saúde pública (que é o que se pretende proteger), visando proteger a integridade de pessoa próxima. O estado não pode exigir que se permita que um parente seja morto dentro de um presídio para salvaguardar a sociedade do perigo causado pelo tráfico

Em casos de tráfico de dependentes, além dessas questões fica a do limite da imputabilidade, não se sabe até onde o dependente químico é capaz de se definir e entender a sua conduta.

Conforme o código Penal:

“Artigo 26 É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Conforme trata a lei, é doença a dependência química, e é capaz de causar falta da capacidade intelectual, então também deve haver ponderação á esse respeito.

Ainda que não aplicadas as excludentes anteriores fica bem claro, com os intuitos do legislador em artigos anteriores, que não foi esse tipo de pessoa que se pretendeu privar de pena restritiva de direito.

Existem casos de pessoas que, ainda que não participem de organização de tráfico de porte, cometem o tipo não pela condição desfavorável, mas pelo desígnio de lucrar, complementado a renda ao ver a possibilidade de levar a droga de um ponto a outro ou de tê-la em depósito para alguém, nesse caso pela interpretação teleológica do tipo é esse o traficante a quem se deve vedar a pena alternativa.

Caso emblemático da questão é o do brasileiro marco Archer Cardoso Moreira, que tentou usar tráfico de 13,4 quilos de cocaína, para arranjar dinheiro para pagar uma dívida, e foi condenado à pena de morte por fuzilamento na Indonésia, o Itamaraty, afirma que está tomando providencias para que a pena não seja executada. Mas juridicamente a situação é limítrofe, não se levando em conta os direitos por ser cidadão brasileiro, não parece ser caso de estado de necessidade, mas não é proporcional a força com que o Estado da Indonésia visa punir. Então ainda que em menor grau, sendo as condições pessoais do agente mais favorável, poderia ser a privação de liberdade desproporcional, no mesmo sentido.

7.4 Resolução 5/2012

A resolução 5/2012 do senado federal, que foi publicada dia 16 (dezesseis) de fevereiro de 2012, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do artigo 33, §4º, da lei 11343/2006, que trata do crime de tráfico de drogas.

A competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão do STF foi conferida ao senado por força do artigo 52, da Constituição Federal. Dispões a Resolução:

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

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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

Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.

Senador JOSÉ SARNEY

Presidente do Senado Federal

A posição de inconstitucionalidade dessa parte do dispositivo já havia sido firmada pelo STF, em controle concentrado de constitucionalidade no “Habeas Corpus” 97.256 do dia primeiro de setembro de 2010, que foi proposto pela Defensoria Pública da União por um condenado a um ano e oito meses de prisão e 160 dias multa, que acabou por ser fixado no mínimo legal, e que cumpriria a pena em regime fechado, por conta do porte de 13.4 gramas de cocaína.

O HC, com pedido de medida liminar impetrado, anteriormente contra o Superior Tribunal de Justiça, foi parcialmente concedido, no sentido de, oferecer redução máxima da pena, visto que presentes todos os requisitos do §4º, do artigo 33 da lei de drogas, mas sem a possibilidade de conversão em pena restritiva de direito.

Seguindo com a ação, a Defensoria da União sustentou, perante o Supremo Tribunal federal com pedido liminar, que há inconstitucionalidade na restrição imposta pelo artigo 44. Conforme se trata no relatório do voto do Ministro Aires Brito:

“[...] a presunção legal de que o crime de tráfico de drogas, por sua gravidade, exige que se vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não é uma verdade indemonstrável, uma afirmativa que não possa ser refutada pela análise das circunstâncias fáticas nem um postulado que não possa ceder ante as eventuais singularidades do caso.

Pelo contrário, dada a complexidade das sociedades modernas e suas relações é impossível que o legislador preveja toda e qualquer situação a que determinada norma incidirá. Cabe ao judiciário, mediante a reconstrução do caso concreto, indicar qual ou quais das normas válidas – regras e princípios – são adequadas para reger a espécie, operação esta que depende da análise de todos os fatos relevantes para o direito.” (HC 9256/STF).

O pedido liminar foi indeferido, segundo o Ministro “por não entender presentes os respectivos pressupostos”.

No voto, o Ministro Ayres Brito, relator declarou como inconstitucional a vedação da substituição da pena para os crimes de tráfico de drogas.

Esse voto foi baseado no direito à individualização da pena, inafastabilidade do poder judiciário e devido processo legal, garantidos constitucionalmente no artigo 5º.

Primeiramente ele salientou que ainda antes da declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da lei 8072/90 no HC 82.959, que obrigava ao cumprimento de pena em regime fechado nos crimes hediondos e equiparados, já se aplicava a possibilidade da pena alternativa porquanto o momento de sua aplicação é precedente ao momento da fixação de regime. Agora, no mais a aplicação é plenamente possível.

Quanto à aplicação da vedação da lei específica, em análise da sua constitucionalidade, graduou que a constituição, no que tange aos crimes hediondos, já impôs as vedações materiais pertinentes aos crimes tarjados como hediondos e por conseqüência os equiparados, no sentido de lhes conferir tratamento mais severo que aos outros. Mas ainda sim, não faz qualquer menção à restrição de pena alternativa, ou a autorização infralegal de restrição, ao contrário, por exemplo, da

imprescritibilidade do crime de ação de grupos armados contra a ordem do estado democrático, no inciso XLIV, do artigo 5º, CF. Logo atentando para o dever de interpretação restritiva de norma que restringe direito, não há que se fazer diferenciação na fase de passagem para a pena alternativa.

Continuando com o voto do ministro, na mesma ação, ele indica que no inciso XLVI do referido artigo a constituição confere a lei a individualização da pena, ano tocante a; “a) Privação ou restrição de liberdade. b) Perda de bens. c) Multa. d) Prestação social alternativa. e) suspensão ou interdição de direitos.”

Por esse motivo é possível a intercalação de determinações, tanto legais quanto constitucionais, correspondentes a essas matérias, no entanto esse processo de individualização não pode se distanciar da intenção constitucional de proporcionalidade entre a ação do sentenciado e a reação do Estado. Então por isso ele entende impossível a lei retirar do poder do juiz impor a sanção merecida, frente às constantes modificações de cada caso em concreto, para que, se assegure não só a segurança jurídica e a justiça material, mas a razoabilidade.

“Daqui se deduz que a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz se afigurar como expressão de um concreto balanceamento u de uma empírica ponderação (mandado de otimização, diria Ronald Dworkin) de circunstancias objetiva com protagonizações subjetivas do fato-típico. Implicando essa ponderação em concreto – porque não dizer? – a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional.” (HC 97256, STF)

Em seguida sobre esse argumento, entende possível que quanto à individualização da pena, seja possível por lei a cumulação de privativas de liberdade e restritivas de direito, e até maior rigorismo quanto à possibilidade de concessão da substituição “mas lhe é vedado subtrair da instancia julgadora a possibilidade de se movimentar com discricionariedade nos quadrantes da alternativa sancionatória” (HC 97256, STF)

Ainda sobre a análise constitucional, lembra da relevância que é feita a liberdade física das pessoas, e faz uma análise topográfica do rol dos crimes hediondos e das garantias da individualização da pena. Ou seja, entende que, como o inciso da individualização (artigo 5º, XLVI, CF/88) foi disposto posteriormente ao

do rol dos crimes hediondos (artigo 5º, XLIII, CF/88), o intento seria de a individualização abarcar todo e qualquer tipo de pena, e com a abertura da questão pela Constituição, intenciona apenas que se regulem as “condições de aplicabilidade do instituto”. E mais especificamente no tocante ao inciso da individualização da pena, alega o Ministro que a colocação do termo “privação ou restrição da liberdade” primeiro, seguidos dos institutos de menor potencial lesivo a causam justamente a idéia de proporcionalidade e alternatividade. Proporcionalidade entre a conduta e o bem jurídico a ser lesado (já que a regra é a de privação de liberdade), e alternatividade ao alocar também as penas alternativas o caráter retributivo e ressocializador penal que deve ter toda a pena, auferindo como direito individual a individualização da pena nos termos constitucionais, dando ao juiz da causa a capacidade de moldura das possibilidades ao caso concreto.

Quanto ao argumento social da aplicação de pena alternativa ao tráfico salienta a sua capacidade de alternativa menos traumática aos efeitos “estigmatizantes” (nas palavras do Ministro) e onerosos da pena restritiva de liberdade.

Outro argumento interessante é o da disposição do artigo 3º, §4º, alínea c, do Decreto Lei 154 de 26 de julho de 1991, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substancias Psicotrópicas, que abre a oportunidade de medidas diversas em caso de “infrações de caráter menor”.

No entanto o Ministro Joaquim Barbosa em voto vista que foi seguido pela Ministra Carmen Lúcia, e Elen Gracie e Ministro Marco Aurélio, ponderou que a vedação nos crimes de tráfico de drogas, ainda que na modalidade do parágrafo 4º, está de acordo com os ditames da constituição.

Primeiro porque o próprio artigo 44 do Código Penal já faz limitações à aplicação de pena alternativa, e mais, o artigo 2º da lei 8072/90, tolhe mais especificamente, a progressão de regime, em caso de crimes hediondos e, a não ser que eles também sejam declarados inconstitucionais, também são dispositivos aptos a privar da discricionariedade o juiz, “somente naquelas circunstancias específicas na lei é que a substituição será possível”, acentua o Ministro. Prosseguindo, ele exemplifica que em crimes “menos grave” (ele considera por não serem hediondos) como lesão corporal grave, aborto e roubo simples o artigo em questão faz vedação.

Explica o Ministro:

“Considerada a vagueza e abstração das normas constitucionais, o excesso interpretativo, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre a jurisdição constitucional e a democracia representativa, produzindo a inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico elaborado pelo legislador eleito.” (HC 97256)

Em seguida faz menção, para explicar a gravidade do crime de tráfico de drogas, à possibilidade constitucional até da extradição do naturalizado, no caso.

Depois quanto ao artigo 5º, inciso XLVI, entende que só haveria supressão da individualização se fossem retiradas a possibilidade de dosimetria da pena ou peculiaridades na execução e cumprimento dela. A vedação da pena alternativa somente diminui a possibilidade de atuação do juiz, e se assim não fosse, ele raciocina, se confirmaria a possibilidade de trocar por pena alternativa toda a pena em qualquer tipo de crime pela atividade judicial.

O que aconteceria então, por seu voto, é que, o inciso em questão “confere ampla margem de atuação ao legislador penal, determinando que a lei estabeleça normas a serem seguidas pelo juiz na individualização da pena em cada caso concreto” (HC 97256, STF).

A seguir, protesta que:

“no Estado Democrático de Direito, o legislador tem legitimidade constitucional não só para estabelecer limites à atuação do Estado, protegendo o cidadão contra seis excessos, mas, também para estabelecer limites à liberdade humana, como imperativo da vida em sociedade”. (HC 97256, STF, página 15)

Outro motivo para a constitucionalidade da vedação, em seu entendimento, seria que os únicos tipos de pena que se restringe constitucionalmente são os do inciso XLVII, com as devidas exceções, no mais o legislador teve autorização para aplicar penas, e vedações, com discricionariedade, levando em conta, inclusive, para a espécie de pena “a realidade social do país”. E com a inscrição do tipo e suas peculiaridades deve ser respeitado o princípio da reserva legal, ou seja, o juiz não pode aplicar pena sem lei anterior que a defina (lei

penal, infraconstitucional, que faz nascer o tipo), e ainda no caso da discricionariedade ela só existe porque também é conferida por lei.

Seguindo, quanto às limitações trazidas pela constituição, de anistia graça ou indulto, considera que o legislador constitucional teve intenção apenas de explicitar o mínimo que deveria ser restringido pelo ordinário, não havendo impedimento a outras possibilidades, caso contrário, como a constituição só tratou das vedações expressamente em caso de crime hediondo, nos casos de crimes menos grave, a possibilidade de vedação seria mais ampla, o que seria um descondenso.

O Ministro segue o voto completando a argumentação, conferindo a possibilidade de tratamento diferenciado a certos crimes ao poder legislativo, pautado por razões de política criminal e princípios constitucionais, como a proporcionalidade.

Enfim, arremata que na maioria dos crimes hediondos, a pena alternativa já é vedada, pela falta de requisitos do artigo 44, CP, ou de pena e, no caso do tráfico a vedação só confere igualdade aos crimes de mesma espécie, que acontece dada a lesão social causada pelo crime:

“Assim tenho firme convicção de que a vedação à substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas está de acordo com a Constituição e com a realidade social brasileira, não prejudicando uma visão justa, equânime e adequada da pena cabível nesses crimes, de acordo com o caso concreto.”
(HC 97256, STF)

Antes dessas decisões mais expressivas era recorrente o posicionamento da jurisprudência nesse sentido.

O senado na resolução veio para confirmar o posicionamento jurisprudencial, confirmando os argumentos já largamente discutidos, de que o réu tem direito a individualização da pena, constitucionalmente, e o juiz tem o dever de fazê-lo, e essa individualização abarca a aplicação de pena alternativa se presentes os requisitos legais.

A decisão agora em controle difuso abrange a todas as pessoas que se enquadrarem nesse tipo, e as que já estão cumprindo pena, por ser de cunho material penal, que retroage em benefício do réu.

Ainda que o tema seja tormentoso é fato que ainda que o crime de tráfico seja em outros termos equiparado ao hediondo, a medida desafoga o sistema carcerário, já que o tráfico é um dos maiores motivos ensejadores de prisão e tira o pequeno traficante do convívio com os de maior porte, e é claro que a política criminal foi levada em conta nesse sentido para que essa resolução fosse proferida.

8 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por fim analisar o cabimento da pena alternativa para o traficante privilegiado. Primeiramente, foi feita a análise histórica do direito penal e da pena, conforme as suas evoluções constatou-se que no início o direito penal, usava a pena como meio de coibir condutas individuais aplicando a pena como castigo físico, ao passar do tempo a pena foi usada como meio de coerção social.

Conforme houve o desenvolvimento da sociedade, outros meios além dos tradicionais foram sendo necessários para a afirmação do Estado perante a sociedade, aí surge a pena com o fim de educar o delinquente.

Frente aos princípios constitucionais, se percebe passível de implantação a pena alternativa ao traficante em questão, principalmente no tocante a individualização da pena, e proporcionalidade, mas fica a questão da vedação da proteção deficiente dos bens jurídicos, por ele o Estado não pode deixar de punir a conduta, proporcionalmente, para proteger a sociedade.

Quanto a pena alternativa propriamente ditas, foram analisadas brevemente as espécies, o cabimento e as questões doutrinárias mais tradicionais, delas percebeu-se que não há qualquer vedação quanto ao cabimento para o traficante privilegiado em relação ao Código Penal.

Posteriormente foi tratado da Nova lei de Drogas, 11.343/2006, seus princípios norteadores e modo de enfrentamento da questão do tráfico não só como crime mas como questão de saúde pública. Por aí se entende que, por interpretação teleológica, o fim intentado pelo legislador não foi o de punir certos tipos de traficantes, e se houver punição ela deve levar em conta as medidas cabíveis a sua reinserção na sociedade.

No mesmo sentido pode se entender que tem entendido a jurisprudência conforme se vê no *Habeas Corpus* 97256, que resultou na resolução 5/2012. Mas ainda pela análise dos votos da referida ação, existem argumentos contrários ponderáveis a respeito. E por fim se conclui que ainda que atribulada a

questão, é melhor que seja conferido ao juiz a possibilidade de analisando o caso concreto decidir, levando em conta os princípios norteadores do direito penal e as garantias constitucionais, do que deixar a cargo de texto com aplicação generalizada.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000-2011 (2003).

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o Estado em que chegamos**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 29/10/2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Novas penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. BRASIL. Constituição. Constituições do Brasil. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001-2007.

_____. **Execução Penal** 3 11ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CARRARA, Francesco, **Programa de Derecho Criminal**. Tradução Ortega y Guerrero. Bogotá Temis 1979.

CORRÊA, Oscar Dias. **A constituição de 1988 : contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CORTI, Ana Paula. **Estado Novo (1937-1945). A ditadura de Getúlio Vargas**. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/historia-brasil/estado-novo-1937-1945-a-ditadura-de-getulio-vargas.jhtm>. Acesso em 29/10/2012.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova lei de drogas comentada: artigo por artigo à luz da lei n. 11.343/2006**. Leme, SP: Cronus, 2009

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 35ª ed. São Paulo: Saraiva 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 39. ed. Petropolis: Vozes, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12234>>. Acesso em: 26 out.2012.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches e OLIVEIRA, William Terra **de NOVA lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão: Doutrina e Jurisprudência** - 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Doação de sangue como Pena Alternativa. Sou Favorável.** 22/10/2012. Acesso em 26 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.atualidadesdodireito.com.br>.

GONÇALVES, Vitor E. Rios Gonçalves. **Penas Alternativas: lei 9.714 de 25 de novembro de 1998**. 2ª ed. São Paulo: Paloma, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GROWROOM. **Indonésia Anuncia Que Irá Fuzilar Brasileiro Condenado Por Tráfico**. Disponível em: <http://www.growroom.net/board/topic/46415-indonesia-anuncia-que-ira-fuzilar-brasileiro-condenado-por-traffic/>. Posted 22 junho 2012 - 03:19 Usuário Growroom. Acesso em 29/10/2012.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Lei antidrogas anotada: comentários à lei n. 11.343 de 2006**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Penas alternativas : anotações a lei n.9.714, de 25 de novembro de 1998**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri, SP: Manole, 2004.

JUSBRASIL. Disponível em www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca. Acesso em: 29/10/2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão. Alternativas e soluções**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13381>. Acesso em: 27

out. 3912.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2. ed., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

_____. **Tóxicos**: leis n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Israel Ventura. **Tráfico privilegiado e penas alternativas: é possível a conversão?** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em 29/10/2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

MIGALHAS. Disponível em <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 27/11/2012.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

.MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. **Individualização da Pena**. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PLANALTO. www.planalto.gov.br.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. **Estudos de direito penal**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris: ICPC, 2008.

_____. **Direito penal: parte geral**. 4. ed., rev. e ampl. Curitiba: Conceito Editorial: ICPC, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativa à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Carlos Alberto Arruda. **A nova lei de tóxicos comentada: lei nº 10.343 de 23 de agosto de 2006** : doutrina, prática, legislação, jurisprudência.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello BRASIL. **Constituição. Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Boitempo, 2008.

SOUZA, Alexander Araújo de. **Constituição de 1988 - Um Panorama Histórico**. Disponível em <http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art62.html>. Acesso em 27/10/2012.

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

TRINDADE, L. A.. **A Ressocialização...Uma (dis)função da Pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris editor, 2003.

VACCARO, Michele Angelo. Tradução Henrique de Carvalho. **Origem e Funções das Escolas Penais**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.