
**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA CONVERSÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS
NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO**

LINCOLN CÉSAR PIRÃO VRUCK

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA CONVERSÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS
NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO**

LINCOLN CÉSAR PIRÃO VRUCK

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor-Doutor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2012

**INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA CONVERSÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS
NO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Monografia aprovada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

Presidente Prudente, 07 de novembro de 2012.

“Sem sonhos, as perdas se tornam insuportáveis, as pedras do caminho se tornam montanhas, os fracassos se transformam em golpes fatais. Mas, se você tiver grandes sonhos... seus erros produzirão crescimento, seus desafios produzirão oportunidades, seus medos produzirão coragem.”

Augusto Cury

Aos meus pais, por me apoiarem sempre nos momentos em que eu mais precisei.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, que sempre me incentivou a buscar o conhecimento, e nos momentos em que eu mais precisei, me amparou, e me mostrou o caminho certo a seguir.

Ao meu pai, que sempre me ensinou boas maneiras, e me chamou a atenção nos momentos em que era necessário.

A minha irmã, que sempre acreditou na minha capacidade.

A minha namorada, por ser a pessoa mais companheira e paciente desse mundo.

Ao amigo Rogério, que me indicou o tema para este trabalho.

Aos amigos Edison e Luciano, que despertaram em mim o gosto pelo Direito.

Aos amigos em geral, por sempre terem acreditado na minha capacidade.

Ao meu orientador, Professor Marcus Vinícius Feltrin Aquotti, pela paciência e pelo carinho dedicado até hoje.

À banca examinadora, pela disposição gentil de seu tempo.

E principalmente, a Deus, por me dar a oportunidade de conquistar tudo que conquistei até hoje.

RESUMO

O presente trabalho trata do crime de tráfico privilegiado, sendo essa uma das principais inovações trazidas pelo legislador quando da introdução da Lei n° 11.343/06, no ordenamento jurídico brasileiro. Neste crime, o indivíduo primário, com bons antecedentes, e que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, tem direito a redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Com tal redução, a pena do indivíduo pode chegar a 1 (um) ano e 8 (oito) meses, levando em consideração a pena mínima cominada para o crime de tráfico que é de 5 (cinco) anos. No entanto, o legislador pátrio entendeu por bem proibir a conversão a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o indivíduo fosse beneficiado com tal redução de pena. Começaram a surgir rumores na doutrina e na jurisprudência sobre a inconstitucionalidade da vedação, com fundamento na individualização judicial da pena. Foi então que o Supremo Tribunal Federal julgando o Habeas Corpus 97.256 do Rio Grande do Sul, declarou a vedação do artigo 33, § 4, in fine, e artigo 44, caput, in fine, ambos da nova Lei de Drogas, inconstitucionais. Posto isso, o Senado Federal, editou a Resolução n° 05/2012, suspendendo a eficácia da norma, permitindo assim, que os indivíduos que, no caso concreto, tivessem praticado o crime de tráfico privilegiado, e preenchessem os requisitos para conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, passariam então a ter esse direito a tal benefício. Trata-se exclusivamente de questão de política criminal, onde o Senado Federal, achou por bem, analisando estatísticas de reabilitação, adotar uma política criminal de penas restritivas de direito para o crime de tráfico, uma vez que, a taxa de reincidência para os indivíduos que cumprem penas restritivas é bem menor do que a dos indivíduos que cumpre penas privativas de liberdade.

Palavras-chave: Individualização da pena. Pena restritiva de direitos. Tráfico privilegiado. Resolução n° 05/2012 do Senado Federal. Política criminal.

ABSTRACT

This paper treats about the privileged trafficking crime which is one of the innovations of the Brazilian Law n. 11.343/06. In this crime the first offender with clean background who is not involved with illegal activities and is not part of a criminal organization has the right to have the sentence reduced from a sixth to two-thirds. Considering the minimum penalty for this crime and by applying the sentence reduction it can get in a year and eight months. However, the legislator understands that when the offender had the sentence reduction benefit it was not possible to convert the custodial sentence by restrictive rights sentence. New ideas from doctrine and jurisprudence started to crop up defending that the prohibition was unconstitutional because it violates the sentence's individualization principle. The Supreme Court adjudicated that the prohibition aforesaid was unconstitutional. This decision was established on the judgment of the Habeas Corpus n. 97.256 /RS, which has withheld the article n. 33, par.3 and article 44 "caput", "in fine" all from the Drugs Law. Observing the Supreme Court decision, the Senate enacted the Resolution n. 05/2012 suspending the effectiveness of the norm. Therefore if the offender has committed the privileged trafficking crime but fill the requirements for the sentence conversion it will have the right to this benefit. It is a discussion exclusively about criminal policy. The Federal Senate analyzed the rehabilitation statistics and because of this decided to allow just restrictive rights sentence since the rate of recidivism to the offenders that comply with this kind of sentence is smaller than the offenders that comply with custodial sentence.

Keywords: Sentence's individualization. Restrictive rights sentence. Privileged trafficking crime. Federal Senate resolution n. 05/2012. Criminal policy.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	10
2- DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	12
2.1- Da finalidade.....	13
2.2- Da correlação com os demais princípios na aplicação da pena	13
2.2.1- Do princípio da legalidade	13
2.2.2- Do princípio da proporcionalidade	14
2.3- Do conceito de crime	14
2.4- Da pena	15
2.4.1- Do panorama histórico da pena.....	16
2.4.2- Das teorias e finalidades da pena.....	17
2.4.2.1- Da teoria absoluta e finalidade retributiva.....	18
2.4.2.2- Da teoria relativa e finalidades preventivas	18
2.4.2.3- Da teoria mista e dupla finalidade: retribuição e prevenção	19
2.4.3- Dos fundamentos da pena.....	19
2.5- Das espécies de penas.....	20
3- DA APLICAÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA.....	21
3.1- Dos critérios para aplicação da pena.....	21
3.2- Das elementares e circunstâncias	22
3.2.1- Das agravantes e atenuantes.....	23
3.2.2- Das causas de aumento e de diminuição	23
3.2.3- Das qualificadoras e privilégios	24
3.3- Da fixação da pena base	24
3.4- Da aplicação das agravantes e atenuantes	27
3.4.1- Das agravantes genéricas em espécie.....	28
3.4.2- Das atenuantes genéricas em espécie.....	35
3.4.3- Do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas	38
3.5- Das causas de aumento e diminuição de pena	38
3.6- Das penas restritivas de direito.....	39
3.7- Do Regime do cumprimento de Pena	40

3.8- Da suspensão condicional da pena (sursis)	41
4- DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	42
4.1- Da duração das penas restritivas de direitos	42
4.2- Dos requisitos para a substituição	43
4.3- Do momento da substituição.....	44
4.4- Da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos .	44
4.5- Da reconversão obrigatória e facultativa da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade	45
4.6- Das penas restritivas de direitos em espécie.....	45
4.6.1- Da Prestação pecuniária	46
4.6.2- Da perda de bens e valores.....	47
4.6.3- Da prestação de serviços à comunidade	47
4.6.3.1- Da execução da pena de prestação de serviços à comunidade.....	49
4.6.4- Da interdição temporária de direitos	49
4.6.4.1- Da proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como o mandato eletivo.....	50
4.6.4.2- Da proibição de exercício profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, licença ou autorização do poder público.....	50
4.6.4.3- Da suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo	51
4.6.4.4- Da proibição de frequentar determinados lugares.....	51
4.6.5- Da limitação de fim de semana	52
4.6.6- Da multa substitutiva	53
5- DO TRÁFICO DE DROGAS	54
5.1- Do crime de tráfico de drogas	55
5.2- Do tráfico Privilegiado	56
5.2.1- Da retroatividade da causa especial de diminuição de pena.....	58
5.3- Da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, antes da Resolução n° 5/2012 do Senado Federal.....	60
5.4- Do julgamento do Habeas Corpus n° 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal.....	63
5.5- Da Suspensão da norma pelo Senado Federal no controle difuso	68

5.5.1- Do controle difuso.....	69
5.5.2- Da política Criminal.....	71
6- CONCLUSÃO	73
7- BIBLIOGRAFIA	76

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar a possibilidade da conversão ou não da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, trazido pela Lei 11.343/06, uma vez que a referida lei trouxe vedação expressa a essa possibilidade nos artigos 33, § 4, e 44.

Foi escolhido o tema em análise, para que se possa demonstrar que o legislador não pode restringir direitos que na prática podem ser concedidos pelos magistrados quando da aplicação da pena no caso em concreto, devendo respeitar o princípio da individualização judicial da pena quando da edição das leis.

O objeto de estudo nesta monografia, especificamente, tende a demonstrar a inconstitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado. Já o objetivo geral, tenta explicitar institutos do direito penal, principalmente a individualização da pena judicial, demonstrando que esta se relaciona com diversos outros institutos, para assim formar um direito material seguro.

No segundo capítulo, aborda-se o princípio da individualização da pena, sua correlação com os demais princípios, conceituando crime e pena, trazendo um panorama histórico das penas, e revelando as espécies de penas.

Em seguida, no terceiro capítulo, é tratada a aplicação da individualização da pena, seus critérios, a fixação da pena, possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, e ainda, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

No quarto capítulo, enfatizou-se sobre as penas restritivas de direitos, sua duração, requisitos, espécies e aplicabilidade.

E por fim, no quinto capítulo, foi abordado o tema do tráfico de drogas, relacionando o crime de tráfico privilegiado com a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos neste crime, e ainda, ligando-o ao julgamento do HC 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal e a Resolução n° 05/2012 do Senado Federal, com políticas criminais.

No desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas principalmente as seguintes referências bibliográficas: Guilherme de Souza Nucci, Cleber Masson, Damásio de Jesus, Rogério Greco, Francisco Assis de Toledo,

Rodrigo Mendes Delgado, Luiz Flávio Gomes, Luiz Regis Prado, Andrey Borges de Mendonça; Paulo Roberto Galvão de Carvalho.

Foi utilizado neste trabalho o método indutivo, uma vez que parte de um caso particular no julgamento do 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal, que tem efeito entre as partes, para o geral, através da suspensão da norma pelo Senado, atribuindo efeito erga omnes.

Subsidiariamente foi utilizado o método histórico, para demonstrar a evolução das penas, e ainda, a evolução das medidas de combate ao tráfico de drogas.

Foi utilizada por fim como técnica de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2- DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Primeiramente deve-se conceituar a palavra individualizar, que nada mais é do que particularizar algo ou alguém, e neste caso, diferenciando-se assim, cada coisa, cada pessoa.

A individualização da pena é garantida constitucionalmente no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal brasileira.

A individualização da pena então, é a particularização da pena para com o fato ou crime cometido por certo indivíduo, evitando que assim haja uma mecanização na aplicação da pena, ou seja, não se pode admitir que as penas sejam aplicadas para fatos abstratos, devendo, cada fato ser analisado concretamente, assim como o indivíduo que praticou o ato, e depois analisando os critérios para aplicação da pena, individualizar no caso concreto a pena do indivíduo, mesmo nos casos de crimes praticados por mais de um indivíduo.

Guilherme de Souza Nucci discorre da seguinte forma sobre o conceito de tal princípio (2007, pag. 30):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores, ou mesmo co-réus.

A individualização da pena pode ser tratada sobre três aspectos: legislativo, judicial e administrativo. No âmbito legislativo, a individualização da pena é cumprida quando da criação dos tipos penais e estabelecendo formas de aplicação da lei penal. Com relação a individualização judicial, esta é cumprida pelo juiz na aplicação da lei penal. E por fim, a individualização administrativa é cumprida durante a execução da pena. Devendo ser cumprida pelo Estado, nas penitenciárias ou sistemas alternativos.

Paulo S. Xavier de Souza, define a individualização judicial da pena da seguinte forma (2006, pag. 67):

Consiste na atividade onde o juiz ou o Tribunal, na sentença penal condenatória, aplica uma ou mais penas cominadas em abstrato pelo tipo penal, dentro dos marcos mínimo e máximo fixados, atendendo às

condições, às circunstâncias e às peculiaridades do delito e de seu autor, visando à reprobção e à prevenção de novos crimes.

O presente trabalho irá tratar da individualização judicial da pena.

2.1- Da finalidade

O Princípio da individualização da pena tem como finalidade, sendo essa também a sua principal importância, a fuga da mecanização na aplicação da pena, impedindo que a pena seja aplicada abstratamente para casos semelhantes. Logo, há a necessidade da pessoa do juiz, na análise do caso concreto, aplicando a lei penal, e analisando o indivíduo que praticou o delito e o fato praticado por ele, para só depois aplicar a pena em concreto.

2.2- Da correlação com os demais princípios na aplicação da pena

Trata da relação entre o princípio da individualização judicial da pena e os demais princípios existentes no ordenamento jurídico.

2.2.1- Do princípio da legalidade

Esse princípio constitucional trazido pelo artigo 5, XXXIX, da CF, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”, tem o objetivo de evitar abusos de quem quer que seja na aplicação da pena, pois esta deverá obedecer a critérios fixados em lei.

Portanto, para que haja individualização da pena, primeiro esta tem que estar disposta em lei, e posteriormente, para a sua fixação no caso em concreto o juiz deve obedecer a critérios estabelecidos em lei.

2.2.2- Do princípio da proporcionalidade

Guilherme de Souza Nucci (2007, pag. 37), diz que “proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais”.

O Direito Penal é caracterizado por ser subsidiário, ou seja, só haverá intervenção do mesmo em último caso, quando não possível solucionar o conflito por nenhuma outra área do Direito, deve-se então ser resolvido através do Direito Penal. Trata-se do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Logo, não seria razoável, sendo um Direito de intervenção mínima, prescrever penas exageradas para crimes leves e penas leves para crimes graves.

A tarefa do legislador então deve ser a de utilizando o princípio da proporcionalidade, criar tipos penais, com penas proporcionais aos delitos praticados. A individualização da pena liga-se com o princípio da proporcionalidade, onde na criação do tipo penal devem ser observados pelo legislador, critérios proporcionais, para fixação do quantum mínimo e máximo da pena em abstrato, em relação ao delito praticado.

2.3- Do conceito de crime

O conceito de crime pode ser dado sob três aspectos: material, formal e analítico.

No que diz respeito ao aspecto material, crime é toda ação ou omissão humana, que lesa ou expõe a perigo de lesão, bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Já com relação ao aspecto legal, o legislador é quem fornece o conceito de crime. A Lei de Introdução ao Código Penal dispõe que: “considera-se crime a infração a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”

E por fim o critério analítico, leva em consideração os elementos que compõem a estrutura do crime. Para os adeptos da teoria bipartida, crime será

composto por um fato típico e ilícito, retirando a culpabilidade do conceito de crime, pois entendem que esta é pressuposto para aplicação da pena. Já para os seguidores da teoria tripartida, crime será toda conduta típica, ilícita e culpável.

Desta maneira, ensina E. Magalhães Noronha (2009, pag. 94):

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como ação típica, antijurídica e culpável.

Há ainda quem adote a posição quadripartida, onde crime é toda ação ou omissão típica, ilícita, culpável e ainda devendo ser punível.

2.4- Da pena

Pena é a resposta estatal, utilizando-se do devido processo legal, contra o autor de determinada infração penal, como forma de retribuir a este o delito praticado, e ainda, de prevenir que este venha cometer novos delitos.

Damásio de Jesus define pena da seguinte forma (2003, pag. 519):

Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

No Brasil, são vedadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

2.4.1- Do panorama histórico da pena

O homem nos primórdios da humanidade, quando ainda era um primata, podia fazer aquilo que quisesse, e aquilo que bem entendesse, que não era punido. O que podia acontecer no mais das vezes, era a vingança privada.

A partir do momento em que passou a viver em sociedade, limitações a sua maneira de ser e agir foram sendo agregadas ao seu dia a dia.

Em um primeiro momento, o homem ainda acreditava em poderes sobrenaturais, nos deuses, e acreditava-se que havendo a punição, os deuses estariam assim satisfeitos.

Em um segundo momento, surgiu a vingança privada, onde cada um fazia a sua justiça, o homem fazia aqui justiça por suas próprias mãos. No entanto, essa justiça privada, gerava uma reação, que por sua vez gerava outra reação, gerando conseqüentemente um círculo vicioso sem fim.

A partir do momento em que surgiram os chefes das tribos, foi sumindo aos poucos a justiça privada, e criando a vingança pública. Foi nessa época que surgiram as Leis de Talião, entendendo que o dano causado, deve ser da mesma forma retribuído a quem lhe causou, surgiu então a famosa frase “olho por olho, dente por dente”.

Os povos romanos criadores de importantes teorias do direito, tiveram diversas fases do direito penal. Primeiramente havia o poder familiar denominado “pater familias”. Com o surgimento do reinado, houve a predominância da vingança pública, onde se acreditava que a pena era sacra. Já na república, havia predominância das leis de talião e havia ainda a composição. A Lei das XII Tábuas, no período do Império, trouxe grande avanço ao direito, pois igualou o alcance da pena para todos.

Os povos germânicos, grandes propulsores do direito, tinham como principal característica a vingança privada e a composição, com a existência em um momento posterior das chamadas ordálias ou os chamados juízos de Deus, submetendo as pessoas a testes de culpa, que na maioria das vezes levavam estas a morte, e caso essas sobrevivessem seriam inocentes.

Já com relação ao Direito Canônico, este sempre utilizou a pena como uma coisa sagrada, suas penas eram rigorosas, e tinham o intuito de regenerar o indivíduo.

Neste contexto, surge o livro *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marques de Beccaria, sendo este livro um divisor de águas para tudo que o homem pensava e aplicava com relação as penas. Ele trouxe a ideia de proporcionalidade entre o mal causado e a pena a ser aplicada pela causação desse mal. Trouxe a ideia ainda, de humanidade da pena, da extinção da pena de morte e das penas cruéis.

Com o Iluminismo, a pena se modernizou, e o homem passou a estudá-las de forma racional. Nesta época ainda, os iluministas criaram a Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Durante todos esses anos até os dias atuais diversas teorias sobre as penas foram criadas, destacando-se a teoria de caráter retributivo da pena e a teoria de caráter preventivo da pena. E ainda cabe destacar os pensamentos de Lombroso, que sustentava que o ser humano poderia nascer predestinado a cometer crimes, e seu discípulo Ferri, que entendia que o ser humano podia ser influenciado pelo ambiente em que vivia, podendo assim, vir a cometer crimes.

Diante desse contexto, a diversidade de crimes e a reincidência só aumentaram, deixando a pena de cumprir sua função.

O ser humano cada vez mais se vê diante de um problema, no qual até hoje não se conseguiu a solução, seria melhor aplicar ou deixar de aplicar penas. Claro que a pena é um mal necessário, diante da gigantesca população mundial, e diante da diversidade de crimes existentes, e ainda, da gravidade desses crimes. Mas, é crescente a aplicação de medidas alternativas para crimes de menor gravidade, e também para os crimes de bagatela.

2.4.2- Das teorias e finalidades da pena

Tais teorias tratam da finalidade na aplicação da pena, e decorrem de uma evolução histórica, para chegar ao modelo de aplicação de penas que temos atualmente.

2.4.2.1- Da teoria absoluta e finalidade retributiva

Esta teoria traz o conceito de que pena nada mais é do que uma vingança do Estado contra o indivíduo que praticou a conduta criminosa. Aqui o Estado tem o dever de retribuir ao criminoso o mal que ele causou. Não tem uma finalidade prática, ou seja, não tenta reintegrar o criminoso a sociedade.

2.4.2.2- Da teoria relativa e finalidades preventivas

Para esta corrente, a pena tem como finalidade a prevenção de práticas de novas infrações penais. Não leva em consideração a aplicação de um castigo para o infrator.

Dividem-se em prevenção geral e prevenção especial, e estas, dividem-se em outras duas respectivamente.

A prevenção geral, busca diminuir e evitar, e ainda controlar a violência, dividindo-se em: a) prevenção geral negativa: tenta demonstrar a imperatividade da pena, intimidando toda a sociedade destinatária da norma penal; b) prevenção geral positiva: demonstra para a sociedade a existência, validade e eficiência, e ainda a força do Direito Penal.

A prevenção especial esta ligada ao condenado, e se divide em: a) prevenção especial negativa: tem por finalidade evitar o cometimento de novos crimes pelo condenado, ou seja, evitar a reincidência do mesmo; b) prevenção especial positiva: esta ligada a ressocialização e reintegração social do indivíduo condenado, para que após o cumprimento de sua reprimenda, possa retornar ao convívio em sociedade, e possa respeitar os valores impostos por esta.

2.4.2.3- Da teoria mista e dupla finalidade: retribuição e prevenção

Esta teoria traz o entendimento que a pena deve, ao mesmo tempo, dar um castigo ao infrator da lei penal por ter praticado uma conduta criminosa, mas também deve assumir um caráter de prevenção com relação ao criminoso e a sociedade. Para esta teoria, as penas têm funções múltiplas, onde ao mesmo tempo ela retribui o caráter de sua conduta ao criminoso, mas traz também a prevenção, tanto geral como especial, prevenindo que este venha praticar novos delitos e ao mesmo tempo, reintegrando o sujeito à sociedade.

2.4.3- Dos fundamentos da pena

São seis os principais fundamentos da pena, utilizados pela doutrina clássica segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, pag. 58): retribuição, reparação, reabilitação, incapacitação, dissuasão e denúncia.

A retribuição traz a ideia de que o condenado deve receber uma pena de acordo com a conduta que foi praticada por ele, ou seja, a pena deve ser proporcional a conduta praticada.

Já a reparação consiste em trazer alguma recompensa para a vítima que sofreu a conduta do criminoso.

A reabilitação tenta reeducar o indivíduo que infringiu a lei penal.

No caso da incapacitação, este fundamento da pena se embasa na provação da liberdade do indivíduo, para a proteção da sociedade em geral.

A dissuasão traz a ideia de convencer a sociedade em geral a não cometer crimes, e ainda de convencer o próprio criminoso a não reincidir.

Por fim, a denúncia consiste na desaprovação da sociedade a pratica da conduta criminosa do autor do delito.

2.5- Das espécies de penas

São cinco as espécies de penas, no entanto, o Código Penal só adotou as três primeiras:

a) Pena privativa de liberdade: retira do condenado sua liberdade de locomoção, aprisionando-o por determinado tempo.

b) Pena restritiva de direitos: tem o caráter de limitar um ou mais direitos do sentenciado, substituindo a pena privativa de liberdade.

c) Pena de multa: é uma pena pecuniária, recaindo sobre o patrimônio do condenado.

d) Pena restritiva de liberdade: retira do condenado a sua liberdade de locomoção sem lhe submeter à prisão.

e) Pena corporal: essas espécies de penas são vedadas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII, pois violam a integridade física do sentenciado.

3- DA APLICAÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

Trata-se de ato discricionário juridicamente vinculado. O juiz deve obedecer regras e parâmetros estabelecidos pela lei penal.

No que diz respeito a aplicação da pena, Guilherme de Souza Nucci, entende que (2007, pag. 146):

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando a suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares previamente estabelecidos pela lei.

A aplicação da pena tem como pressuposto a culpabilidade do agente ofensor, sendo a culpabilidade constituída pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

O magistrado valendo-se do princípio do livre convencimento motivado, pode fixar um mínimo ou um máximo para a pena, devendo esta ser proporcional ao delito praticado, mas por ser a aplicação da pena um ato discricionário juridicamente vinculado, deve o juiz quando da aplicação da sentença em concreto, motivar sua decisão, pois assim exige a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX.

3.1- Dos critérios para aplicação da pena

Há dois tipos de critérios para aplicação da pena, um critério bifásico e um critério trifásico.

O critério bifásico adota a tese de que na primeira fase de aplicação da pena o juiz deve fazer o cálculo da pena levando-se em conta as circunstâncias judiciais e as atenuantes genéricas e agravantes genéricas. Já na segunda fase, ele deveria levar em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena.

Já o critério trifásico, adota a tese de que o juiz na primeira fase deve fixar a pena base levando em consideração apenas às circunstâncias judiciais. Posto isso, deve-se pegar a pena base e aplicar as atenuantes e agravantes, e por

fim, com a pena obtida na segunda fase, aplicar as causas de aumento e de diminuição de pena.

O Código Penal brasileiro adotou o critério trifásico em seu artigo 68. No entanto, no que diz respeito a pena de multa o critério adotado pelo mesmo código é bifásico, escolhido assim pelo artigo 49, caput e § 1.

3.2- Das elementares e circunstâncias

Elementares são todos os fatores que integram o tipo fundamental, compondo a estrutura da figura típica descrita pelo legislador.

Já as circunstâncias, servem para aumentar ou diminuir a quantidade da reprimenda, através de dados que se agregam ao tipo fundamental.

Cleber Masson traz a distinção entre elementares e circunstâncias (2009, pag. 586):

A forma mais segura para distinguir se determinado fato previsto em lei constitui-se em elementar ou circunstância se faz pelo critério da exclusão. Se a sua retirada resultar atipicidade do fato ou na desclassificação para outro delito, trata-se de elementar. Mas se subsistir o mesmo crime, alterando-se somente a quantidade de pena, cuida-se de circunstância.

As circunstâncias se dividem em judiciais e legais.

As circunstâncias judiciais são aquelas elencadas pelo artigo 59, do Código Penal, relacionadas ao crime de modo objetivo e subjetivo. Elas têm natureza residual, pois somente irão incidir quando não forem circunstâncias legais.

Já as circunstâncias legais, estão previstas no Código Penal e na Legislação especial, sendo suas espécies as qualificadoras, as agravantes e atenuantes e ainda as causas de aumento e diminuição de pena.

3.2.1- Das agravantes e atenuantes

As agravantes são circunstâncias legais, que podem ser aplicadas a qualquer crime, por isso o motivo de serem genéricas, não podendo apenas ser elemento fundamental do tipo ou qualificadora, para que assim não esteja configurado o bis in idem, ou seja, a dupla apenação para um mesmo fato ou conduta praticada pelo condenado. Estas estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal Pátrio.

As atenuantes são circunstâncias legais, que também podem ser aplicadas a qualquer delito, também são genéricas por esse motivo, e diminuem assim o juízo de censura. Estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal.

As atenuantes e agravantes, depois de sua aplicação, não podem elevar a pena acima da máxima cominada, e nem podem diminuir abaixo da pena mínima em abstrato, respectivamente.

3.2.2- Das causas de aumento e de diminuição

As causas de aumento de pena são circunstâncias legais específicas, e assim são chamadas, pois obrigam o juiz a elevar a pena em quantidades que são estabelecidas pela lei, podendo essas elevações serem fixas ou variáveis.

As causas de diminuição também são circunstâncias legais e específicas, e assim como as causas de aumento são de aplicação obrigatória pelo juiz, no entanto, diminuem a pena em quantidades estabelecidas pelo legislador, podendo ser fixas ou variáveis.

Ao contrário das agravantes e atenuantes, as causas de aumento e de diminuição de pena, podem elevar ou diminuir a mesma aquém dos patamares máximos e mínimos em abstrato estipulados pelo legislador.

3.2.3- Das qualificadoras e privilégios

As qualificadoras são circunstâncias legais específicas, que ligadas ao tipo penal podem elevar as penas, aumentando ao mesmo tempo os patamares mínimo e máximo previstos pelo legislador para aquele crime.

Luiz Regis Prado define as qualificadoras da seguinte forma (2006, pag.518):

As qualificadoras são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal. As qualificadoras não se confundem com as circunstâncias agravantes. Estas se encontram na Parte Geral do Código Penal e não estipulam o quantum do aumento, que fica a critério do prudente arbítrio judicial; as circunstâncias qualificadoras, ao contrário, modificam as margens penais previstas no tipo básico.

Os privilégios também são circunstâncias legais específicas, e ao contrário das qualificadoras, uma vez ligados ao tipo penal fundamental, provocam a diminuição dos patamares mínimo e máximo cominados pela lei penal para cada delito.

Havendo mais do que uma qualificadora, o juiz pode utilizar uma como qualificadora aumentando o mínimo e o máximo da pena cominada, e utilizar a outra nas circunstâncias legais genéricas ou agravantes, estabelecidas pelo legislador. E ainda, não constando a qualificadora no rol das agravantes genéricas, poderá o juiz acrescentá-la como uma circunstância judicial.

3.3- Da fixação da pena base

Na primeira fase da aplicação da pena, na fixação da pena base, o juiz irá analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código repressor pátrio. Essas circunstâncias são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e o comportamento da vítima.

A culpabilidade aqui é um elemento genérico e não mais um elemento do crime. A culpabilidade neste caso deve ser analisada pelo juiz como o grau de reprovabilidade da sociedade para com o autor do crime e a conduta praticada por ele, fazendo um juízo de valor objetivo e subjetivo, valendo-se de experiências de vida e de seus conhecimentos pessoais, bem como sua intuição e sensibilidade.

Ainda com relação à culpabilidade, Nucci (2007, pag.174), costuma dizer que:

Culpabilidade é a soma de todas as outras circunstâncias, ou seja, antecedentes, mais conduta social, mais personalidade do agente, mais motivos do crime, mais circunstâncias do delito, mais consequências do crime, mais comportamento da vítima, que é igual culpabilidade maior ou menor.

Com relação ao restante das circunstâncias, estas se dividem em subjetivas que envolvem fatores psicológicos, sociais, econômicos, e aquelas relacionadas ao fato ou objetivas.

Os antecedentes são circunstâncias subjetivas, e tratam-se de todos os dados da vida pregressa do acusado com relação à esfera penal. Podem esses antecedentes serem bons ou ruins, devendo estar relacionados em uma folha de antecedentes. Os que não estiverem relacionados nesta folha podem ser analisados quando da análise da conduta social.

Com relação a reincidência, um fato não pode ser considerado como circunstância judicial por motivo de maus antecedentes e depois ser considerado para reincidência, pois estaria evidenciado assim, claro bis in idem, apenando duas vezes o condenado pelo mesmo fato.

Cleber Masson (2009, pag.594), explica que o STF entende que todos os inquéritos policiais e processos relacionados na folha de antecedentes, caracterizam maus antecedentes, mesmo não havendo trânsito em julgado dos mesmos. Já o STJ, entende que como ainda não há sentença imutável, estes inquéritos e processos não podem ser tidos como maus antecedentes, fundamentando seu entendimento no princípio da presunção de inocência.

No que trata da conduta social do agente, esta é uma circunstância judicial subjetiva, que diz respeito ao modo de vida do agente, sua relação e atitudes com a família, no trabalho, na escola, amigos e vizinhos. Deve aqui ainda, ser analisada a situação social e econômica do agente, pois no mundo globalizado e

cheio de injustiças sociais, estes fatores são os que mais influenciam os jovens, e não somente eles, ao cometimento de crimes.

A personalidade do agente é uma circunstância judicial subjetiva, que nada mais é do que o perfil do réu, sendo analisado aqui se este tem um caráter voltado a condutas criminosas. Deve ser feito aqui uma análise de do meio em que o indivíduo nasceu e foi criado, e ainda o meio onde vive atualmente. É notório e sabido que o ambiente em que uma pessoa vive pode muito bem influenciar em sua formação psicológica e moral.

Os motivos do crime tratam-se de circunstâncias judiciais subjetivas, sendo os fatores psicológicos que levaram o agente a praticar tal conduta. Não pode aqui, mais uma vez, a circunstância judicial ser utilizada como tal pelo juiz, e posteriormente ser utilizada como agravante ou causa de aumento de pena, nem como qualificadora, pois estaria configurado evidente bis in idem. Não se confundem os motivos do crime, que revelam desejos do agente, sendo estes mutáveis, com o dolo, que é caracterizado pela vontade consciente de cometer a conduta, ou a culpa que é a vontade consciente de praticar certa conduta arriscada, não sendo observado o dever objetivo de cuidado, que pode gerar um dano involuntário, embora previsível, mas que não era querido pelo autor.

As circunstâncias do fato criminoso é um critério específico referente ao fato, sendo elementos acidentais e secundários, que não fazem parte da estrutura do tipo fundamental.

As consequências do fato criminoso também é critério específico referente ao fato, e diz respeito ao mal causado pela conduta que o agente praticou. Trata-se aqui do exaurimento do crime, do pós-fato, ou seja, o mal causado a vítima, aos seus familiares e a toda coletividade.

Por fim, o comportamento da vítima também é um critério específico referente ao fato, que esta relacionado a atitude ou conduta da vítima, pois pode ele ter provocado ou facilitado o crime. Esta circunstância esta ligada a vitimologia, que estuda a participação da vítima no crime, e os males produzidos a ela por uma conduta criminosa.

3.4- Da aplicação das agravantes e atenuantes

Tratam-se de circunstâncias legais, que não fazem parte do tipo fundamental, sendo objetivas ou subjetivas, mas que se agregam a ele para que a pena possa ser aumentada ou diminuída.

As agravantes genéricas estão dispostas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, sendo esse rol taxativo, ou seja, não é admitida a aplicação analógica de nenhuma outra hipótese, e muito menos utilização de analogia in malam partem.

Já as atenuantes genéricas estão dispostas no artigo 65, do Código Penal, sendo esse rol exemplificativo, pois o artigo 66, do mesmo código, dispõe que se houver circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não prevista expressamente, a pena deverá ser atenuada.

Não se pode esquecer que tanto as agravantes, como as atenuantes, são de aplicação obrigatória pelo juiz, e este não pode deixar de levar estas em consideração. No entanto, a aplicação destas, será de pouca valia quando a pena-base for fixada no nível máximo pelo juiz na primeira fase de aplicação da pena, pois na segunda fase de aplicação da pena o quantum não pode ultrapassar os limites máximo e mínimo estipulados pelo legislador na pena em abstrato.

Na prática forense tem-se entendido, que deve ser aplicado o aumento ou a diminuição de 1/6 sobre a pena-base, por este ser o menor índice estipulado pela lei penal.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar o RVC 215717520118070000 DF 0021571-75.2011.807.0000 (2011, TJ-DF):

EMBORA A LEI NÃO ESTABELEÇA O QUANTUM DO AUMENTO PELAS AGRAVANTES, A PRAXE JUDICIÁRIA TEM CONSAGRADO A EXACERBAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) PARA O AGENTE QUE POSSUI APENAS UMA CONDENAÇÃO, E AUMENTOS MAIORES PARA AQUELE COM VÁRIAS OUTRAS, A SEREM GRADUADOS PROPORCIONALMENTE AO NÚMERO DE CONDENAÇÕES NOTICIADAS NOS AUTOS.

A lei para este caso não estabeleceu o quantum a ser aumentado ou diminuído no caso das agravantes e atenuantes genéricas, devendo-se o aplicador do direito valer-se da praxe jurídica utilizada atualmente, ou seja, aumentar ou

diminuir a pena em 1/6. No entanto, nada impede que o magistrado aplique outra fração para aumentar ou diminuir a pena.

3.4.1- Das agravantes genéricas em espécie

a) Reincidência

O conceito de reincidência está disposto no artigo 63, do Código Penal: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Trata-se de agravante genérica de caráter subjetivo, pois se relaciona com a pessoa do agente.

Damásio E. de Jesus (2003, pag. 564), conceituando o instituto diz que “reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato”.

Pode ser extraído assim que, o indivíduo deve ter praticado um crime anterior, sendo esse crime pressuposto da reincidência, e ainda, deve este crime ter sido praticado no Brasil ou no exterior com pena já transitado em julgado, e depois dessa condenação praticar um novo delito.

Se os delitos forem praticados em uma mesma ocasião, e ainda forem julgados em uma mesma sentença, não há o que se falar em reincidência.

E ainda, não há necessidade de homologação de sentença estrangeira para a caracterização da reincidência, bastando que seja provado no âmbito judicial que esta sentença transitou em julgado, entendimento esse extraído do artigo 9º do Código Penal Pátrio.

Cabe expor primeiramente que o reincidente não é punido duas vezes, eliminando assim qualquer hipótese de bis in idem. O que ocorre na verdade é que ele é punido por um crime anterior, sendo esse o pressuposto da reincidência, e com a prática de um novo delito, será punido novamente, dessa vez com pena agravada, tratando-se de punição mais rigorosa para aquele que não se sentiu intimidado com a punição do Estado.

Analisando o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais, extrai-se que a condenação por contravenção penal no estrangeiro não gera reincidência no Brasil, pois o referido artigo só fala em contravenção praticada aqui. E ainda, no caso de

prática de contravenção penal e posteriormente um crime, não há o que se falar em reincidência, pois o legislador deixou uma “brecha”, não incluindo no artigo em tela, a hipótese de prática de uma contravenção e posteriormente um crime, gerando assim a reincidência do acusado. Disse apenas que seria reincidente aquele que praticasse uma contravenção, depois de já ter praticado um crime ou uma contravenção com sentença transitada em julgado, não incluindo a hipótese de prática de um crime e posteriormente uma contravenção. Esse também foi o tratamento dado pelo artigo 63, do Código Penal, que só fala em crime para a caracterização da reincidência.

Mas assim como as penas, a reincidência não pode ser eterna, e andou bem o legislador ao adotar o sistema da temporariedade, onde a reincidência dura por um período de cinco anos, sendo esse período chamado de depurador.

O legislador previu no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que a condenação anterior não prevalece para efeitos de reincidência, depois de decorridos o prazo de 5 (cinco) anos da data de cumprimento ou extinção pena, computando ainda os períodos de prova do sursis e do livramento condicional, se não forem revogados. Esse prazo deve ser computado da data em que a pena foi efetivamente extinta ou cumprida, e não da sentença judicial que declara a extinção da punibilidade.

Deve ainda ficar claro que o magistrado deve realçar a reincidência na segunda fase de aplicação da pena, não podendo utilizá-la em conjunto na fixação da pena-base, pois estaria evidenciado o bis in idem, ou seja, dupla apenação pelo mesmo fato.

b) Ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe (art. 61, II, alínea “a”, do CP).

Motivo fútil é aquele desproporcional ao ato praticado, destituído de importância, há uma proporção elevada entre com relação a conduta praticada pelo agente. Não pode ser confundido o motivo fútil com ausência de motivo, pois não há crime sem motivação. E ainda, não pode ser confundido também com motivo injusto, pois toda conduta típica é injusta, onde nenhum indivíduo da sociedade está obrigado a suportar tal afronta.

Já o motivo torpe é aquele caracterizado pela imoralidade, vil, reprovado pela sociedade. A vingança não é considerada como motivo torpe em si,

pois depende do motivo que levou o indivíduo a querer se vingar de alguém, podendo sê-lo ou não.

Deve ficar claro que uma conduta não pode ao mesmo tempo ser fútil e torpe, pois são incompatíveis, uma excluindo a outra.

c) Ter o agente cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, alínea “b”, do CP).

Há uma conexão entre os dois crimes. O sujeito primeiramente pratica um crime, e para que não seja descoberto e posteriormente preso ou responda um processo criminal, ele pratica um novo delito para assegurar o sucesso do primeiro.

Cleber Masson (2009, pag. 610), diz ser essa agravante, uma forma especial de motivo torpe, pois revela a intensa depravação moral do agente.

d) Ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, alínea “c”, do CP).

Traição ocorre quando o ofendido tem uma certa confiança no agente, e este utilizando-se desta, comete o crime.

Já a emboscada caracteriza-se pela espera do agente, para no momento oportuno, em que a vítima não esteja esperando, possa ser praticado o delito, é a famosa cilada ou tocaia.

Na dissimulação o criminoso age como um ator, se disfarça, para praticar a conduta típica, encontrando assim a vítima totalmente descuidada.

e) Ter o agente cometido o crime com o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (art. 61, II, alínea “d”, do CP).

No caso do emprego de veneno tem caráter insidioso, dificultando claramente a defesa da vítima. O veneno é toda substância que introduzida no organismo do indivíduo pode causar-lhe danos e até mesmo a morte.

O emprego de fogo e explosão revelam a periculosidade do agente, uma vez que não tem a mínima preocupação com a vida da coletividade, pois o emprego de tais ações pode colocar a vida de muitos em perigo. Ressalta-se aqui que o emprego de explosão diferencia-se do crime de explosão, pois nas agravantes a finalidade é cometer outro crime, utilizando a explosão para atingir o seu fim.

A tortura causa a vítima um sofrimento maior do que o crime que esta sendo praticado causaria, que na maioria das vezes é desnecessário para a prática

do fato típico. A tortura aqui é caracterizada como um meio para a prática do delito, diferenciando-se do crime de tortura autônomo definido pela Lei 9.455/97.

O legislador ainda deixou uma cláusula aberta ou genérica, “outro meio insidioso ou cruel”, onde o meio insidioso revela um estratagema, e o meio cruel é aquele que causa maior sofrimento da vítima.

f) Ter o agente cometido o crime contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, alínea “e”, do CP).

O legislador quis proteger aqui as relações familiares. São incluídos aqui os filhos tidos fora do casamento e ainda os filhos tidos por adoção.

No entanto, por não ser admitido no direito penal analogia in malam partem, não é permitida a aplicação da agravante com relação ao crime praticado na constância da união estável.

Para a aplicação da agravante da alínea “e”, exige o Código de Processo Penal, em seu artigo 155, parágrafo único, que deve ser apresentada prova documental da relação de parentesco.

g) Ter o agente cometido o crime com o abuso ou prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (art. 61, II, alínea “f”, do CP).

O abuso de autoridade tratado aqui esta relacionado ao direito privado, excluindo-se assim as relações de direito público.

Relações domésticas são aquelas criadas por membros de uma família, e por pessoas q trabalham na residência dessa família, podendo ser ou não parentes. Pode aqui ser inserido o convivente, valendo-se assim das relações domésticas.

Coabitação é a moradia de pessoas sob o mesmo teto, podendo ser ou não parentes.

Hospitalidade é a recepção eventual de certas pessoas, tratando-se de estadia provisória, pois uma vez sendo permanente trata-se de coabitação. Há a necessidade de autorização para caracterização da hospitalidade, logo, quem invade a moradia de outrem, sem a permissão do possuidor ou proprietário, não há o que se falar dessa agravante.

Para a caracterização da agravante genérica fundada nas relações domésticas, coabitação e hospitalidade não há a necessidade dos indivíduos estarem no ambiente que gerou essa relação.

A agravante relacionada a violência contra mulher foi incluída pela lei 11.340/06, mas já funcionava antes dessa inclusão, pois era utilizada na parte em que o legislador fala das relações domésticas.

h) Ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, alínea “g”, do CP).

O abuso de poder e a violação de dever inerente a cargo esta relacionado a atos praticados por funcionários públicos, e também, a particulares ligados a funções públicas. Esses atos praticados podem ser contra funcionários públicos ou contra qualquer outra pessoa.

Deve ser lembrado aqui que uma vez caracterizado o crime autônomo de abuso de poder ou dever inerente a cargo, não pode ser aplicada a agravante genérica, pois assim estaria caracterizado bis in idem.

Ofício é caracterizado por ser uma atividade predominantemente manual em que o indivíduo recebe uma remuneração. Ministério é o culto religioso. E a profissão é a atividade predominantemente intelectual em que o indivíduo tem conhecimentos específicos, sendo uma atividade remunerada.

i) Ter o agente cometido o crime contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, alínea “h”, do CP).

Criança é toda aquela pessoa que tem menos de 12 anos de idade.

Idoso é toda aquela pessoa que tem mais de 60 anos de idade. Essa agravante genérica foi incluída pela lei 10.741/03.

Enfermo é todo indivíduo que esta acometido por uma doença, seja ela permanente ou provisória, ou tem diminuída sua capacidade física ou mental.

Mulher grávida, deve ser entendida como aquele em que esta em um estágio avançado da gravidez ou que por algum motivo em especial a torne presa fácil para a prática do crime. Deve ainda o criminoso saber da gravidez para que não esteja configurada responsabilidade objetiva do agente.

j) Ter o agente cometido o crime quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade (art. 61, II, alínea “i”, do CP).

Pune-se mais gravemente o agente por ter agido contra o Estado, pois a vítima estava sob a guarda deste, e ainda por não ter acreditado nas forças do poder público, desafiando-a.

l) Ter o agente cometido o crime em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (art. 61, II, alínea “j”, do CP).

Essa agravante justifica-se pela insensibilidade do criminoso que não presta sua solidariedade e ainda se aproveita dessas situações para cometer crimes.

Calamidade pública é uma catástrofe, um acidente de grandes proporções que envolvem várias pessoas.

A desgraça particular do indivíduo refere-se a acontecimento infeliz relacionado a uma pessoa ou a um grupo determinado de indivíduos.

m) Ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, alínea “l”, do CP).

É punido com maior rigor o agente que para praticar o crime ingere bebida alcoólica para ter coragem de praticar a conduta. Não há o que se falar em exclusão da culpabilidade, pois deve ser aplicada a teoria do *actio libera in causa*.

n) Agravantes no concurso de pessoas: quando o agente promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (art. 62, I, do CP).

Com relação a quem promove ou organiza o crime, ou ainda quem dirige outros agentes, tem ele uma punição mais grave por ter planejado todo o crime, ter pensando em todos os detalhes de execução e ainda em uma possível fuga. Trata-se o autor intelectual ou de escritório, que é aquele que arquiteta toda a investida criminosa.

Neste caso o autor intelectual não praticando nenhum ato executório ele será partícipe, pois o Código Penal brasileiro adota a teoria monista no concurso de pessoas.

Deve ficar destacado que não há bis in idem quando o juiz reconhece a participação do autor intelectual, e depois aplica a agravante genérica, pois as finalidades e os motivos são diferentes.

o) Agravantes no concurso de pessoas: quando o agente coage ou induz outrem a execução material do crime (art. 62, II, do CP).

A coação é ato de um indivíduo induzir o outro a praticar ou se omitir de algum ato ou fato, através de violência ou grave ameaça, podendo ser resistível ou irresistível.

No caso de coação física irresistível a conduta do coagido será sempre atípica. Já no caso de coação moral irresistível, será o caso de exclusão da culpabilidade do coagido por inexigibilidade de conduta diversa.

Se, no entanto, a coação for resistível, estará configurado concurso de agentes, e o coagido será beneficiado com a atenuante do artigo 65, III, alínea “c”, 1º parte, do Código Penal.

Quem induz, faz surgir na mente de outra pessoa a vontade de delinquir, que até o momento não existia.

p) Agravantes no concurso de pessoas: quando o agente instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, III, do CP).

Quem instiga reforça na mente de outrem a vontade de delinquir que já existia. Já quem determina, é aquele que ordena que outro pratique um crime.

Há a necessidade para a prática dessa agravante que esteja o executor da conduta sob a autoridade de quem ordena, ou seja, deve estar subordinado a este.

Neste caso, quem pratica a conduta criminosa pode ser acobertado pela causa excludente de ilicitude que trata da obediência hierárquica disposta no artigo 22, do Código Penal, ou então por um atenuante genérica do artigo 65, III, do mesmo Código.

q) Agravantes no concurso de pessoas: quando o agente executa o crime ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (artigo 62, IV, do CP).

O legislador quis punir gravemente o criminoso que para a prática de certa conduta exige um retorno financeiro.

Na paga, a recompensa é entregue antes do cometimento da conduta criminosa. Já na promessa, a recompensa será entregue depois que o agente pratique tal conduta, mas não sendo necessário que esta seja recebida para que esteja configurado o concurso de pessoas, e também para aplicação da agravante genérica no concurso de pessoas.

3.4.2- Das atenuantes genéricas em espécie

Essas circunstâncias irão sempre atenuar a pena.

a) Ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos, na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença (artigo 65, I, do CP).

Deve o agente ser menor de 21 anos (menoridade relativa) na data do fato, não sendo levada em consideração a data da sentença. O legislador quis punir com menor rigor aquele que ainda é considerado imaturo pela pouca idade.

A outra atenuante é dedica aos maiores de 70 anos, e neste caso deve ser levada em consideração a data da sentença, não tendo a menor importância para aplicação da atenuante genérica a data do fato. Tem como fundamento essa atenuante a elevada faixa etária do agente, podendo ter alterações tanto físicas como psicológicas, e ainda podendo não suportar uma pena por inteiro.

b) O desconhecimento da lei (art. 65, II, do CP).

O artigo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe que ninguém poderá deixar de cumprir a lei alegando o desconhecimento desta.

O Código Penal Pátrio reconhece tal norma, no entanto, quando o indivíduo pratica uma conduta criminosa regulada pela lei penal, mas desconhece a tipicidade dessa conduta, subsistirá o crime, só que o agente poderá ser beneficiado pela atenuante genérica.

c) Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, alínea “a”, do CP).

Valor social é aquele importante para uma sociedade, ou seja, é um fato que atende o clamor da coletividade.

Valor moral é subjetivo, ou seja, é relativo ao autor da conduta, estando em conformidade com a moral e a ética.

Para que possa ser aplicada tal atenuante, o motivo deve ser relevante, e o magistrado é que vai analisar no caso concreto, qual motivo é relevante.

d) ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, alínea “b”, do CP).

Primeiramente, com relação a parte em que o legislador diz que “por sua espontânea vontade e eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências”, cabe ressaltar que esta atenuante não pode ser confundida com o instituto do arrependimento eficaz, pois neste o agente esgota todos os atos de execução, e impede que o crime se consuma, sendo caso de atipicidade da conduta, respondendo somente pelos atos até então praticados. Já atenuante genérica há a consumação do delito, no entanto, o agente tenta minimizar ou impedir suas consequências, por sua vontade espontânea.

A alínea diz que o arrependimento deve ser logo após, no entanto não há como quantificar o lapso temporal, devendo o magistrado analisar no caso concreto, podendo esse lapso interferir na fração a ser diminuída na pena. Deve ainda o arrependimento ser eficaz.

Deve ainda ser diferenciada a parte final do dispositivo que fala em “ter antes do julgamento reparado o dano”, com o arrependimento posterior, que é uma causa de diminuição de pena obrigatória em que o agente restitui a coisa antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Já na atenuante genérica, há a restituição da coisa antes da sentença de 1º grau. Essa reparação deve ser integral e livre de qualquer tipo de coação, e ainda, essa reparação não pode ter sido feita em virtude de condenação no âmbito civil. Mesmo que a vítima recuse a indenização ou renuncie ao crédito, deve ser aplicada a atenuante genérica em tela.

e) Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, alínea “c”, do CP).

A coação física irresistível torna a conduta atípica por não ser a vontade do agente livre e espontânea. Na coação moral irresistível há inexigibilidade de conduta diversa, sendo uma causa de exclusão da culpabilidade.

Quando essas condutas forem resistíveis, tanto na coação física, como na coação moral, existirá concurso de agentes, onde o coator terá a pena agravada conforme o artigo 62, II, do Código Penal, e o coagido terá sua pena atenuada, devendo ser levado em consideração para aferir se a conduta era passível de resistência o perfil do homem médio.

No que diz respeito a obediência hierárquica, esta é uma excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, respondendo pelo crime somente o superior hierárquico. Sendo a ordem manifestamente ilegal, haverá

concurso de pessoas, onde o superior hierárquico terá a sua pena agravada e o seu subalterno terá aplicada em sua pena atenuada.

A violenta emoção deve ser provocada por ato injusto da vítima, e não pode ser decorrido muito tempo da conduta da vítima, pois assim não há o que se falar em emoção, podendo ficar caracterizada vingança. Ocorrendo no caso de homicídio ou lesões corporais, estes tem tratamento especial, sendo privilegiados.

f) Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, alínea “d”, do CP).

Não basta aqui a confissão ser voluntária, exigiu a lei penal que esta fosse espontânea, fundada na verdade processual, pois caso contrário, o réu iria confessar somente para se beneficiar.

Deve ainda a confissão ocorrer perante uma autoridade, que pode ser no caso o Delegado de Polícia, um membro no Ministério Público ou para algum membro da magistratura.

Pode a confissão ser parcial, mas deve ser relativa a autoria ou a participação, e tem como limite máximo para sua execução o trânsito em julgado da condenação.

A confissão feita pelo acusado, em que este se utiliza justificativa de atipicidade da conduta, causas excludentes da antijuridicidade e culpabilidade não podem ser utilizadas como atenuantes genéricas, pois aqui o réu alega tais circunstâncias para se defender, e não para contribuir para a verdade real um dos princípios do processo penal.

g) Cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou (artigo 65, III, alínea “e”, do CP).

Tratam-se de crimes multitudinários ou crime das multidões, onde alguns indivíduos organizam condutas a serem praticadas pela multidão contra pessoas ou coisas.

Cleber Masson (2009, pag. 624) explica o fundamento dessa atenuante:

Justifica-se a atenuação da pena na deformação transitória da personalidade que sofre o indivíduo sob pressão das paixões violentas que agitam o grupo em sublevação. A lei toma em conta essa turvação accidental que acomete o espírito dos amotinados, em que falta serenidade necessária para pesar razões e decidir conforme o Direito, atribuindo-lhe, então uma responsabilidade diminuída e, com ela, a minoração da pena.

Devem todos os envolvidos responderem pelo delito, não podem, no entanto, serem beneficiados com a atenuante genérica os que deram causa ao tumulto, e nem o agente que premeditou a conduta.

h) Atenuantes inominadas (art. 66, do CP).

Trata-se de circunstância facultativa, desde que seja relevante, podendo ser anterior ou posterior ao crime, onde o juiz, analisando fatos não previstos pelo legislador, pode aplica-los com o fundamento de serem atenuantes inominadas.

3.4.3- Do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas

Revela o artigo 67, do Código Penal, que se houverem ao mesmo tempo circunstâncias que agravam e atenuam a pena, estas devem ter suas eficácias neutralizadas, salvo quando existir circunstância preponderante, ou seja, quando uma circunstância for mais valiosa que a outra.

Deve haver ainda, a cautela de ser aplicada primeiramente a agravante genérica para posteriormente ser aplicada a atenuante genérica. Justifica-se essa ideia com o fundamento de que se na primeira fase da aplicação da pena esta foi fixada no mínimo legal, havendo agravantes e atenuantes, e esta última for aplicada antes da agravante, ficará sem efeito, pois na segunda fase de aplicação da pena, esta não pode ficar abaixo do mínimo legal.

3.5- Das causas de aumento e diminuição de pena

Essas circunstâncias podem estar contidas tanto na Parte Geral, recebendo o nome de causas de aumento genéricas, como na Parte Especial Código Penal, e também na legislação especial, recebendo a denominação de causas de aumento específicas. Podem ainda ser facultativas ou obrigatórias, e sua quantidade ser fixa ou variável, e são aplicadas sobre a pena obtida na segunda fase de aplicação da pena.

Existindo duas causas de aumento ou duas causas de diminuição, ambas deverão ser aplicadas, isso se forem obrigatórias, devendo as majorantes e as minorantes serem aplicadas no sistema que a doutrina chama de juro sobre juro, ou seja, aplica-se a primeira majorante sobre a pena obtida na segunda fase de aplicação da pena, obtendo assim o resultado, sobre este deve ser aplicada a outra majorante, e assim sucessivamente. A mesma regra se aplica as minorantes, e com relação a estas deve ficar claro, que devem ser aplicadas sobre a pena obtida na segunda fase, pois se aplicadas sobre a pena base podem resultar na chamada pena zero.

Devem ser aplicadas primeiramente as causas de aumento e posteriormente as causas de diminuição, sendo essas a sistemática utilizada pelo Código Penal.

O artigo 68, do código repressor pátrio, dispõe que o magistrado pode aplicar somente uma causa de aumento, no caso que mais aumente, e somente uma causa de diminuição, no caso a que mais diminua. No entanto, nada impede que todas sejam aplicadas.

Deve-se lembrar que havendo uma causa de aumento e uma causa de diminuição, sendo estas obrigatórias, não há o que se falar em compensação como acontece nas circunstâncias agravantes e atenuantes, devendo ambas serem aplicadas.

3.6- Das penas restritivas de direito

Posto isso o magistrado deve verificar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. O tema será melhor tratado no Capítulo 4 do presente trabalho.

3.7- Do Regime do cumprimento de Pena

Os regimes de cumprimento de pena estabelecidos pelo Código Penal no artigo 33, § 1, são: regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto.

Estes regimes iniciais de cumprimento de pena serão estabelecidos observando a reincidência, a quantidade da reprimenda e as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59, do Código Penal.

Sendo a pena de reclusão, esta pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto, conforme dispõe o artigo 33, § 1 do Código repressivo.

Para que seja verificado qual o regime inicial no caso da pena de reclusão deve ser analisado primeiramente se o acusado é reincidente, pois verificada tal condição o agente deve começar o cumprimento de sua pena em regime fechado, não sendo levada em consideração aqui a quantidade de pena aplicada. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 269, entendendo que pode ser aplicado o regime inicial semi-aberto aos reincidentes que tenham sido condenados com pena igual ou inferior a 4 anos, desde que sejam favoráveis as circunstâncias judiciais.

Para o acusado primário, e que receber pena superior a 8 anos, este deverá começar a cumprir sua pena no regime fechado. Já o acusado primário, que receba pena superior a 4 (quatro) anos e esta seja igual ou inferior a 8 anos, este poderá começar a cumprir sua pena no regime semi-aberto. E o réu que também primário, seja condenado com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, pode começar a cumprir sua pena no regime aberto desde o início.

Com relação a pena de detenção, esta pode ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto ou aberto, conforme dispõe o artigo 33, caput, in fine, do Código Penal. Não se admite no caso da pena de detenção o cumprimento inicial em regime fechado.

Deve-se, novamente, para aplicação do regime inicial na pena de detenção, ser analisado se o acusado é reincidente, sendo constatada tal condição, este deve começar o cumprimento de sua pena no regime semi-aberto, independente da quantidade de pena aplicada.

Sendo o réu primário, e a pena seja superior a 4 (quatro) anos, este deverá cumpri-la inicialmente em regime semi-aberto. E ainda, o acusado primário

que tenha imposta contra si pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, iniciará o cumprimento de sua pena em regime aberto.

Note-se que nada impede que o juiz aplique um regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o permitido pela quantidade de pena estipulada. Mas para aplicação do regime mais gravoso, de acordo com a súmula 719, do Superior Tribunal de Justiça, exige-se motivação idônea, e o Supremo Tribunal Federal, na súmula 718, dispõe que a opinião do juiz sobre a gravidade do crime em abstrato não é idônea como fundamentação, logo, deve o juiz valer-se de fundamentos sólidos e amparar-se no ordenamento jurídico.

Deve ainda ser diferenciada a pena de reclusão da pena de detenção. Como ficou claro, a reclusão pode ser cumprida nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Já a detenção, pode ser cumprida nos regimes semi-aberto e aberto. Quando da aplicação cumulativa de ambas as penas, deve ser cumprida primeiramente a pena de reclusão, conforme dispõe o artigo 69, caput, in fine, do Código Penal. Na reclusão há possibilidade de um dos efeitos da condenação ser a perda do pátrio poder, sendo que esta possibilidade não é possível na detenção. E por fim, na reclusão é possível a aplicação de internação quando imposta medida de segurança, e na detenção, só pode ser aplicado tratamento ambulatorial, conforme esta disposto no artigo 97, caput, do Código Penal Pátrio.

3.8- Da suspensão condicional da pena (sursis)

Verificando o magistrado que não é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, deve observar se é possível a suspensão condicional da pena por um determinado período de prova mediante condições pré-estabelecidas pelo juiz.

Coube mencionar no presente trabalho que o sursis faz parte da individualização judicial da pena, no entanto, não será tratado sobre o tema com a abrangência que merecia, uma vez que este versa sobre a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, ou seja, a substituição da pena precede a suspensão condicional da pena, não havendo motivos para falar de um período posterior a possibilidade dessa substituição.

4- DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

O Direito Penal vem em uma crescente modificação, buscando deixar a pena privativa de liberdade apenas para os crimes mais graves e situações excepcionais, trazendo cada vez mais a tona as penas restritivas de direito, evitando assim que uma pena rigorosa seja aplicada a um crime de menor gravidade.

Flávio Augusto Monteiro de Barros, trata das penas restritivas de direito da seguinte maneira (2003, pag. 455):

A tendência do direito penal moderno é a eliminação da pena privativa de liberdade de curta duração, por não atender satisfatoriamente a à finalidade reeducativa da pena, devido ao pernicioso convívio com criminosos mais perigosos. A pena restritiva de direitos foi um dos mecanismos criados para substituí-las. Aliás, é facilmente explicável o incentivo da doutrina à disseminação dessa pena: ela tem por fundamento primordial a ausência de periculosidade do condenado, revelando-se ainda uma eficiente função reeducativa, além de reduzir o custo econômico para o Estado.

A pena restritiva de direitos é substitutiva, significando dizer que uma vez presentes os requisitos estipulados pela lei, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma ou mais penas restritivas de direitos. Tem como característica principal ainda a autonomia, que nada mais é que, só podem ser aplicadas isoladamente, ou seja, o juiz no momento da aplicação da pena deve estipular o quantum da pena privativa de liberdade, e quando possível substituí-la por uma ou mais penas restritivas de direito, não podendo cumular pena privativa de liberdade com a restritiva de direito.

4.1- Da duração das penas restritivas de direitos

Com relação as penas de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, estas terão a mesma duração da pena que substituíram, conforme disposto no artigo 55, do Código Penal. No entanto, no que se relaciona a pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas que sejam superiores a 1 (um) ano,

estas poderão ser cumpridas em menor tempo, não podendo ser inferior a metade da pena privativa de liberdade imposta, é o que ensina o artigo 46, § 4, do Código Penal.

4.2- Dos requisitos para a substituição

Os requisitos para a substituição se dividem em objetivos e subjetivos:

a) Requisitos objetivos: relacionam-se à natureza do crime e a quantidade de pena aplicada no caso concreto (art. 44, I, do CP).

No que se refere a natureza do crime, este não pode ser praticado com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Incluem aqui a violência imprópria e a violência presumida.

Com relação as infrações de menor potencial ofensivo, estas se forem praticadas com o emprego de violência ou grave ameaça, prevalece o entendimento que é cabível a substituição. E ainda, nos crimes culposos, também prevalece o entendimento de que é possível a substituição, mesmo que haja violência ou grave ameaça.

Já com relação a quantidade de pena aplicada, devendo ser levada em conta a pena aplicada no caso concreto, o limite de pena aplicada para a substituição é de 4 (quatro) anos, não podendo haver violência ou grave ameaça.

Na hipótese do crime ser culposos, sempre será possível a sua substituição independente da pena aplicada no caso concreto.

b) Requisitos subjetivos (art. 44, II e III, do CP): estão relacionados ao agente que praticou a conduta criminosa, não podendo ele ser reincidente em crime doloso, devendo ser analisado ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja eficiente.

O condenado não pode ser reincidente em crime doloso, logo, conclui-se que o reincidente em crime culposos pode receber o benefício da substituição da pena. No entanto, o parágrafo 3º, do artigo 44, do Código Penal, dispõe que o magistrado, quando o réu for reincidente, poderá aplicar a substituição, desde que a

medida seja socialmente com relação a condenação anterior, e ainda não se trate de reincidência específica.

Deve o magistrado analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja eficiente. Pela análise do dispositivo, conclui-se que, na primeira fase de aplicação da pena, se esta for aplicada acima do mínimo legal, estará reconhecido que as circunstâncias são desfavoráveis, não podendo haver substituição da pena.

4.3- Do momento da substituição

O momento adequado para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é na sentença, depois de aplicada a pena em concreto e estabelecido o regime inicial de cumprimento de pena, é isso que dispõe o artigo 59, IV, do Código Penal.

4.4- Da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos

Quando for aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a 1 (um) ano, o artigo 44, § 2, 1º parte, do Código Penal, dispõe que pode aquela ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

Se for aplicada pena igual ou inferior a 6 (seis) meses, esta poderá ser substituída por multa, desde que obedecidos os critérios dos incisos II e III, do artigo 44, do Código Penal, essa é a regra do artigo 60, § 2, do mesmo código.

Por fim, sendo a pena aplicada ao caso concreto superior a 1 (um) ano, poderá ser substituída por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2, in fine, do Código Penal). Se aplicadas duas penas restritivas de direitos, dispõe o artigo 69, § 2, do Código Penal, que estas poderão

ser cumpridas simultaneamente quando forem compatíveis entre si, e sucessivamente se não forem.

4.5- Da reconversão obrigatória e facultativa da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade

A pena restritiva de direitos será reconvertida obrigatoriamente em pena privativa de liberdade quando o condenado descumprir injustificadamente a restrição imposta, sendo essa a regra do artigo 44, § 4, do Código Penal. Deve, no entanto, ser deduzido do restante da pena a ser cumprida, o tempo que já foi cumprido pelo condenado, quando do cumprimento da pena restritiva de direitos. Se for o caso de prestação pecuniária e perda de bens e valores, deve ser deduzido do restante da pena o percentual pago pelo condenado até o momento.

O juiz da execução, poderá reverter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, se sobrevier condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, sendo essa a regra do artigo 44, § 5, do Código Penal. No entanto, o legislador falou em “poderá”, ou seja, é uma faculdade do magistrado, podendo ele, deixar de reverter a pena se for possível o cumprimento concomitante de ambas.

4.6- Das penas restritivas de direitos em espécie

As espécies de penas restritivas de direitos se dividem em: genéricas, sendo aquelas que substituem as penas privativas de liberdade, observados os requisitos, em qualquer crime; específicas, que são aquelas que substituem a pena privativa em crimes específicos.

4.6.1- Da Prestação pecuniária

Trata-se de pagamento de dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social. Há aqui uma relação preferencial, ou seja, primeiro deve ser feito o pagamento à vítima, na ausência dessa, deve-se destinar aos seus dependentes, e somente na ausência destes é que será destinada a importância a entidades públicas ou privadas com destinação social.

O valor será fixado pelo magistrado, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo vigente, e nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos vigente (art. 45, § 1, 1º parte, do CP). O valor pago será abatido de eventual condenação no âmbito cível, devendo neste caso, coincidirem os beneficiários (art. 45, § 1, in fine, do CP). E ainda, não há necessidade de aceitação da parte favorecida, uma vez que a prestação pecuniária é unilateral, impositiva e cogente.

Deve ser observado, no entanto, que esta hipótese trazida pelo legislador pode tornar-se uma forma de despenalização, uma vez que se a condenação penal for igual ou inferior ao montante da condenação no âmbito cível, havendo assim a dedução do valor, o condenado não estará fazendo nada além do que reparar o dano causado por sua conduta criminosa, havendo assim despenalização de sua conduta criminosa.

Dispôs o legislador que a prestação pecuniária seja feita em dinheiro, no entanto, havendo concordância da vítima, poderá o pagamento ser realizado por prestação de outra natureza (art. 45, § 2, do CP).

No que se relaciona a prestação de outra natureza, trata-se de cláusula aberta, podendo dar espaço a criação de diversas penas, inclusive penas não previstas em lei. Deve assim, o juízo da execução, agir de forma coerente, aplicando a razoabilidade para definir se é possível ou não a aplicação dessa prestação de outra natureza.

Por tratar-se de uma pena restritiva de direitos, diferente do que ocorre no caso da pena de multa, caso o condenado não cumpra a pena imposta, esta poderá ser reconvertida em pena privativa de liberdade, uma vez que foi frustrada execução da pena (art. 44, § 4, 1º parte, do CP).

Por fim, cabe diferir a prestação pecuniária da pena de multa, uma vez que se trata de pena restritiva de direitos, e ainda, porque pode ser destinada a vítima do crime, dependentes e entidades públicas e provadas com destinação social.

4.6.2- Da perda de bens e valores

Retira-se do patrimônio lícito do condenado bens e valores em favor do Fundo Penitenciário Nacional, podendo atingir o valor máximo do prejuízo causado ou provento obtido.

Trata-se de uma modalidade de confisco, uma vez que retira do patrimônio de alguém bens lícitos, não havendo qualquer tipo de indenização.

No entanto, diferencia-se a perda de bens e valores do confisco, pois o último constitui efeito da condenação, enquanto o primeiro é uma pena restritiva de direitos, e ainda o confisco recai sobre o ilícito, enquanto a modalidade de pena restritiva de direitos recai sobre o patrimônio lícito do agente (art. 43, II, do CP).

Deve ser observado na aplicação dessa pena os princípios da personalidade, intranscendência e intransmissibilidade, onde a perda de bens e valores não pode atingir bens de terceiros, devendo ficar restrito aos bens do condenado.

O limite máximo dessa pena deve levar em conta sempre o que for maior, ou seja, se o prejuízo causado pelo crime tiver maior valor, este deve ser levado em consideração, sendo maior o valor do proveito obtido pelo agente ou o proveito obtido por terceiro em consequência do crime, estes deverão ser observados.

4.6.3- Da prestação de serviços à comunidade

É uma modalidade de pena restritiva de direitos em que o condenado lhe tem atribuídas tarefas de cunho gratuito, a serem desempenhadas em orfanatos,

escolas, hospitais e locais com as mesmas características, e ainda em programas comunitários ou do governo.

Esta modalidade de pena só pode ser aplicada ao condenado que recebeu pena privativa de liberdade superior a 6 (seis) meses, assim como dispõe o artigo 46, do Código Penal (art. 43, IV, do CP).

Nessa modalidade de pena alternativa, as tarefas devem ser atribuídas de acordo com a aptidão de cada condenado, de forma que não causa qualquer constrangimento ao mesmo, observando assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode assim, serem atribuídas atividades cruéis, vexatórias ou que humilhem o condenado, pois esta não é a finalidade da pena.

Ainda com relação a atribuição de tarefas ao condenado, não é permitido a imposição de prestação de serviços em igrejas ou templos religiosos, uma vez que estes não são tidos como serviços prestados a comunidade, e ainda, ferem o preceito trazido no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, que diz que o Brasil é um Estado laico.

Com relação ao tempo para serem desempenhadas as tarefas impostas, adotou-se aqui o critério hora-tarefa, onde o condenado deverá desempenhar as tarefas por uma hora a cada dia de condenação, sendo essa hora fixada de forma que não prejudique a jornada de trabalho do condenado.

O legislador pátrio, conferiu a faculdade do condenado cumprir a pena em menor tempo quando esta for superior a um ano, não podendo o tempo de cumprimento ser inferior à metade da pena privativa de liberdade imposta, para que assim a pena não se torne simbólica (art. 46, § 4, do CP).

Não há o que se falar em inconstitucionalidade da pena de prestação de serviços à comunidade com o fundamento de esta constituir trabalhos forçados, trabalhos esses vedados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, "c", uma vez que esta modalidade de cumprimento de pena foi adotada pelo constituinte originário, e como se sabe, não há como uma norma constitucional originária ser inconstitucional. E ainda, esta modalidade de cumprimento de pena trata-se de um benefício ao condenado, uma vez que este não precisa cumprir a pena privativa de liberdade que lhe seria imposta, ou então, não querendo cumprir as tarefas impostas, pode optar pela reconversão da pena alternativa na pena privativa de liberdade anteriormente imposta.

No caso de ausência de local adequado para o cumprimento da medida imposta, restam três opções:

a) considera-se cumprida a pena, desde que tenha transcorrido o tempo correspondente a mesma, e o condenado esteja à disposição do Estado;

b) aguardar o surgimento de um local apropriado para o início do cumprimento da pena ou então ser reconhecida a prescrição;

c) e por fim, o juiz da execução deve buscar um local apropriado para o cumprimento da medida imposta, pois conforme o artigo 148, da lei 7.210/84, ele pode a qualquer momento alterar a forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade.

4.6.3.1- Da execução da pena de prestação de serviços à comunidade

Os serviços prestados nesse tipo de pena alternativa não geram nenhum vínculo empregatício (art. 28, § 2, da lei 7.210/84), e ainda, não serão remunerados (art. 30, da lei 7.210/84).

A partir do primeiro comparecimento do condenado para o cumprimento das tarefas impostas, tem-se o início do cumprimento da pena (art. 149, § 2, da lei 7.210/84).

Deve a entidade que for beneficiada pela prestação de serviços, encaminhar relatório mensal das atividades desempenhadas pelo condenado, e ainda, a qualquer tempo informações sobre ausências ou faltas disciplinares cometidas pelo condenado (art. 150, da lei 7.210/84).

4.6.4- Da interdição temporária de direitos

Cuidam-se de modalidades de penas restritivas de direitos específicas e se dividem em: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares.

4.6.4.1- Da proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como o mandato eletivo

Segundo o artigo 56, do Código Penal, trata-se de pena específica, pois somente é aplicada para crimes praticados no exercício do cargo, função, profissão, atividade ou ofício, onde são violados deveres vinculados ao exercício destas.

Esta pena tem o intuito de abranger condutas praticadas por funcionários públicos, levando em consideração o conceito trazido pelo artigo 327, do Código Penal, pode ocorrer que tenha sido praticado um crime contra a Administração Pública, mesmo sendo um crime comum, exigindo apenas, que tenha sido praticado com violação de deveres funcionais do autor.

Com relação ao mandato eletivo dos deputados federais e senadores, a doutrina discute ser inconstitucional ou não a norma, uma vez que o artigo 55, VI e 2º, da Constituição Federal previu a perda do mandato destes e não a interdição de direitos.

Não se confunde esta modalidade de pena com o efeito da condenação onde há a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (artigo 92, I, do Código Penal).

Uma vez cumprida a pena integralmente, é cessada a interdição de direitos.

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

O artigo 56, do Código Penal também trouxe esta modalidade específica de pena, para abarcar os casos em que o crime for cometido

exclusivamente no exercício do cargo, função, profissão, atividade ou ofício, e da mesma forma, devendo ser cometido com violação dos deveres que são inerentes a esta.

Ao contrário da pena anterior, que se referia a esfera pública, esta espécie de pena dedica-se a esfera privada de atuação do sentenciado.

O indivíduo aqui, ficará impedido do exercício de profissão, atividade ou ofício, durante o tempo da pena, uma vez cumprida esta, não há mais o que se falar em proibição.

4.6.4.3- Da suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo

Esta pena aplica-se a crimes culposos de trânsito conforme dispõe o artigo 57, do Código Penal. Não há assim relação com o tema, no entanto, por estar abrangida na parte das penas restritivas de direito, cabe aqui, tratar, mesmo que superficialmente sobre o assunto.

Deve-se destacar que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), tratou dos crimes de trânsito, logo, o artigo 57, do Código Penal encontra-se tacitamente revogado.

Não se deve confundir esta modalidade de pena, com o efeito da condenação previsto no artigo 92, III, do Código Penal: inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado para a prática de crime doloso. A diferença é notória, uma vez que o efeito da condenação aplica-se aos crimes dolosos na direção de veículos, enquanto a interdição só se aplica a crimes culposos de trânsito.

4.6.4.4- Da proibição de frequentar determinados lugares

Trata-se uma modalidade de pena restritiva de direitos, prevista pelo artigo 47, inciso IV, do Código Penal, mas que na verdade traz uma restrição a liberdade de locomoção do indivíduo condenado. Trata-se ainda de uma das condições do sursis especial disposto no artigo 78, § 2, “a”, do Código Penal.

Cleber Masson faz uma crítica a esta modalidade de pena (2009, pag. 654): “O legislador poderia ter delimitado o seu âmbito de incidência, indicando expressamente os lugares em que o condenado fica proibido de frequentar”.

Há ainda quem diga ser inconstitucional esta espécie de pena, pois estaria ferindo o princípio da reserva legal, uma vez que não especifica quais são estes “determinados lugares”. No entanto, não há o que se falar em inconstitucionalidade, pois essa medida é uma alternativa a pena de prisão, sendo assim ela é mais benéfica para o condenado, correspondendo assim ao Direito Penal contemporâneo.

4.6.5- Da limitação de fim de semana

Cuida-se da modalidade de pena restritiva de direitos em que o indivíduo aos sábados e domingos, deve permanecer em casa de albergado ou estabelecimento adequado, por cinco horas diárias (art. 48, do CP).

Esta modalidade de pena alternativa tem pouca aplicação, em virtude da quase inexistência de casas de albergados.

Não pode com isso o juiz, estabelecer cumprimento da pena em penitenciária, e esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça julgando o HC 60.919/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5º turma, j. 10/10/2006 (2006, STJ):

Se a pena de limitação de fim de semana deve ser efetivada em Casa de Albergado, não pode o paciente, na falta do referido estabelecimento, ser submetido, a cumprimento da reprimenda em presídio, situação mais gravosa do que a estabelecida pelo decreto condenatório.

O juiz deve determinar a intimação do condenado, para que este seja cientificado do local e horário de cumprimento da pena, e esta começará a ser cumprida a partir do primeiro comparecimento (art. 151 e § único, da LEP). E ainda, deve o estabelecimento que foi beneficiado, encaminhar relatório mensal, e a qualquer tempo, sobre a frequência e qualquer falta disciplinar cometida pelo sentenciado (art. 153, da LEP).

4.6.6- Da multa substitutiva

Refere-se a espécie de pena restritiva de direitos que poderá substituir a privativa de liberdade, quando esta não for superior a 6 (seis) meses, e o réu não seja reincidente em crime doloso, e sejam observados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente (art. 60, § 2, do Código Penal).

5- DO TRÁFICO DE DROGAS

As Ordenações Filipinas já previam as penas de confisco e degredo para a África para quem usasse ou vendesse substâncias tóxicas. Em 1.912, o Brasil aderiu a Conferência Internacional do Ópio. O Código Penal da década de 40 não criminalizou o tráfico de drogas, mas submetia a tratamento rigoroso os usuários de drogas.

Na década de 70 o Brasil aderiu ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, que foi a base para a criação da Lei 6.368/76, que diferenciava o traficante do usuário.

Veio a Constituição Federal de 1.988, e trouxe as seguintes restrições: o tráfico de drogas é crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia. E dois anos mais tarde, entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), proibindo o indulto e a liberdade provisória para tal crime.

Em 2006, o legislador pátrio inovou, trazendo a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), retirando a pena de prisão para o usuário e dependente, e ainda, diferenciando o traficante habitual, daquele que trafica eventualmente para obter a droga para o seu consumo, recebendo assim uma causa de diminuição de pena, criando o chamado tráfico privilegiado.

No entanto, trouxe uma vedação, tema do presente trabalho, onde proibiu a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico comum e também no crime de tráfico privilegiado.

O legislador tirou a possibilidade do juiz na individualização da pena, analisando o caso concreto, verificar se o agente é primário ou não, se tem bons antecedentes, e ainda, verificar se este pertence a alguma organização criminosa ou organização para o tráfico, e caso estas condições fossem favoráveis a ele, seria convertida a pena privativa de liberdade em restritivas de direito, desde que cumpridos todos os requisitos.

Dessa forma, o legislador brasileiro, ao mesmo tempo beneficiou o traficante eventual com a redução de pena, e posteriormente o puniu, proibindo a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

5.1- Do crime de tráfico de drogas

O crime de tráfico de drogas esta previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, que revogou expressamente a antiga Lei 6.368/76.

Esse nova lei, inovou principalmente com relação a pena mínima cominada para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que passou de três para cinco anos. Foi alterada ainda a pena pecuniária que passou de 50 a 360 dias-multa, para 500 a 1.500 dias-multa.

Trata-se de crime doloso, não se exigindo nenhum fim especial para a sua caracterização. O elemento objetivo é composto por um tipo misto alternativo, ou seja, praticando mais de uma conduta, estará cometendo um único crime. No entanto, deve ser observado o caso concreto, pois podem ocorrer casos de concurso de crimes, como no caso de importar um tipo de entorpecente, e vender outro de natureza diferente.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa, no entanto, quando se refere a conduta prescrever, esta é exclusiva de profissionais da área de saúde. O sujeito passivo do delito de tráfico de drogas é a coletividade, pois tem como bem jurídico tutelado a saúde pública.

Por motivo da variedade de condutas descritas no tipo penal, torna-se difícil a caracterização da tentativa, no entanto, esta não é impossível, podendo acontecer no caso das condutas plurissubsistentes.

E ainda, algumas condutas são permanentes, ou seja, sua consumação se protraí no tempo por vontade do agente, que pode cessa-la a qualquer momento. Por este motivo, enquanto não cessar a conduta criminosa, poderá o agente ser preso em flagrante delito (art. 303, do Código de Processo Penal).

O parágrafo 1º, do artigo 33, da referida lei, traz diversas condutas que se equiparam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

O inciso I, deste parágrafo, trata do comércio de matéria-prima e insumos ou produtos químicos destinados a produção de drogas ilícitas. No entanto, deve ficar constado que a matéria prima, insumo ou produto químico seria utilizado na produção de drogas, e seguindo a regra do artigo 156, do Código de Processo Penal, cabe esse ônus à acusação.

Já o inciso II, do referido parágrafo, trata do cultivo de plantas que se constituam em matéria prima para a preparação de drogas, incluindo assim as condutas de semear, cultivar e colher. Deve ser destacado que, sendo o plantio em grande quantidade ou em áreas vastas, trata-se de uma única conduta, configurando um único crime. No entanto, depois da colheita, fazendo novo cultivo, estará configurado crime continuado.

E por fim, o inciso III, do mesmo parágrafo, equipara ao tráfico de drogas, a utilização de local ou bem de qualquer natureza, para que este seja utilizado no tráfico ilícito de entorpecentes. Deve ficar claro, que os bens públicos de uso comum da população não se enquadram neste tipo penal, mas sim, os abertos ao público e privados. E ainda, o legislador não se referiu como sujeito ativo apenas ao proprietário ou possuidor do bem, incluindo além destes, aquele que administra, guarda ou faz a vigilância.

Claro, desde que dentro de um mesmo contexto, se o criminoso praticar as condutas previstas no caput e no parágrafo 1º, responderá por um único crime, aplicando-se aqui o princípio da subsidiariedade.

Rogério Greco explica o princípio da subsidiariedade da seguinte forma (2008, pag. 30):

*Pelo princípio da subsidiariedade, a norma subsidiária é considerada, na expressão de Hungria, como um “soldado de reserva”, isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave. É a aplicação do brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*.*

De maneira simples, a figura principal, tem a subsidiária inserida em seu tipo penal.

5.2- Do tráfico Privilegiado

Inovou o legislador neste ponto trazendo uma causa de diminuição de pena, desde que o traficante preencha determinados requisitos, sendo estes uma vez preenchidos, será um direito subjetivo do réu, uma vez que se encaixou no critério exigido.

Os requisitos devem estar presentes ao mesmo tempo, ou seja, são requisitos cumulativos, sendo eles: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades criminosas; d) não integração a organização criminosa.

No caso do agente ser primário, adotou-se o critério da exclusão, uma vez que o agente não seja reincidente ele será primário, pois conforme dispõe o artigo 63, do Código Penal, a reincidência se verifica quando o agente depois da prática de um crime, tendo a sentença para esse crime transitado em julgado, no Brasil ou no estrangeiro, comete um crime novo, e ainda não tenha corrido o período depurador de 5 (cinco) anos.

Com relação ao requisito bons antecedentes, a doutrina pátria ainda hoje se digladia quando se refere a este tema. Parte da doutrina entende que inquéritos em curso e processos em andamento podem ser considerados como maus antecedentes, e ainda processos com condenações que ainda não transitaram em julgado e condenações que já ultrapassaram o período depurador para caracterização de reincidência. Já a outra parte, entende que não se pode ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, onde uma pessoa só pode ser considerada culpada e sofrer consequências de ser culpada, depois do trânsito em julgado de sua sentença, e sendo assim, apenas as condenações que ultrapassaram o prazo de 5 (cinco) anos de período depurador poderiam ser consideradas como maus antecedentes.

A Lei ainda exige que o agente não se dedique a atividades criminosas. Para preencher este requisito, o réu deve demonstrar que possui atividade lícita e habitual, e ainda que não tem personalidade e conduta voltada para a prática de crime.

E por fim, exigiu o legislador que o traficante não integrasse organização criminosa. Como neste ponto não foi exigido que a organização criminosa fosse para fins de tráfico, tanto faz, portanto, se a organização criminosa é para fins de tráfico ou de cometimento de crimes em geral, não podendo o criminoso eventual ser integrante de nenhum tipo de organização voltada para o crime.

A intenção da lei é beneficiar o traficante eventual, aquele que não está aliado a nenhuma quadrilha ou organização para o tráfico de drogas, mas sim, e também, para o pequeno traficante, aquele que não está envolvido com o tráfico, e que na maioria das vezes, está traficando para manter o próprio vício.

Uma vez preenchidos os requisitos, é obrigação do magistrado aplicar a diminuição de pena, uma vez tratar-se de direito subjetivo do réu, e diminuindo assim a pena de um sexto (1/6) a dois terços (2/3). Neste ponto a questão que fica é o quantum deve ser diminuída a pena, observando os limites de diminuição trazidos pelo legislador. Deve o magistrado, observar o artigo 42, da Lei de Drogas, e observar a natureza e quantidade da droga que foi apreendida, para que assim estabeleça o quantum a ser diminuído.

Fica ainda uma questão sobre quem deve demonstrar a presença dos requisitos para que incida a causa de diminuição de pena. Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho explicam muito bem o assunto (2008, pag. 114):

Vislumbramos que, em decorrência do princípio da presunção de inocência, o réu não precisa comprovar que é primário e de bons antecedentes e, principalmente, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, devendo tal ônus recair sobre o Ministério Público. Impor ao réu o encargo de comprovar principalmente estes dois últimos requisitos negativos violaria o princípio da presunção de inocência, pois a prova negativa indeterminada é daquelas que se pode chamar de “prova diabólica”, tamanha a dificuldade em se desincumbir dela. Deve o Ministério Público, portanto, livrar-se deste encargo, comprovando, ao menos, que um dos requisitos não esta presente.

Conclui-se assim, que tal ônus é do Ministério Público, no entanto, devida a dificuldade de comprovação, não pode haver tanta rigidez ao ponto de ter que ficar demonstrado a ocorrência do crime de quadrilha ou bando, podendo ser demonstrado em qualquer meio de prova em direito admitidos, que o individuo esta envolvido com atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5.2.1- Da retroatividade da causa especial de diminuição de pena

Com a inovação legislativa trazida pela nova Lei de Drogas, surgiu na doutrina pátria, grande discussão com relação a aplicação da causa especial de diminuição para os crimes praticados na vigência da lei 6.368/76, a antiga Lei de Drogas.

Uma primeira corrente defendida por Francisco de Assis Toledo, Basileu Garcia e Frederico Marques, entende que a causa especial de diminuição de pena é uma norma mais benéfica para o agente, logo, deve retroagir, alcançando os processos que estão em andamento e os processos que já transitaram em julgado, fundamentando seu posicionamento artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

No entanto, não é assim que pensa o restante da doutrina que adota as lições de Nelson Hungria, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Essa corrente entende que a causa de diminuição de pena foi criada especificamente para a nova pena do crime de tráfico trazida pela nova Lei de Drogas, ou seja, deve ser aplicada sobre a pena mínima de 5 (cinco) anos, e não sobre a pena trazida pela revogada lei 6.368/76, que estipulava pena mínima de 3 anos. Pois se assim fosse, aplicando redução de 2/3 (dois terços), sobre a pena mínima de 3 (três) anos, resultaria em uma pena final de 1 (um) ano, passando a ter o réu, o direito suspensão condicional do processo.

Não se pode fazer uma mistura de lei nova mais favorável com lei antiga já revogada, para assim favorecer o réu, pois assim teríamos uma terceira lei, e a criação de leis não é de competência do Poder Judiciário, uma vez que vigora no Brasil o princípio da separação dos Poderes, onde a função legislativa cabe ao Poder Legislativo.

Claras são as palavras de César Dário Mariano da Silva (2011, pag. 72):

Embora haja controvérsia sobre o assunto, não entendemos aplicar esse dispositivo sobre tipos penais já revogados, ou seja, conjugando normas de uma lei revogada com normas de uma lei em vigor. Isso porque não cabe ao Judiciário a função de legislar e criar uma terceira lei, que conjugue dispositivos de lei revogada com lei em vigor.

Devem ser explicitadas ainda as palavras de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2008, pag. 116):

Em relação à separação de poderes, decorre do art.2º da CF que, preponderantemente, incumbe ao Poder Legislativo criar leis, ao Executivo executá-las e ao Judiciário solucionar, com caráter de definitividade, os conflitos surgidos no seio social, sobre a aplicação das leis criadas. Assim, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional, não se admite que o Poder Judiciário legisle, atuando como legislador positivo, criando

uma terceira disposição legislativa (*lex tertia*), não prevista sequer pelo Poder Legislativo.

Essa foi a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR 322.348/SC (2003, STF):

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de Lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48, 143/57, 146/461-462, 153/765, 161/739-740 e 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder a imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é inconstitucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

E por fim, ainda estaria ferindo o princípio da igualdade disposto no artigo 5º, caput, inciso I, da Constituição Federal, pois estaria tratando mais brandamente aqueles que praticaram o crime antes da entrada em vigor da nova Lei de Drogas, em prejuízo daqueles que praticaram tal conduta depois da entrada em vigor da referida lei.

Deve assim, o magistrado aplicar a causa de diminuição somente se retroagir a pena mínima do artigo 33, caput e parágrafo 1º, desse modo aplicando a lei mais favorável ao acusado e não ferindo os princípios da separação dos poderes e igualdade, pois não atuou como legislador positivo, não criando assim terceira norma, mas sim aplicando o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica de forma correta e concisa.

5.3- Da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, antes da Resolução n° 5/2012 do Senado Federal

Tema polêmico e por vezes debatido na doutrina e jurisprudência, anteriormente a Resolução n° 05/2012, do Senado Federal, a lei 11.343/2006, proibia a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em todas

as modalidades de tráfico, inclusive no caso do tráfico privilegiado. A redação do parágrafo 4º, do artigo 33, da referida lei era a seguinte (2012, Senado Federal):

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.

E ainda, o artigo 44, da mesma Lei, reforçava tal proibição dispondo da seguinte forma: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Parte da doutrina que adotava a teoria legalista, entendia ser tal proibição constitucional, e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, no do AI no HC nº 120353/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 04/11/2009, declarou ser constitucional a proibição trazida pela nova lei de drogas. Fundamentavam ainda, que mesmo com a diminuição da pena, o crime não deixa de ser hediondo, subsistindo as razões que levaram a qualificar esse crime como equiparado ao hediondo, pois os requisitos exigidos para diminuir a pena, não tem força para transformar a reprovação da conduta delituosa, que por fim ainda continua a ser tráfico ilícito de entorpecentes.

Amaury Silva assim entendia (2008, pag. 213):

Erro material ou equívoco, mas que não distorce o sentido ou alcance da expressão, aplicando-se a interpretação lógica, resultando na apreensão de que o legislador quis se referir à substituição da privativa de liberdade por Penas Restritivas de Direito, conforme regra geral estabelecida pelo art. 43 e seguintes do CP. É defesa a substituição pelo sobredito dispositivo.

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho lecionavam da seguinte forma (2008, pag. 200):

Porém, em relação ao crime de tráfico, agora há norma expressa vedando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A nova Lei de Drogas entendeu que a substituição em testilha não seria necessária e suficiente para a prevenção e repressão destes delitos, vedando-a expressamente. Como a substituição da pena se submete aos requisitos legais e a disciplina da matéria é regida pela legislação infraconstitucional, nada impede o legislador de restringir tal possibilidade, sem que se possa falar em inconstitucionalidade da vedação.

E continua (2008, pag. 201):

Assim, mesmo que o agente receba pena igual ou inferior a quatro anos (como ocorrerá se for aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º), não se admite a substituição da pena corporal aplicada por restritiva de direitos. De qualquer sorte, como os tribunais estavam entendendo possível a substituição de pena na legislação anterior, por falta de restrição expressa, a nova disposição que proíbe a substituição para o crime de tráfico, não poderá retroagir para fatos ocorridos antes da entrada em vigor da nova Lei de Drogas.

Mesmo entendimento tinha Guilherme de Souza Nucci (2006, pag. 802), quando se referia a proibição em tela: “Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas”.

Damásio de Jesus (2006, pag. 246), de maneira sucinta tratava da proibição examinada: “O art. 44, caput, desta Lei expressamente veda a aplicação dessas penas aos crimes mencionados”.

Luiz Flávio Gomes (2008, pag. 199), também trata o assunto da mesma forma: “A nova Lei, no seu art. 44, resolve a questão, proibindo, expressamente, penas restritivas de direitos para os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1, e 34 a 37”.

Poucas foram as vozes na doutrina que se voltaram contra a proibição trazida pela nova Lei de Drogas. Rodrigo Mendes Delgado assim expunha seu pensamento (2009, pag. 122):

Merece reprovação e, portanto, críticas, quando trouxe “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”. Consoante dito e transcrito acima, o Supremo Tribunal Federal já vinha aplicando pena restritiva de direitos em caso de pena aplicada no patamar mínimo, que era de 3 (três) anos e desde que os demais requisitos, objetivos e subjetivos, estivessem presentes, dando assim, aplicabilidade ao art. 44, do CP.

A briga permaneceu somente na doutrina até que o Supremo Tribunal Federal julgasse o Habeas Corpus nº 97.256/RS e posterior edição da Resolução nº5/2012, pelo Senado Federal.

5.4- Do julgamento do Habeas Corpus n° 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal

Em 01 de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Alexandre Mariano da Silva, onde pleiteava a concessão da conversão de sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois havia praticado o crime de tráfico privilegiado.

A Defensoria Pública da União alegava inconstitucionalidade da vedação da conversão pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, por violar as garantias constitucionais da individualização da reprimenda (artigo 5º, inciso XLVI), da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto a lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, inciso XXXV) e da proporcionalidade da resposta estatal ao delito (artigo 5º, inciso LIV).

Nas palavras do Impetrante (2010, pag.125):

[...] 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 direitos, 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 de 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 este que depende da análise de todos os fatos relevantes para o direito. No presente caso, esses fatos são: prática de tráfico de pequena quantidade de entorpecente, por agente cujas circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e condenado à pena mínima prevista para o crime.

O Ministro Ayres Britto, relator do julgamento, em seu voto foi favorável a declaração de inconstitucionalidade da vedação, fundamentando sua decisão, rebatendo a corrente que entende que a lei de crimes hediondos proíbe a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, dizendo que não há impedimento para a substituição, uma vez que a espécie de pena a ser aplicada deve anteceder a fixação do regime de cumprimento de pena, que não tem nada a ver com a substituição da pena e progressão de regime.

Assim entende Luiz Regis Prado (2002, pag. 494/495):

Em se tratando de delito previsto na Lei n° 8.072 (Lei de Crimes Hediondos), cabe dizer que a exigência constante nesse diploma – a saber, cumprimento integral da pena privativa de liberdade aplicada em regime fechado (art. 2º, § 1º) – não constitui óbice à eventual substituição da pena privativa de liberdade imposta por penas restritivas de direito. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses de cumprimento efetivo da pena de prisão, e a substituição desta por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter início a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por restritiva de direitos deve atender, concomitantemente, aos requisitos objetivos e subjetivos listados no artigo 44 do Código Penal. E apenas quando preenchidas as exigências legais será possível a substituição. O rótulo do delito como “hediondo” não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiriam a referida substituição alguns delitos elencados na Lei 8.072/90, desde que satisfeitos os requisitos impostos à concessão da medida, visto que não consta da legislação especial – e tampouco do Código Penal – qualquer dispositivo contrário.

E continua o Ministro Relator Ayres de Britto (2010, pag. 135), fundamentando sua decisão, dizendo que a lei comum não tem força para tirar do magistrado que esta proferindo uma sentença o poder-dever de aplicar uma pena que ele juiz, analisando o caso concreto, julgue mais eficaz, até mesmo aplicando regras de ponderação. Diz ainda que não se pode retirar a possibilidade do julgador de se movimentar com discricionariedade dentro da alternatividade da sanção.

Prosseguindo em seu voto, enfoca o princípio constitucional da individualização da pena, dizendo (2010, pag. 137/138):

De proposição em proposição interpretativa, tendo por objeto o inciso XLVI do art. 5º da Constituição, chegamos a um novo patamar de inteligência: a garantia constitucional da individualização da pena foi regradada pela Constituição em dispositivo anterior, justamente, àquele, referente aos crimes hediondos (aqui, inciso XLVI do art. 5º, ali inciso XLIII). Mais que isso, a garantia em apreço antecede o próprio rol de penas que o Magno Texto Republicano aponta como possíveis de fixação por lei. Quer dizer: ao começar o seu discurso normativo sobre a garantia da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º, reprise-se), a Constituição brasileira o fez em termos absolutamente assecuratórios ou proclamativos dessa garantia. Ela mesma, Constituição Federal, sem precisar da lei comum, fez de tal garantia uma cabal situação jurídica subjetiva de todo e qualquer indivíduo, independente do crime por ele cometido ou mesmo a pena que venha sofrer. Daí a mencionada alocação topográfica para significar que, perante a nossa Lei Maior, a garantia da individualização da pena tudo recobre, no sentido de que é permanente assim do crime quanto do castigo; ou seja, ao requestrar o comando intercalar da lei, a Lei Maior fez apenas para que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade do instituto (individualização da pena) em tempo de cada tipo penal. Não para excluir do âmbito desse peregrino direito adjetivo qualquer dos tipos criminais, dado que se trata de situação jurídica ativa concebida para incidir em face de qualquer dos delitos legalmente descritos e do seu específico apenamento. Por isso que nela própria, Magna Carta, nenhuma exceção foi aberta a incidência da personalização da reprimenda.

Nenhuma. Nem por ocasião do atuar legislativo do Estado nem nas subsequentes fases da dosimetria da pena e do regime de execução intramuros penitenciários. No particular, cuida-se de enunciado constitucional que escapa à classificação das “*normas restringíveis*” (“*normas de eficácia contida*” na linguagem de José Afonso da Silva), pois insuscetível de contração no seu núcleo deôntico ou de intransigente proteção individual.

Defende em seu voto que a Constituição consagrou o princípio da proporcionalidade, e que a pena privativa de liberdade não é a única a cumprir a função retributiva-preventiva, uma vez que as demais penas também trazem em seu bojo essa função, e não há ser humano melhor para dizer qual pena cumpre melhor essa função do que o juiz que esta analisando o caso concreto (2010, pag. 139).

Alberto Silva Franco já entendia ser possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico, desde a vigência da Lei 6.368/76, nas suas palavras (2007, pag. 195/196):

A aplicabilidade das penas restritivas de liberdade revela-se, sobre tudo, adequada em relação a hipóteses menores de tráfico ilícito de entorpecentes, para as quais a sanção penal se mostrava, por vezes, excessiva ou desproporcionada. Como observa Francisco de Assis Toledo, “o fato de que o tráfico passou a ser tratado com extremo rigor desde o advento da Constituição de 1988, não constitui argumento suficiente para invalidar a opção do legislador”. Como a zona fronteira entre o vício e o tráfico nem sempre é muito nítida, a possibilidade da aplicação aos casos ocorrentes da pena substitutiva é uma boa solução, permitindo a correção ou a atenuação daqueles excessos. De igual teor é o parecer de Mário Magalhães Papaterra Limongi: “Não se pode dizer que a legislação mais dura tem permitido a condenação dos principais traficantes. Quem se der ao trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, mulas, permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio. Como a legislação não distingue, pratica o mesmo crime quem transporta toneladas de cocaína como a mulher do preso que, em dia de visita, leva ao seu companheiro pequena quantidade de maconha”.

O Ministro Ayres de Britto quase findando o seu voto, invoca os tratados e convenções internacionais, aprovados e inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo normas supralegais, de hierarquia intermediária.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, em seu artigo 3º, § 4º, alínea “c”, dispõe sobre a possibilidade de cada Estado internamente adotar uma política criminal que

possibilite a aplicação de penas substitutivas ao tráfico de drogas analisando o caso concreto (2001, Senado Federal):

Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior.

Acompanharam o voto do relator os Ministros: Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Celso Mello e Dias Toffoli.

O Ministro Joaquim Barbosa, votou de maneira divergente do relator, fundamentando seu voto apoiando-se na teoria de que a substituição de pena não cabe para qualquer crime, e que a lei que estabelece quando elas serão cabíveis, sendo essa possibilidade não derivada do princípio constitucional da individualização da pena, não dando assim, liberdade para o juiz ampliar a análise de cabimento de substituição de pena em todo e qualquer caso concreto. Nas palavras do Ministro (2010, pag. 159):

A primeira dificuldade com que me deparei para considerar inconstitucional a vedação imposta pela Lei de Drogas foi a seguinte: no nosso Direito Positivo, a substituição da pena não é cabível em qualquer crime. Com efeito, o Código Penal traz vedações à substituição da pena em várias situações, como se observa no artigo 44. Assim, a menos que consideremos esse dispositivo inconstitucional, temos de reconhecer que o juiz, em vários casos, é impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista, justamente, esta vedação legal.

E continua (2010, pag.159):

Pergunto: por qual razão não poderia o legislador, este mesmo que estabeleceu as vedações do art. 44 do Código Penal, vedar a substituição de pena no crime de tráfico de drogas, que a própria Constituição da República considerou um crime gravíssimo, cuja prática autoriza, inclusive, a extradição de brasileiro naturalizado (art. 5º, LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei)? Ou será que o art. 44 do Código Penal também inconstitucional, por violar o princípio da individualização da pena estabelecido no art. 5º XLVI, da Constituição da República.

Explica ainda que, no caso da nova Lei de Drogas, o que o legislador fez, foi apenas restringir o campo de atuação do juiz quando da aplicação da pena,

não extinguindo a ação do juiz com relação a individualização da pena. E continuando, diz que a única vedação a espécie de pena que a lei pode restringir é a pena de morte, e as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (2010, pag. 163).

Guilherme de Souza Nucci explica bem sobre a individualização da pena (2007, pag. 38):

Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego do seu vizinho.

Explica o Ministro (2010, pag. 164) que se de outra forma fosse, aplicando o princípio da individualização de pena de forma contida, o legislador não iria poder criar nenhuma pena, mas sim, o juiz individualizar estas da maneira que bem entender.

Quase no fim de seu voto, Joaquim Barbosa diz que essa vedação é a mínima que deve ser aplicada ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em suas palavras (2010, pag. 167):

Aliás, com a vênia do eminente Relator, considero que estas são restrições mínimas no tratamento a ser dispensado pelo legislador ordinário aos crimes hediondos; a Constituição estabelece como necessárias essas vedações legais à fiança, à graça e à anistia. Contudo, não extraio desse dispositivo um impedimento a outras vedações legais, pois o preceito em questão não é uma garantia para os condenados por crimes hediondos, mas sim uma restrição dos condenados pela prática desses crimes. Considerar o contrário significaria que a Constituição da República limitou quais as vedações legais que poderiam ser impostas aos crimes hediondos, mas não as limitou em relação a outros crimes, o que gera profunda perplexidade.

E termina fazendo uma crítica (2010, pag. 168):

Considerada a vagareza e abstração das normas constitucionais, o excesso interpretativo, longe de realizar os direitos e garantias individuais, aumentará a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa, produzindo a inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico elaborado pelo legislador eleito, especialmente considerando uma Constituição extensa como a brasileira.

Acompanharam a divergência os Ministros: Marco Aurélio, Ellen Gracie e Cármen Lúcia.

Com isso, foi declarada inconstitucional a vedação da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, devendo o magistrado, quando da individualização judicial da pena, analisar o caso concreto, e desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei 11.343/06, verificar a possibilidade de aplicação de uma pena restritiva de direitos no lugar de uma privativa de liberdade, quando o indivíduo tenha praticado o crime de tráfico privilegiado.

Essa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, teve efeito apenas *inter partes*, pois no controle difuso de constitucionalidade, somente as partes envolvidas na lide suportam seus efeitos, não podendo estes ultrapassar os limites da ação.

E ainda, os efeitos dessa decisão são *ex tunc*, ou seja, efeitos retroativos, pois em regra, no controle difuso, a decisão atinge a lei desde a sua edição, tornando a mesma nula de pleno direito. No entanto, no controle difuso, pode ser atribuído o efeito *ex nunc* ou para o futuro.

5.5- Da Suspensão da norma pelo Senado Federal no controle difuso

Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n° 97.256/RS, o Senado Federal, por questão de política criminal editou a Resolução n° 5/2012, suspendendo a norma trazida pela Lei 11.343/2006, que impedia a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para o crime de tráfico privilegiado. A redação do artigo 1° da referida resolução é a seguinte (2010, STF):

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.

Com isso, não restam mais dúvidas, é perfeitamente possível a aplicação de penas restritivas de direitos em substituição das penas privativas de

liberdade no crime de tráfico privilegiado, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, e ainda, analisado o caso concreto.

5.5.1- Do controle difuso

O controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado em qualquer juízo ou tribunal, devendo apenas serem observadas regras de competência.

Realiza-se no caso concreto, declarando a inconstitucionalidade de forma incidental (*incidenter tatum*), sendo essa prejudicial ao exame do mérito.

Com relação ao julgamento nos tribunais deve ser observada a cláusula de reserva de plenário, trazida pelo artigo 97, da Constituição Federal, que dispõe que pelo voto da maioria de seus membros, o tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

No caso de recursos que cheguem até o Supremo Tribunal Federal, este também estará realizando o controle difuso, decidindo de forma incidental.

A decisão do juízo ou tribunal no controle difuso gera efeitos entre as partes, não podendo ultrapassar os limites estabelecidos pela lide, e ainda, os efeitos atingem a norma desde a sua edição, portanto, tem efeito *ex tunc*, retroativos, podendo ainda o Supremo, decidir que o efeito será *ex nunc* ou para frente, por questões de segurança jurídica.

Pode, no entanto, o Senado Federal, por força do artigo 52, X, da Constituição Federal, editar uma resolução, suspendendo no todo ou em parte, a execução da norma, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo. Logo, neste caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, com posterior edição de resolução pelo Senado, passará a ter eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos, e seus efeitos não retroagem, sendo *ex nunc*.

Há uma exceção com relação a edição de resolução pelo Senado, e seu efeito *ex nunc*, bem lembrada por Pedro Lenza (2010, pag. 231): “Destaca-se o art. 1º, § 2º, do Decreto n. 2.346/97, que, expressamente, fixa a produção de efeitos *ex tunc* para resolução do SF em relação, exclusivamente, à Administração Pública”.

Esse tipo de suspensão poderá ocorrer sobre leis federais, estaduais, distritais, e até mesmo municipais, desde que tenham sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo, no controle difuso de constitucionalidade, de modo incidental.

Questão muito divergente na doutrina é se a competência do Senado Federal com relação a suspensão da norma é vinculada ou discricionária. Pedro Lenza adotando o posicionamento majoritário, sendo esse também o posicionamento do Senado Federal e do Supremo tribunal Federal, ensina (2010, pag. 231):

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal *não esta obrigado a suspender a execução de lei declara inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Contrário a esse posicionamento esta Dirley da Cunha Júnior (2011, pag. 332):

A propósito do tema, entendemos, na esteira da opinião destes autores, que se cuida de uma competência vinculada do Senado, que tem o *dever jurídico-constitucional* de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não podemos olvidar as razões que ensejaram o Constituinte de 1934 e os Constituintes de 46, 67 (inclusive da Emenda n° 01/69) e de 88 a instituírem essa atribuição do Senado, com vistas a prevenir a plethora de ações judiciais e a possibilidade de existirem decisões judiciais conflitantes, com a consequente e lamentável estado de insegurança jurídica. De modo que, entender como discricionário ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, como o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir se confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não confere, deixando abertas as vias geradoras de incerteza no direito. Ademais, aceitar a liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução de ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade.

Fora toda essa discussão doutrinária, o Senado Federal, por questões de política criminal, resolveu editar a Resolução 05/2012, e suspender a parte da norma que proibia a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado.

5.5.2- Da política Criminal

A política criminal é um conjunto de meios através do qual o Estado tenta controlar eficazmente a criminalidade.

Fernando Galvão a conceitua da seguinte forma (2000, pag. 23):

Assim, a política criminal pode ser melhor conceituada como o conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou da aplicação e execução da disposição normativa. Coerente com a opção política fundamental do Estado, a política criminal define o que deve ser considerado comportamento delitivo e quais são as estratégias mais adequadas ao combate à delinquência. No que diz respeito às estratégias de atuação prática da Justiça, a política criminal efetivamente influencia a escolha e desenvolvimento dos procedimentos necessários a investigação, processo e julgamento dos comportamentos delitivos.

A política criminal esta intimamente ligada a criminologia, que é a ciência que estuda as causas que levam o indivíduo a cometer crimes. A criminologia fornece dados empíricos para que possam ser traçadas estratégias de política criminal, combatendo assim o crime com eficiência. E posteriormente, com a inserção dessa política criminal, ela vai gerar a criminologia correspondente.

As Penitenciárias brasileiras estão cada vez mais superlotadas, sem contar ainda os Centros de Detenção Provisória e as Cadeias Públicas. Fere-se com isso o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da individualização administrativa da pena, e o pior, coloca aquele indivíduo que é considerado de baixa periculosidade com indivíduos integrantes de facções criminosas, induzindo os mesmo ao cometimento de novos crimes, fazendo com que o Estado falhe na aplicação do caráter preventivo da pena.

Fica claro que o Senado na edição da Resolução n° 05/2012, adotou critérios de política criminal, preferindo dar ao juiz a possibilidade de aplicar no caso concreto uma medida restritiva de direito ao indivíduo que eventualmente traficava, e que não tinha ligação com o crime, do que encarcera-lo por um período em uma penitenciária com traficantes de verdade, inserindo-o em um ambiente hostil e cheio de pessoas de má índole, que podem facilmente induzi-lo a prática de novos delitos.

Preferiu o Senado garantir a efetivação do caráter retributivo, retribuindo ao condenado o mal que ele causou através da aplicação de uma pena,

e do caráter preventivo da pena, mostrando a ele que o Direito Penal é imperativo e tem eficácia perante toda sociedade, e ainda, reeducando o mesmo para o convívio em sociedade, através da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado, analisando o caso concreto, do que continuar encarcerar um indivíduo nessas condições, fazendo com que não fossem garantidas a sua dignidade e a efetiva individualização administrativa da pena.

6- CONCLUSÃO

O legislador pátrio inovou com a nova Lei de Drogas, trazendo uma pena mínima e máxima maior para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Retirou a pena de prisão para os usuários e dependentes. E ainda, diferenciou o traficante eventual do traficante habitual, concedendo para o primeiro redução de pena. E por fim, trouxe a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado.

Com essa vedação, ele engessou o magistrado durante a aplicação da pena no caso concreto, uma vez que este percorrendo as fases de aplicação desta, quando chegava no momento de verificar o cabimento da conversão, e esta em tese era possível, ele deparava-se com a referida proibição, sendo obrigado então a aplicar uma pena privativa de liberdade para o indivíduo que era primário, tinha bons antecedentes, e não se dedicava à atividades e nem integrava organização criminosa.

Não pode o legislador subtrair do juiz que analisa o caso concreto, que tem contato com o criminoso e com as provas produzidas, o seu poder-dever, pois este é que está no permanente esforço para conciliar segurança jurídica e segurança material.

A individualização da pena deve ser analisada pelas três órbitas que a compõe: legislativa, judicial e administrativa. Não basta que o legislador venha e imponha benefícios e vedações, se o juiz não tem como aplica-las, ou quando é possível aplica-las, estes não podem ser cumpridos, ou quando podem ser cumpridos, acabam ineficazes, e pior, quando geram um maior índice de reincidência.

Deve assim, ser individualizada a pena, buscando sobre as três vertentes, cumprir o seu papel principal, ou seja, fazer com que a pena cumpra seu papel retributivo-preventivo, reintegrando assim o indivíduo na sociedade.

Acertada foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC97.256/RS, declarando inconstitucional a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos contida no parágrafo 4º do

artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/06, com o fundamento que tal vedação afrontava o princípio da individualização judicial da pena.

E merece aplausos, a conduta do Senado, ao editar a Resolução nº 05/12, em uma atitude de política criminal, suspendendo a parte dos artigos referidos no parágrafo anterior, e conseqüentemente autorizando a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiados, desde que preenchidos todos os requisitos na análise do caso concreto.

Ficou clara que a atitude do Senado trata-se de uma medida de política criminal, uma vez que a pena não vem atingindo seu objetivo por diversos fatores como: penitenciárias sem condições humanas dignas; sem possibilidades de ressocialização; mistura de presos integrantes de facções criminosas com presos de baixa periculosidade; mistura de presos que cometeram outros crimes com presos por crime de tráfico; mistura de presos com penas altas com presos com penas baixas; demora na concessão de benefícios de progressão de pena e livramento condicional; falta de programas de egressos.

Com a adoção de tal política, o preso ainda irá receber uma pena, pois mesmo sendo restritiva de direitos trata-se de pena, e ele estará sujeito a limites impostos pela pena restritiva de direitos aplica a ele, fazendo assim, com que a pena cumpra seu caráter preventivo-retributivo.

Fica claro que o julgamento do Supremo Tribunal Federal e a posterior suspensão da norma pelo Senado, visa a alteração do contexto nacional sobre aplicação da pena privativa de liberdade, uma vez que, a população carcerária brasileira cresceu 450% no período de 1.990 e 2.010, enquanto que a população nacional cresceu apenas 26,7% no mesmo período, segundo dados do site Wordprees, utilizando dados fornecidos pelo site do Ministério da Justiça Nacional.

Além de alterar o contexto da aplicação de penas, esta privilegiando a aplicação da pena restritiva de direitos, visto a sua maior eficácia no que diz respeito a ressocialização do criminoso, e ao não cometimento de novos delitos, uma vez que o seu índice de reincidência é de 5%, enquanto que para os que cumpriram pena privativa de liberdade é de 80%, segundo o Professor de Direito Penal da PUC Minas e Advogado Criminalista Leonardo Isaac Yarochevsky, em seu trabalho “A Cidade dos Presos”, utilizando como referência uma pesquisa publicada pela Folha de São Paulo, no dia 14 de julho de 2004.

Por fim, cabe dizer qual a pena restritiva que mais se aperfeiçoaria no caso concreto, quando for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico privilegiado.

No caso da prestação pecuniária, esta é direcionada à vítima, e ainda, por se tratar de pagamento em dinheiro, tira em parte o caráter retributivo da pena, pois o indivíduo pagando a prestação, esta será extinta, não devendo assim ser aplicado no caso de substituição da pena.

No que se relaciona a perda de bens e valores, não se deve ser aplicada no caso de substituição da pena, uma vez que esta também tem fundo pecuniário, e em tese o tráfico ilícito de drogas não causa nenhum prejuízo.

A interdição temporária de direitos também não deve ser aplicada no caso da substituição, pois esta é prevista para casos específicos, elencados no Código Penal, não estando o crime de tráfico privilegiado previsto nessas hipóteses.

Com relação a pena de prestação de serviços à comunidade, esta seria a modalidade de pena substitutiva mais adequada no caso da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o indivíduo, em tese, cumpre uma pena por igual período da pena privativa de liberdade que foi condenado, não tendo privada sua liberdade, estando diretamente ligado com a sociedade e com sua família, uma vez que ao terminar o período diário de prestação de serviços, pode ele retornar para sua casa e interagir com a sociedade. Tem assim, maior caráter retributivo-preventivo, reintegrando gradativamente o indivíduo na sociedade.

7- BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1

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

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal**. 15 edição, Saravia.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. 3. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado,1998.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.484 de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.940

BRASIL. **Decreto-Lei no 3.688 de 03 de Outtubro de 1.941. Lei das Contravenções Penais**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941.

BRASIL. **Decreto-Lei no 3.914 de 09 de Dezembro de 1.941. Lei de Introdução do Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941.

BRASIL. **Decreto-Lei no 3.925 de 17 de Setembro de 2.001**. Brasília, DF: Senado Federal. 2.001.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de Dezembro de 1.941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. 1.941.

BRASIL. **Lei 8.072 de 25 de Julho 1.990**. Brasília, DF: Senado Federal. 2.006.

BRASIL. **Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2.006**. Brasília, DF: Senado Federal. 2.006.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas: reeducação adequada ou estímulo a impunidade?**. 2. ed. Sao Paulo: Max Limonad, 2000

CRUZ, Walter Rodrigues da. **As penas alternativas no direito pátrio**. Leme: LED, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2011

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

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

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo. RT, 6° ed., 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência**. 2. ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **LEI de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343, de 23.08.2006**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. 1.

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

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 26. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Lei antidrogas anotada: comentários à lei n. 11.343 de 2006**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

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

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

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**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010-2011. v. 1.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006-2010. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 3º ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n.7.209 de 11-07-1984 e a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. São Paulo: LED, 2004, v.1.

www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21506028/rvc-rvc-215717520118070000-df-0021571-7520118070000-tjdf. Acessado em 01/05/2012.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acessado em 23/08/12.

www.obid.senad.gov.br/portais/Internacional/biblioteca/documentos/links/Onu/convencoes/327095.pdf. Acessado em 04/09/2012.

www.permissavenia.wordpress.com/2011/04/27/sistema-penitenciario-pesquisa/ Acessado em 16/09/12.

www.tjdft.jus.br/consultas/despachos-e-decisoes-do-tjdft. Acessado em 16/09/12

www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx. Acessado em 16/09/12.

www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802487897&pv=01000000000&tp=51. Acessado em 16/09/12.

www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601265056&pv=0000000000. Acessado em 16/09/12.

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653717. Acessado em 16/09/12.

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1967382. Acessado em 16/09/12.

www.yarochewsky.com.br/artigo.php?f=cidade.htm. Acessado em 16/09/12.