

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

FILIFE POTRIKUS CASTANHETTI

**ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06: A VEDAÇÃO DA CONVERSÃO EM PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITO SOB A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM FACE DO RECENTE JULGADO DO STF nº
108.387.**

CRICIÚMA

2013

FILIFE POTRIKUS CASTANHETTI

**ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06: A VEDAÇÃO DA CONVERSÃO EM PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITO SOB A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM FACE DO RECENTE JULGADO DO STF nº
108.387.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA

2013

FILIFE POTRIKUS CASTANHETTI

**ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06: A VEDAÇÃO DA CONVERSÃO EM PENAS
RESTRITIVAS DE DIREITO SOB A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM FACE DO RECENTE JULGADO DO STF nº
108387**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 28 de junho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho – Especialista – UNESC - Orientador

Prof. Frederico Mendes – Especialista – UNESC

Prof. Leandro Alfredo da Rosa – Especialista – UNESC

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso à
minha Família, meu pai Antonio, minha mãe
Dilvani e à minha irmã Monique.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, à meus pais Antonio e Dilvani que, com seu esforço me colocaram no lugar que hoje estou, à minha irmã, por todo o seu carinho, aos meus avós e tio.

Agradeço também aos meus esplêndidos amigos, Ariadine Faraco, Carolina Carlessi, Giancarlo Ferreira Girelli, Izabor Correa Moretti e Natália Warmling, os quais, por cinco anos, foram companheiros, parceiros, enfim, muito mais que colegas de classe, se tornaram família por todas as manhãs e tempo que passamos juntos, nunca deixando um ao outro desistir ou perder a força.

Ao meu Professor Orientador, Alfredo Engelmann Filho, por todo o seu apoio e ensinamento.

Ao meu chefe, João Paulo Colombo Cardoso, por me incentivar e ser compreensivo nos momentos que necessitei.

Obrigado a todos que mesmo não citados aqui, contribuíram para mais essa fase da minha vida.

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação”.

Cesare Beccaria

RESUMO

Este trabalho visa a análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, no caso de tráfico de drogas, Lei 11.343/2006, artigo 33, §4º, vedada, anteriormente, pela Lei 8.072/90. A vedação foi subtraída da lei, inicialmente, pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256, do Supremo Tribunal Federal, o qual declarou sua inconstitucionalidade. Em outro julgamento de *Habeas Corpus*, nº 108.387, acórdão de principal análise deste trabalho, o mesmo tribunal reconheceu que houve lesão ao direito do apenado por não levar em conta o magistrado *a quo* o princípio da individualização da pena e a análise das peculiaridades do caso. O tema é dividido, então, em três capítulos: no primeiro, apresentam-se os princípios penais constitucionais de garantia; no segundo, têm-se as penas e suas espécies, a privativa de liberdade e seus regimes de cumprimento e as penas restritivas de direitos, bem como os requisitos para a substituição; no terceiro capítulo, apresentam-se jurisprudências e doutrina embasando o entendimento da possibilidade da substituição e uma análise dos julgados recentes. Entende-se, então que, após os *Habeas Corpus* acima citados, foi acertada a decisão de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, visto que, do contrário, a pena não estaria atingindo seus fins, quais sejam, retribuir, prevenir e ressocializar.

Palavras-chave: Pena Privativa. Pena Restritiva. Vedação. *Habeas Corpus*. Requisitos. Substituição.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
art.	Artigo
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execuções Penais
Min	Ministro
nº	Número
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSITUCIONAIS DE GARANTIA	11
2.1 O QUE É PRINCÍPIO E SUA DIFERENCIAÇÃO DAS REGRAS.....	11
Demonstra-se assim, a necessidade da utilização dos princípios no âmbito jurídico e não tão somente da legislação positivada.	15
2.2 OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSITUCIONAIS DE GARANTIA	15
3 HIPÓTESES DE CABIMENTO PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO	27
3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUAS ESPÉCIES	27
3.1.1 DOS REGIMES PENAIIS	30
3.2 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUAS ESPÉCIES	32
3.2.1 REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS	38
4 JULGADO Nº 108.3887 DO STF, POSSIBILITANDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006	42
4.1 DOS FINS DA PENA	42
4.2 A POSSIBILIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E NA LEI DE DROGAS	43
4.3 ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006, JULGADO Nº 108.387 DO STF E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS POSSIBILITANDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS	46
5 CONCLUSÃO.....	52
12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com este trabalho de conclusão de curso, a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Tem-se como objetivo central desta pesquisa a análise de princípios, legislação e jurisprudência referente à possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos termos do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006.

O objetivo específico deste trabalho de conclusão de curso consiste em analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do acórdão do *Habeas Corpus* nº 108.387, do Supremo Tribunal Federal. Sob esta ótica, são apresentados os princípios penais constitucionais de garantia, bem como, a necessidade do cumprimento dos requisitos presentes no artigo 44 do Código Penal como condição para a substituição da reprimenda.

O método de abordagem utilizado neste trabalho é o dedutivo, as técnicas de pesquisas utilizadas foram a qualitativa, teórica e bibliográfica.

No primeiro capítulo, são apresentados os princípios constitucionais penais de garantia que embasam e servem de alicerce para o desenvolvimento do segundo e terceiro capítulo, culminando na possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mostrando a inconstitucionalidade da antiga vedação e importância de referidos princípios para o reconhecimento da pungente lesão ao direito do apenado.

Em segundo momento, no capítulo 2, são estudadas as penas privativas de liberdade existentes em nosso ordenamento, suas espécies e os regimes penais a que se submetem, bem como, as penas restritivas de direito e formas de cumprimento. Por fim, são apresentados os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como, as circunstâncias presentes no artigo 59, do Código Penal que devem ser analisadas para embasar a substituição.

No terceiro capítulo, traz-se o julgado ensejador que fundamenta a monogamia, o *Habeas Corpus* nº 108.387, do Supremo Tribunal Federal, o qual, em sua decisão, determinou que o juízo *a quo* fundamentasse sua decisão com base nas peculiaridades do caso concreto, analisando os quesitos do artigo 59, do Código Penal usando, como princípio norteador, o princípio da individualização da pena. Abarca, também, neste capítulo, o precedente principal do entendimento da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o *Habeas Corpus* nº 97.256 e, para finalizar, colacionam-se ainda outros acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Portanto, proceder-se-á a análise de todos os princípios penais constitucionais de garantia, os requisitos e condições, artigos 44 e 59, respectivamente, do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito presente no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, bem como, o julgado 108.387 (*Habeas Corpus*) do Supremo Tribunal Federal.

2 OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA

2.1 O QUE É PRINCÍPIO E SUA DIFERENCIAÇÃO DAS REGRAS

A criação de leis pelo poder legislativo, nem sempre é suficiente para dirimir todos os problemas, conflitos, disputas e entraves judiciais existentes hoje em nossa sociedade.

Diante da necessidade de suprir essa insuficiência restante, ou talvez, partes dos conflitos e disputas que a lei não consegue alcançar, ou nela não contém a solução adequada, surge a busca premente de formas alternativas de resposta para os embates, nesse território, é requisitando-se o auxílio dos princípios do Direito.

No mesmo sentido, assinala o doutrinador:

[...] quanto a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de *actuação* das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros actos legislativos, desde que a *lei formal* isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objeto de regulamentação das matérias. (CANOTILHO, 2010 apud MORAES, 1998, p. 635).

É sabido que o direito à liberdade é um direito fundamental, assegurado em nossa Constituição. Devido a este motivo, o magistrado no momento de mensuração, bem como aplicação da pena deve reger-se pelas regras, ou seja, legislações positivadas e, também, pelos princípios que garantem a efetivação do direito supracitado.

Isto posto, verifica-se:

[...] Socorre-se, então, o magistrado do princípio regente para sanar dúvidas e contradições, ultrapassando obstáculos e garantindo que o Direito Penal cumpra seu papel de interventor – embora em caratê subsidiário – nos conflitos existentes em sociedade, punindo os infratores que causarem significativas lesões a bens juridicamente tutelados. (NUCCI, 2009, p. 30)

Visando o entendimento do que é princípio no nosso ordenamento vale lembrar conforme Alexy (2008, p. 86) que “Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”.”

Ainda, assinala o Alexy (2008, p. 87) “[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.”

Junior (2010, p. 27) diz que “[...] *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”.

Ávila ao abordar o assunto sucintamente destaca

Em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela *natureza da descrição normativa*: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido.(2011, p. 83)

Em uma maior análise de especificidade quanto às diferenças entre princípios e regras, tem-se:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.(ALEXY, 2008, p. 90 e 91).

Pode-se acrescentar o fato de que:

Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à idéia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas “desenvolvidas”, às normas “criadas” deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de posituação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.(ALEXY, 2008, p. 109).

Evidencia-se, portanto, a dimensão alargada quanto à aplicabilidade dos princípios, não se abstenendo o seu uso em uma esfera restrita, devido ao fato da

generalidade de sua interpretação, ao passo que as regras são restritas, “são ou não são”, já que, se devidamente positivadas e válidas, a sua interpretação não pode fugir além do que prescreve e de sua nomenclatura.

Ainda relacionado à distinção dos princípios e das regras, é assegurado o seguinte:

As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como contribuem para a decisão*. Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Por exemplo, o princípio da proteção dos consumidores não tem pretensão monopolista, no sentido de prescrever todas e quaisquer medidas de proteção aos consumidores, mas aquelas que possam ser harmonizadas com outras medidas necessárias à promoção de outros fins, como livre iniciativa de propriedade. (ÁVILA, 2011, p. 76)

No que diz respeito à característica de complementaridade dos princípios, ou seja, a sua utilização juntamente com as demais regras para a aplicação da decisão obtém-se do ensinamento de Ávila (2011, p. 77) que “*Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade*”.

Assim, para a efetivação de seu uso:

[...] realça a colaboração constitutiva dos aplicadores do Direito para a concretização dos princípios. Precisamente porque os princípios instituem fins a realizar, os comportamentos adequados à sua realização e a própria delimitação dos seus contornos normativos dependem – muito mais do que dependem as regras – de atos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, sem os quais os princípios não adquirem normatividade. (ÁVILA, 2011, p. 78).

Portanto, conforme Junior (2010, p. 26) os princípios “[...] conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos *hard cases*, realizar a interpretação de maneira mais conforme à Constituição [...]” .

Ademais, referente ao âmbito de implicância dos princípios:

[...] Os princípios instituem o dever de adotar comportamento necessário à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. [...] Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido. (ÁVILA, 2011, p. 80).

No que concerne à correlação entre regras e princípios:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem uma. Tal observação é de mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder. (ÁVILA, 2011, p. 121).

Ao tratar-se do ponto de vista dos doutrinadores penais, os princípios do direito penal também são primordiais para a aplicação da lei ao caso concreto. Para Nucci (2007, p. 25) “*Princípio*, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo.”

Referido autor, destaca em obra diversa e específica em relação aos princípios:

Dentre os vários significados do termo *princípio*, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito. (NUCCI, 2010, p. 35).

No entendimento de Prado

Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (2010, p. 139)

Ainda:

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros pressupostos técnico – jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os

critérios que inspiram as exigências político-criminais. (PRADO, 2010, p. 139).

Com a mesma prerrogativa, Nucci (2010, p. 36) afirma “[...] como regra, os princípios protegem os direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais.”

Portanto, conforme Capez verifica-se que

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto. (2009, p. 9)

Demonstra-se assim, a necessidade da utilização dos princípios no âmbito jurídico e não tão somente da legislação positivada.

2.2 OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA

Prado (2010, p. 33) enumera os princípios penais constitucionais de garantia, no total de doze princípios conforme maioria dos doutrinadores e os nomeia de princípios fundamentais do direito penal, quais sejam, 1) Princípio da legalidade ou da reserva legal; 2) Princípio da dignidade da pessoa humana; 3) Princípio da culpabilidade; 4) Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos; 5) Princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade (*ultima ratio legis*); 6) Princípio da proporcionalidade; 7) Princípio da humanidade; 8) Princípio da adequação social; 9) Princípio da insignificância; 10) Princípio da segurança jurídica; 11) Princípio do *ne bis in idem*; 12) Princípios da pessoalidade e da individualização da pena.

Ressalta-se que os princípios citados são de suma importância para aplicação efetiva da lei penal, tanto quanto primordiais para a dosimetria da pena e garantismo de uma justiça igualitária, não opressora e excessiva para os que dela dependem ou necessitam.

O primeiro princípio citado é o da legalidade ou, como também chamado, reserva legal, presente no artigo 1º do Código Penal e com base constitucional no artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal, sobre este princípio Prado afirma:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*). (2011, p. 140)

Para Nucci (2010, p. 81), “A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar *crime* determinada conduta, caso exista previsão em *lei*”.

No entendimento de Bitencourt

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (2011, p. 41)

Isto posto, salienta diferente doutrinador:

Acrescente-se, por fim, que o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige, ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins de caracterização da infração e imposição da sanção respectiva. (ESTEFAM, 2010, p. 111).

O princípio da dignidade da pessoa humana emana do respeito que se deve possuir para com os valores do homem, é a preocupação com a integridade do mesmo dentro da aplicação das regras penais.

Neste princípio, conforme Prado

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como *pessoa*, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se, assim, “um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. (2010, p.143)

Dotti (2010, p. 122) diz que o princípio da dignidade humana “[...] assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; determina que a pena seja

cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado [...]"

Para Nucci (2010, p. 150) "A concretude do princípio da humanidade depende da clara conscientização dos Poderes do Estado, mais particularmente do Judiciário. [...]"

Este último autor ainda destaca que:

[...] Ninguém, no universo da natureza humana, é infalível; erros existem de todos os naipes, dentre eles as infrações penais. Contra estas, com certeza, pode e deve insurgir-se a sociedade, por seus poderes regularmente constituídos, mas, tendo por limite e por fronteira, a humanização de seus atos de suas punições. (NUCCI, 2010, p. 146).

Quanto ao princípio da culpabilidade, este está elencado em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, ou seja, ninguém poderá ser culpado enquanto não houver o fim do respectivo processo judicial e da sentença transitada em julgado.

Conforme preceitua Estefam

O princípio da culpabilidade ou *nullapoenasine culpa* traduz-se na vedação da responsabilidade objetiva. A idéia de agragar a responsabilização criminal à noção de dolo ou culpa somente foi haurida como requisito fundamental numa etapa recente da evolução do Direito Penal.(2010, p. 116)

Nucci (2010, p. 226) diz ser "[...] A sanção penal, avaliada no seu espectro multifacetado, atende a retribuição e a prevenção ao crime. Voltando-se a qualquer desses aspectos, evidencia-se a indispensável exigência de dolo ou culpa para conferir razoável legitimidade à punição. [...]"

Para Prado (2010, p. 145) "[...] a culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda a pena [...]"

Antes de falar acerca do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, é importante tentar alocar um conceito ao bem jurídico, assim, Prado afirma

[...] o conceito de bem jurídico-penal, como sendo um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem. Não há, pois, que confundi-lo com o objeto da ação ou material que é o elemento (v.g., coisa móvel, no delito de furto) sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal.(2010, p. 147)

Desta forma, conceitua-se:

Disso ressaí que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos abrange a idéia de ofensividade ou lesividade, visto que esta última é conata ao delito que necessariamente há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. (PRADO, 2010, p. 146).

Já Estefam diz que:

Deriva, como muitos dos já estudados, do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito (isto é, todos se submetem ao império da lei, que deve possuir conteúdo e adequação social). Dele decorre que o direito penal não pode tutelar valores meramente morais, religiosos, ideológicos ou éticos, mas somente atos atentatórios a bens jurídicos fundamentais e reconhecidos na Constituição Federal. (2010, p. 120)

Em outra opinião:

O *princípio do bem jurídico*, refletido por diversas normas constitucionais (arts. 5º, 6º, 14, 144, 170 e SS.) deve integrar todo o sistema penal moderno, afeiçoando às exigências de um estado Democrático de Direito e compor o vasto repertório dos fatos ilícitos. Não é admissível a incriminação de condutas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduos e à coletividade. (DOTTI, 2010, p. 134).

No que tange ao princípio da intervenção mínima, em latim como *ultima ratio legis*, este preconiza a intervenção da lei penal apenas quando for estritamente necessário, ou seja, quando não houver outra saída para a manutenção da paz entre os homens.

Escreve Capez (2009, p. 17) que este princípio “assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

Mais além o mesmo autor afirma “A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal”.

De acordo com Prado

O princípio da *intervenção mínima* ou da subsidiariedade decorrente das idéias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento *ilustrado* estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. (2010, p. 148)

Ainda:

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um *mínimo* imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. (PRADO, 2010, p. 148).

Para Estefam (2010, p. 121) “Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como última saída (*ultima ratio*). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas.”

Nucci (2010, p. 168) afirma que o Direito Penal deve se manifestar quando “[...] Esgotadas as medidas punitivas extra penais, permanecendo a reiteração do ato lesivo, capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social, lança-se mão do tipo penal incriminador, viabilizando-se a intervenção estatal penal.”

Portanto, conforme o doutrinador abaixo:

O *princípio da intervenção mínima* deve, obrigatoriamente, ser atendido pelo Poder Legislativo através de critérios sólidos na elaboração da lei penal, elegendo apenas os bens jurídicos dignos de proteção pelo Direito Penal e que guardam estreita relação com a Constituição. (DOTTI, 2010, p. 140).

Ademais, tem-se que:

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada ou não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve se a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2011, p. 49)

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, este tem certa correlação com o princípio da individualização da pena, o qual será visto adiante e é princípio de importância vital para que a pena seja aplicada de forma adequada.

Segundo Capez

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). (2009, p. 20)

Prado ressalta que:

De primeiro, convém observar que, na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos [...] (2010, p. 149)

O mesmo autor destaca:

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poenadebetcommensurardelicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em resumo, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente. (PRADO, 2010, p. 151).

Afirma Estefam (2010, p. 123) “[...] a proporcionalidade fora concebida como limite ao poder estatal em face da esfera individual dos particulares; tratava-se de estabelecer uma relação de equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, ou seja, entre os objetivos que a norma procurava alcançar e os meios dos quais ela se valia.”

Neste sentido, assinala o doutrinador:

Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas. (CAPEZ, 2009, p. 21).

Corroborando com o significado do princípio da proporcionalidade da pena tem-se que:

A *proporcionalidade da pena* é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal “necessária e suficiente para reprovação do crime” (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. (DOTTI, 2010, p. 137).

Em relação ao princípio da humanidade, o mesmo se faz presente ao verificar-se segundo Capez:

A vedação constitucional da tortura e de tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art. 5, III), a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis (art. 5º, XLVII), o respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, e LXVI)[...]. (2009, p. 21)

Autor diverso também afirma:

Em um Estado democrático de Direito vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a *dignidade humana* [...]. Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. (PRADO, 2010, p. 152).

Neste diapasão:

[...] Do princípio de humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa [...] O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente [...]. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 155).

Novamente em menção à Capez

Disso resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico.)(2009, p. 22)

No que tange ao princípio da adequação social, sua função maior é de garantir a não arbitrariedade do legislador, é também relacionado com o princípio da intervenção mínima do estado, conforme ensina a maioria da doutrina, ao passo que, se a sociedade aceita determinada conduta, não há porque o estado interferir e até mesmo tipificar determinado ato. Em termos leigos, Estefam dispõe que:

O Direito Penal há de ser produzido e aplicado com um mínimo de racionalidade. Não faz sentido incriminar comportamentos socialmente adequados. A lei não pode coibir condutas úteis para o corpo social. Imaginemos, por exemplo, uma norma que vedasse doações a pessoas carentes, impondo a quem desrespeitasse pena de detenção. Não há como negar o absurdo em que esta norma resultaria. O legislador não pode agir de modo arbitrário, incriminando toda e qualquer conduta, sem critério algum. Por esse motivo, a tipificação de fato socialmente adequado deve ser repudiada e, dada sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, tida por inconstitucional.(2010, p. 121)

Prado ressalta que:

O fundamento do princípio da adequação social está em estabelecer os limites da liberdade de ação social, sendo sua característica primordial "a necessidade de afetação a um bem jurídico, no sentido de que o legislador não considera com caráter geral tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ao ordenado funcionamento da vida social".(2010, p. 154)

Neste diapasão, obtém-se de outro doutrinador:

Inexiste razão para a intervenção do Direito Penal, quando se está diante de conduta socialmente adequada, vale dizer, amoldada aos preceitos gerais de Direito e, em particular, harmonizada com a realidade social da atualidade. Outra vez, anote-se a missão pacificadora do Estado, em matéria penal, sem interferir em demasia nos conflitos sociais e, muito menos, intervindo em situações onde sua presença é simplesmente ignorada ou desprezada pelos protagonistas. (NUCCI, 2010, p. 184).

Segundo Capez

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade. (2009, p. 16)

Outro princípio penal constitucional de garantia, importante para a correta aplicação do direito penal na sociedade moderna, de acordo com Estefam (2010, p. 119), é o princípio da insignificância ou bagatela.

Tal autor destaca que este princípio teve seu desenvolvimento por Claus Roxin, onde visa que para ser exercida a tutela sobre objetos jurídicos a lesão causada a estes tem de possuir relevância, do contrário, nada serviria mexer todo o maquinário estatal para apurar lesão que não prejudicasse ou causasse mal algum a ninguém.

Bitencourt descreve o seguinte:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio da bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. (2011, p. 51)

Do contrário, se não houver lesão a nenhum direito, dispõe Zaffaroni e Pierangeli:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). (2006, p. 483)

Para Prado (2010, p. 156) “[...] A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em caso de danos de pouca importância.”

O autor supracitado destaca ainda que:

“O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados.” (PRADO, 2010, p. 156).

Capez (2009, p. 11) assevera que “A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.”

Portanto:

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. (CAPEZ, 2009, p. 11).

Atualmente, segundo Prado (2010, p. 160), com o desenvolver das tecnologias e os meios de comunicação, os negócios feitos de forma cada vez mais simplificadas e rápidas, é necessário que se tenha no que confiar, ou seja, um alicerce para assegurar o bem estar.

Por isso, salienta Prado

De conformidade com uma perspectiva *objetiva* – regularidade estrutural e funcional – de suas exigências, a segurança jurídica demanda uma *correção estrutural*, de adequada formulação das normas jurídicas, e uma *correção funcional*, de garantia do cumprimento das normas por seus destinatários, em especial pelos órgãos encarregados de sua aplicação. Na dimensão *subjetiva*, encarna a idéia de *certeza* do Direito (corolário da legalidade), como “projeção nas situações pessoais das garantias estruturais e funcionais da segurança objetiva”.(2010, p. 161)

No que tange ao princípio da vedação da dupla punição, segundo Estefam (2010, p. 122) relativo princípio em latim ganha o termo de *ne bis in idem*, ou seja, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato.

Para Nucci (2010, p. 219) “A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso é decorrência de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento.”

Conforme outro doutrinador:

O CP estabelece uma relação de circunstâncias que sempre agravam a pena, “quando não constituem ou qualificam o crime” (art. 61). Não se admite que a mesma circunstância, relativa ao autor ou ao fato, possa ser considerada duas ou mais vezes sobre a pena que está sendo aplicada. Esta regra impede a sanção cumulativa e realiza um princípio clássico, já inserido em muitas Cartas Políticas, de que ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma falta. (DOTTI, 2010, p. 607)

Prado afirma:

O princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). (2010, p. 158)

Ainda:

“Noutro dizer: do ponto de vista substancial, o referido princípio traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato, e de que ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato (aspecto formal).” (PRADO, 2010, p. 158).

Desta feita, de acordo com Estefam

O *ne bis in idem*, finalmente, impede que, na dosagem da pena, o juiz leve em conta o mesmo fato mais de uma vez, seja para beneficiar, seja para agravar a sanção imposta. Por exemplo, se o agente comete homicídio contra uma vítima de 10 anos, a pouca idade do ofendido será levada em conta como causa de aumento de pena (art. 121, §4º, parte final) e não como agravante (art. 61, II, *h*); caso contrário, utilizar-se-á a mesma circunstância duas vezes, uma como agravante e outra como causa de aumento de pena. (2010, p. 122)

Ao tratar da individualização da pena, Bitencourt (2011, p. 661) faz um breve relato de como este princípio surgiu e sua atual importância para a justa aplicação do direito, destacando a relevância dos Magistrados de nosso País de analisarem detalhadamente caso a caso.

Referido autor ressalta que, na Idade Média, a justiça sendo arbitrária devido às exigências políticas da tirania não estabelecia limites para a sanção penal. Assim, a iniciativa do Direito Penal da modernidade criar uma pena mais condizente, tentando delimitar uma pena para cada tipo de crime e não deixar ser aplicado uma pena arbitrariamente.

Nesses termos, Bitencourt (2011, p. 667) “[...] E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. [...]”

Estefam expõe:

A pena será individualizada, conforme determina expressamente nossa Constituição (art. 5º, XLVI). Individualizar significa dar tratamento único, especial – tratar o agente como um indivíduo, como uma pessoa única, que cometeu um fato cujas peculiaridades devem ser analisadas.(2010, p. 298)

Pertinente, também é a lição de Zaffaroni e Pierangeli

[...] não se pode deixar de reconhecer que é bastante ampla a apreciação judicial, o que o obriga a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, não sendo, em absoluto, suficiente uma menção genérica aos artigos do Código Penal, que não torna perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto.(2007, p. 707)

Para Prado (2010, p. 149) “O princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução”.

Pelo mesmo norte, quanto ao momento da fixação da pena, considerando-se o princípio da individualização, destaca-se o entendimento de Serretti:

Princípio da Individualização da Pena: presente no art. 5º, XLVI, da Constituição. Na aplicação da pena deve o juiz levar em consideração o grau da lesão efetivada pelo réu ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora bem como suas características pessoais, como a sua personalidade, sua conduta social, os motivos do crime e as consequências deste, para fixação do *quantum* de sua pena-base.(2009, p. 19)

Nesse diapasão, destaca Capez

[...] A constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, XLVI, que a lei regulará a individualização da pena. Individualizar a pena é também adaptar a sua execução às características pessoais do condenado, com o objetivo de proporcionar a sua reintegração social. Buscando sempre readaptar o condenado ao convívio social, a individualização da pena em matéria de execução, pressupõe que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda tratamento penitenciário adequado [...].(2009, p. 368)

Por fim, corroborando com os entendimentos supracitados tem-se a seguinte afirmativa:

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. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida injusto. (NUCCI, 2009, p. 34)

Deste modo, após diferenciar os princípios das regras e trazer os princípios penais constitucionais de garantia, os quais fomentam a justa aplicação da pena e o respeito à dignidade da pessoa humana, tem-se que, com eles, o direito penal irá se aproximar cada vez mais de forma exata com o conceito de justiça.

3 HIPÓTESES DE CABIMENTO PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO

3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUAS ESPÉCIES

Quanto à origem da pena privativa de liberdade, Prado (2010, p. 525) nos leva ao tempo em que a pena era apenas uma forma de custódia provisória do acusado, enquanto o processo de execução da pena era aguardado.

De acordo com Estefam (2010, p. 302), durante muitos séculos, a pena mais utilizada era a pena capital, juntamente as corporais, inflamantes e cruéis. A prisão em si teve sua origem nos mosteiros da Idade Média. No decorrer dos tempos, a iniquidade dessas penas foi reconhecida e, juntamente com Beccaria, John Howard foi decisivo na construção de penas privativas de liberdade mais humanizadas.

Assim, é destacado o seguinte:

A prisão somente surge como pena no Direito Canônico, através do recolhimento, em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais de Igreja. Tinha, predominantemente, caráter de expiação, com o objetivo primeiro de estimular o arrependimento dos condenados. (PRADO, 2010, p. 525)

Para Capez a pena consiste em uma

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (2009, p. 363)

Nesta lógica, para Estefam (2010, p. 290) “Trata-se de uma sanção, de caráter aflitivo, consistente na restrição a algum bem jurídico, cuja inflição requer a prática de um injusto culpável”.

Ao entendimento de Nucci (2010, p. 379) “É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a *prevenção* a novos crimes”.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 675) “As penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo”.

No entendimento de Dotti (2010, p. 534)

A pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico penal. Não admitidas as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e nem qualquer outra natureza cruel (CF, art. 5º, XLVII), permanece a pena de prisão à frente de todas as demais sanções criminais. Trata-se de reconhecer que, para determinadas formas graves de ilicitude e para certas formas de comportamento humano, não existe outra providência estatal mais adequada visando à prevenção e à repressão da criminalidade. A supressão da liberdade do infrator é o *contragolpe* à lesão por ele provocada.(2010, p. 534)

O Código Penal, em seu artigo 32, enumera quais são as penas no nosso ordenamento jurídico, vejamos:

Art. 32. As penas são:
I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – de multa.(BRASIL, 2013a).

No Brasil, as espécies de penas privativas de liberdade são: reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais). Assim, da mesma forma afirma Dotti (2010, p. 576) “A reclusão, a detenção, e a prisão simples são as únicas modalidades de penas privativas de liberdade adotadas pelo sistema positivo [...]”.

Sobre a matéria, destaca Dotti (2010, p. 536) “A reclusão é uma espécie de pena privativa de liberdade que deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto [...]”.

Com relação à detenção, também trata Dotti (2010, p. 536) “A detenção é uma espécie de pena privativa de liberdade que deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto [...]”.

Para Dotti (2010, p. 536) “Uma das características diferenciadoras entre a detenção e a reclusão consiste na maior gravidade dos crimes apenados com reclusão. A diferença aparece nos momentos da cominação e da aplicação da pena”.

Assim, o Código Penal dispõe:

Art. 33. A pena reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade.(BRASIL, 2013a).

No mesmo sentido, Bitencourt (2012, p. 603) “[...] somente os chamados crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade”.

Quanto ao entendimento de outro autor sobre a pena privativa de liberdade tem-se:

O código de 1940 estabeleceu duas penas privativas de liberdade – reclusão (art. 30) e detenção (art. 31) -, proibindo a sua execução conjunta, o que nunca foi respeitado. O texto vigente mantém essa distinção, ainda que praticamente tenham sido suprimidas as diferenças entre a reclusão e a detenção, pois o art. 33 fixa, unicamente, que a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi – aberto e aberto, enquanto a detenção só pode ser cumprida em regime semi – aberto ou aberto, “salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Quanto à execução, não existem diferenças entre as duas espécies de pena. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 677)

Assevera Nucci (2010, p. 390) “[...] a reclusão é cumprida *inicialmente* nos regimes fechado, semiaberto e aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto [...]”.

“De modo geral, pode-se dizer que a pena de reclusão é mais severa que a de detenção, motivo pelo qual destina-se a delitos mais graves”. (ESTEFAM, 2010, p. 305).

Há uma ressalva, conforme Prado (2010, p. 530): “Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida”.

Referente à prisão simples, Dotti (2010, p. 537) afirma que é uma das modalidades da pena privativa de liberdade, sendo esta cominada, expressa e de forma exclusiva, para as contravenções penais, sendo que esta forma de sanção é um dos critérios previstos na Lei de Introdução do Código Penal para conseguirmos distinguir crime de contravenção. Para ele, é uma perda de liberdade a ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

De igual modo, abstrai-se:

[...] A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem criminosos. (NUCCI, 2010, p. 390)

Estefam (2010, p. 306) aponta algumas características da pena de prisão simples, tais quais, seu cumprimento sem rigor penitenciário; seu cumprimento apenas no regime semiaberto e aberto, ainda que o sentenciado pratique falta grave durante a execução da pena, não podendo ser regredido para o regime fechado; o condenado não pode ficar em conjunto com os que cumprem pena de reclusão ou detenção; por fim, o trabalho é facultativo para penas de até quinze dias.

3.1.1 DOS REGIMES PENAIIS

Prado (2010, p. 531) nos traz que, inicialmente, a Lei nº 6.416/1977 era disciplinadora do nosso sistema de penas e fazia uma divisão entre os condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em quatro modalidades, reclusão e detenção – perigosos e não perigosos. Ainda, conforme o autor, os sentenciados perigosos eram obrigatoriamente submetidos às regras do regime fechado. Todavia, os não perigosos, se a pena não ultrapassasse oito anos, eram recolhidos em um estabelecimento de regime semiaberto.

Prosseguindo com referido autor, tem-se que com a Lei nº 7.209/1984 a distinção entre os tipos de regimes foi abandonada em razão da periculosidade do agente. Hoje, os regimes das penas, quais sejam, fechado, semiaberto e aberto, são estipulados de acordo com o mérito do condenado, exceto no que toca ao período inicial de cumprimento da sanção, cujos fatores como reincidência e quantidade da pena aplicada, podem alterar o cumprimento do regime.

O mesmo autor conclui que são três os regimes, portanto:

a) Regime Fechado: a pena privativa de liberdade é executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, conforme preceitua o artigo 33, §1º, “a)” do Código Penal;

Neste sentido temos:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo

necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;(BRASIL, 2013a).

b) Regime Semiaberto: é admitida a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, com fulcro no artigo 33, §1º, “b)” do Código Penal.

Assim temos:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;(BRASIL, 2013a).

c) Regime Aberto: o cumprimento da pena é feito em casa de albergado ou estabelecimento adequado, de acordo com artigo 33, §1º, “c)” do Código Penal.

E ainda:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

[...]

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.(BRASIL, 2013a).

Na mesma linha de raciocínio tem-se que:

A Lei n. 7.209/84 manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituído pela Lei n. 6.416/77. Abandonou, contudo, a periculosidade como fator determinante para a adoção deste ou daquele regime, como fazia aquele diploma legal. Agora, os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado num autêntico sistema progressivo. (BITENCOURT, 2012, p. 604)

Desta feita o:

[...] Código Penal regula a execução da pena privativa de liberdade, de acordo com três regimes: fechado, semi-aberto aberto (art. 33, *caput*), esclarecendo que a pena de reclusão deverá ser cumprida nos três regimes e a de detenção nos regimes semi-aberto e aberto. Todavia, a detenção pode ser cumprida em regime fechado se, após o início do seu cumprimento, o detento, por sua conduta, regressa no regime progressivo,

até o ponto de tornar necessária a sua transferência para o regime fechado. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 683)

Neste diapasão destaca Queiroz

O Código adotou um sistema progressivo de execução em três regimes prisionais: fechado, semi-aberto e aberto, cuja individualização judicial deverá estar conforme a culpabilidade do autor. O Cumprimento em regime fechado dar-se-á em presídio de segurança máxima ou média (penitenciária); o semi-aberto, em colônia agrícola ou industrial; e o aberto, em casa de albergado ou em estabelecimento adequado (CP, art. 33, §1º) e em prisão domiciliar (LEP, art. 117).(2008, p. 356)

3.2 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUAS ESPÉCIES

Bitencourt (2012, p.639/642) nos traz que as penas não privativas de liberdade, ou seja, as alternativas, são consideradas como sanções modernas, tanto que, por mais que se aceite as penas privativas de liberdade como um marco das sanções penais, esta não superou ou sequer atingiu seus objetivos. Portanto, necessitou-se da reformulação do sistema e esta luta teve início com Von Liszt. Destaca que a primeira pena alternativa surgiu na Rússia, no ano de 1926, e, desde então, começou uma verdadeira busca por alternativas à prisão.

Segundo Estefam

É interessante observar que a busca pelas penas alternativas tem sido o grande alvo da comunidade internacional com vistas a saídas para as mazelas da prisão. A pena privativa de liberdade ainda configura o mecanismo criminal por excelência e, por hora, a humanidade não criou outro instrumento mais eficaz, sobretudo para lidar com crimes graves. Percebeu-se, contudo, que no lugar de penas alternativas de liberdade de curta duração deve-se enfatizar o emprego de meios alternativos. No início do século passado, já se criticava os maléficos que uma pena privativa de liberdade de duração pequena poderia acarretar. Sob tal influxo surgiram, dentre outros, o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*) – criado no século XIX na Bélgica e na França.(2010, p. 318)

Na visão de Dotti

A experiência dos últimos anos em matéria de política criminal e penitenciária tem revelado que as sanções penais alternativas são necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes menos graves e para os quais não se exige perda da liberdade. Essa última modalidade de resposta ao ilícito deve ser reservada para os casos de maíosa ofensa aos bens jurídicos e de maior culpabilidade do infrator.(2010, p. 538)

“Penas alternativas significam todas as penas que não envolvam o encarceramento”. (ESTEFAM, 2010, p. 317)

Em conceito mais sucinto, Dotti (2010, p. 538): “As *restritivas de direitos* são reações aplicadas contra o autor da infração, limitando o exercício de determinados direitos, liberdades ou garantias. Tais penas, como a designação bem o diz, destinam-se a *restringir ou recortar* determinados direitos do condenado [...]”.

De acordo com o que dispõe Nucci, as penas restritivas de direitos

São sanções penais autônomas e substitutivas. São substitutivas porque derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Não há, no Código Penal, tipos incriminadores prevendo, no preceito secundário, pena restritiva de direito. Portanto, quando o juiz aplicar a pena privativa de liberdade, pode substituí-la por restritiva, pelo mesmo prazo da primeira. São autônomas porque subsistem por si mesmas após a substituição. O juiz das execuções penais, diretamente, cuidará de fazer cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros. (2010, p. 418)

Corroborando, afirma-se:

[...] as penas restritivas de direito previstas no estatuto atual são autônomas – e não acessórias -, sendo, de conseguinte, inadmissível sua cumulação com as penas privativas de liberdade. São, de fato, substitutivas destas últimas, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do *quantum* correspondente à privação da liberdade, para ao depois proceder-se à sua conversão em pena restritiva de direitos, quando isso for possível. (PRADO, 2010, p. 553)

Observamos então que:

Ao adotá-las, o legislador pretendeu reservar a pena privativa de liberdade para as situações consideradas a seu juízo absolutamente necessárias e, pois, não passíveis de substituição por pena mais adequada. As penas restritivas de direito são, assim, autênticas penas alternativas, porque têm a finalidade de substituir a pena de prisão, espinha dorsal do sistema penal brasileiro. Exatamente por isso, tais penas não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade. (QUEIROZ, 2008, p. 374)

No entender de Prado

A adoção das penas restritivas, a princípio foi feita de modo cauteloso, abrangendo tão somente as penas privativas de liberdade inferiores a um ano e os delitos culposos. Com o advento da Lei 9.714/1998, que conferiu nova redação aos artigos 43 a 47 e 55 do Código Penal, houve a criação de novas modalidades de penas restritivas de direitos – prestação pecuniária e perda de bens e valores (art. 43, I e II) – assim como o aumento significativo do seu campo de atuação, estendendo-se agora não só aos delitos culposos, qualquer que seja a pena aplicada, mas também às penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, se o crime não for cometido com violência ou com grave ameaça à pessoa (art. 44, I). (2010, p. 554)

No que tange as espécies das penas restritivas de direitos temos:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V – interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI – limitação de fim de semana. (BRASIL, 2013a).

Referente à prestação pecuniária, segundo Prado (2010, p. 557) “[...] consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos”.

Salienta-se o seguinte:

Preferencialmente, o montante da condenação, nesta sanção, *destina-se à vítima ou a seus dependentes*. Só, excepcionalmente, em duas hipóteses, o resultado dessa *condenação* em prestação pecuniária poderá ter outro *destinatário*: (a) se não houver dano a reparar ou (b) não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nesses casos, e somente nesses casos, o montante da condenação *destinar-se-á* a “entidade pública ou privada com destinação social”. A *excepcionalidade* dessa possível *destinação secundária* prende-se ao *caráter indenizatório* que referida sanção traz na sua finalidade última. Por isso, *primeiro, deverá reparar o dano* ou prejuízo causado à vítima ou seus dependentes, e somente na ausência destes (vítima/dependentes) ou daqueles (dano ou prejuízo) o produto resultante da *condenação* poderá *destinar-se* “a entidade pública ou privada com destinação social”. (BITENCOURT, 2012, p. 653)

Ainda nesse diapasão tem-se:

Como se extrai da própria lei, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a instituição pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz em sentença condenatória, dentro dos parâmetros por ela estabelecidos. Essa pena possui evidente natureza reparatória. A sentença que fixa o *quantum* da multa também estabelece as condições de pagamento, que pode ser até mesmo parcelado para atender à situação econômica do sentenciado. Nada impede que o juiz, depois de fixada a multa reparatória, possa estabelecer um número de parcelas a requerimento do sentenciado, dos destinatários ou por iniciativa do Ministério Público, para a satisfação do débito, uma vez que, em se tratando de reparação, a transação é perfeitamente possível. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2009, p. 692)

A legislação apresenta:

Art. 45. [...]

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

se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)(BRASIL, 2013a).

Ao tratar da perda de bens e valores Nucci (2010, p. 419) afirma “[...] consiste na transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com prática do crime, o que for maior”.

Na visão de outro doutrinador:

A perda de bens ou valores, como modalidade da pena restritiva de direitos, é uma sanção autônoma, caracterizada pela apropriação de coisas móveis ou imóveis pertencentes ao autor do crime e que devem ser transferidas ao Fundo Penitenciário Nacional, ressalvado outro destino conforme a legislação especial. Uma dessas exceções é prevista pela Constituição ao dispor que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias (parágrafo único do art. 243). (DOTTI, 2010, p. 547)

Assim diz a lei:

Art. 45. [...]

[...]

[...]

§ 3o A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.(BRASIL, 1940).

Tratando-se da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, esta se deu no Brasil pelo legislador estar conforme Bitencourt

Contagiado por festejados sucessos que foram alcançados em alguns países europeus, o legislador brasileiro de 1984 acreditou no *potencial não dessocializador* da “prestação de serviços à comunidade”. Acautelou-se, contudo, determinando que as *atividades atribuídas ao sentenciado* devem guardar estreita correspondência com as *aptidões pessoais* de cada um e não coincidir com a jornada normal de trabalho, de forma a alterar o mínimo possível a rotina diária. A doutrina tem conceituado a *prestação de serviços à comunidade* como o “dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários”.(2012, p. 661)

Nucci destaca:

Deve-se atribuir ao sentenciado tarefas conforme sua aptidão, pois não se pode admitir que a pena de prestação de serviços à comunidade, através da reeducação pelo trabalho, transforme-se em medida humilhante ou cruel. Não há razão para se colocar um médico, por exemplo, lavando roupa num hospital, se ele poderia ali estar oferecendo seus préstimos e dando consultas.(2010, p. 431)

Explicando ainda mais sobre o assunto, temos:

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas – somente aplicável às condenações superiores a seis meses de prisão – consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado a serem prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (CP, art. 46, §§ 1º e 2º), os quais devem ser credenciados ou convencionados (LEP, art. 149, I), incumbindo-lhes encaminhar ao juiz da execução relatório mensal das atividades do condenado e comunicar eventuais faltas (LEP, art. 150).(QUEIROZ, 2008, p. 381)

A legislação positivada nos dita o seguinte:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)(BRASIL, 2013a).

Referente à interdição temporária de direitos Estefam (2010, p. 328) nos traz: “As interdições temporárias de direitos consistem na proibição de exercício de determinados direitos, durante prazo correspondente ao da pena de prisão substituída”.

Ainda, Zaffaroni e Pierangeli, afirma

A perda de certos direitos, permanente ou temporária, é sumamente antiga e deu causa às penas infamantes ou de honra, como também a algumas penas pecuniárias, e, na sua manifestação mais extremada, à morte civil. Na atualidade, estas penas são reguladas de diversas maneiras na legislação comparada, tanto como penas principais como penas acessórias.(2009, p. 695)

Prado (2010, p. 561) ao seguir o Código Penal em seu artigo 47, afirma que as penas de interdição temporária de direito englobam a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo; a proibição do

exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar determinados lugares.

Corroborando com os entendimentos já citados, ressalta Dotti

São *interdições temporárias de direitos* as restrições taxativamente previstas na lei penal e que impedem o gozo ou o exercício de determinados direitos do condenado. O vocábulo *interdição* deriva de *interdictio*, de *interdicere* (proibir, vedar) e exprime, em amplo sentido, toda *proibição* relativa à prática ou à execução de certos atos ou à privação de certas faculdades. (2010, p. 554)

E a lei:

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

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011) (BRASIL, 2013a).

Ao se falar da limitação de fim de semana, abstrai-se de Bitencourt

A prisão *descontínua* que recebe denominações diversas, *limitação de fim de semana* (Brasil), *prisão por dias livres* (Portugal), *prisão por tempo livre* (Alemanha) ou *arresto de fim de semana* (Bélgica e Espanha), tem a intenção de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, de manter suas relações com sua família e demais relações sociais, profissionais e etc. E objetiva, fundamentalmente, impedir o encarceramento com o inevitável contágio do *ambiente criminoso* que essa *instituição total* produz e todas as consequências decorrentes, sem descurar da *prevenção especial*. (2012, p. 657)

“Consiste na obrigação de o condenado se recolher em finais de semana em Casa de Albergado ou estabelecimento similar. Tem natureza de prisão descontínua, embora o legislador a considere pena restritiva de direitos.” (ESTEFAM, 2010, p. 330).

Queiroz nos aponta que:

A limitação de final de semana – uma espécie de prisão de fim de semana, uma vez que o condenado fica privado da liberdade durante a sua execução – consiste na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, preferencialmente, por cinco horas diárias (num total de 10 horas de pena), em casa de albergado ou em outro estabelecimento adequado (CP, art. 48;

LEP, art. 152), sendo que durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. Na prática, tal pena tem-se revelado um grande fracasso, porque poucos foram os Estados que se dignaram a criar as tais casas de albergado, impossibilitando a sua execução grandemente.(2008, p. 384)

O Código Penal nos descreve:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)(BRASIL, 2013a).

Em seguida,serão analisadas as hipóteses para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, culminando em uma das situações acima, dependendo do caso concreto.

3.2.1 REQUISITOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS

Neste capítulo, primeiramente, demonstraremos os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Destacamos Bitencourt

A possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade, como fez a Alemanha, está estabelecida no Código Penal brasileiro e à disposição do juiz para ser executada no momento da *determinação da pena* na sentença (art. 59, IV, do CP), já que, por sua própria natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor. E, como na dosagem da pena o juiz deve escolher a *sanção mais adequada*, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado e, particularmente, a *finalidade preventiva*, é natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade. Ao determinar a quantidade final da pena de prisão, se esta não for superior a quatro anos ou se o delito for culposo, o juiz, imediatamente, deverá considerar a possibilidade de *substituição*.(2012, p. 643)

Do artigo 59 do Código Penal temos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)(BRASIL, 2013a).

Ainda, conforme o autor supracitado tem-se que, para haver a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos, devem ser cumprido alguns requisitos, que se dividem em objetivos e subjetivos e estão elencados no artigo 44 do Código Penal.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO)(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)(BRASIL, 2013a).

Prado (2010, p. 564) nos ensina que os requisitos objetivos do artigo 44 a serem cumpridos são:

- a) que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; ou
- b) que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena aplicada

Cumprido os requisitos de natureza objetiva, o mesmo autor destaca ainda os de natureza subjetiva, arrolados nos incisos II e III, do artigo 44, do Código Penal, quais sejam:

- a) que o réu não seja reincidente em crime doloso;
- b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição seja suficiente.

No mesmo sentido apresentam-se, segundo Capez (2009, p. 409), os requisitos objetivos são que a pena privativa de liberdade aplicada deva ser igual ou inferior a quatro anos e, se for por condenação em crime culposo, a substituição será possível, independente da quantidade da pena imposta, não existindo tal requisito; e a natureza da infração penal, ou seja, o crime deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Salienta-se que o crime culposo, mesmo quando cometido com emprego de violência, como é o caso do homicídio culposo e das lesões corporais culposas, admite a substituição por pena restritiva, nos mostrando que a lei refere-se, assim, somente à violência dolosa.

Um dos requisitos necessários é não ser o acusado reincidente. Todavia, se, entre a extinção do crime doloso anterior e a prática de um novo delito doloso tiverem se passado mais de cinco anos tendo em vista ter-se operado a prescrição quinquenal o condenado fará jus à substituição; e o outro, compreende-se na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, salvo duas, as de natureza objetiva que são o comportamento da vítima e consequências do crime.

Corroborando com o exposto, temos:

São três os requisitos objetivos e um subjetivo, decomposto em vários itens (art. 44, CP): *objetivos*: a) aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em delito doloso; *subjetivo*: condições pessoais favoráveis; d1) culpabilidade; d2) antecedentes; d3) conduta social; d4) personalidade; d5) motivos; d6) circunstâncias. (NUCCI, 2010, p. 420).

E ainda podemos citar:

A substituição de pena privativa da liberdade por penas restritivas requer o concurso simultâneo dos seguintes requisitos, conforme dispõe o art. 44 do

Código: 1) que a pena aplicada não seja superior a quatro anos; 2) que não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; 3) que o réu não seja reincidente em crime doloso; 4) que circunstâncias judiciais sejam favoráveis, isto é, que a culpabilidade, antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias indiquem a substituição como suficiente. Em se tratando de concurso formal, material ou continuado de crimes, a substituição terá em conta o total das penas aplicadas. (QUEIROZ, 2008, p. 375).

Por fim, no próximo capítulo analisar-se-á o julgado nº 108.387 do Supremo Tribunal Federal que justifica todos os capítulos anteriores deste trabalho, o qual possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no caso do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

4 JULGADO Nº 108.3887 DO STF, POSSIBILITANDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006

4.1 DOS FINS DA PENA

Capez (2009, p. 364) mostra que as finalidades da pena são apresentadas por meio de três teorias: a Teoria Absoluta ou da Retribuição, Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou da Prevenção e pela Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória.

A Teoria Absoluta afirma que a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal, sendo a pena uma retribuição do mal injusto.

A Teoria Relativa mostra que a pena tem o fim imediato de prevenção do crime, geral ou especial. A prevenção seria especial porque a pena busca a readaptação e a segregação social do criminoso para fins de impedir o ato de delinquir novamente. A prevenção geral se faz pela intimidação direcionada ao âmbito social.

A teoria mista posiciona-se no sentido de que a pena tem o objetivo de punir e prevenir a prática do crime por meio da reeducação e intimidação do coletivo.

Prado (2010, p. 512) retrata que a Teoria Absoluta se faz com base na retribuição, a pena serviria para compensar o mal causado pelo crime.

No que tange à Teoria Relativa, o autor também destaca sua divisão na prevenção geral e especial: a primeira, é identificada como uma intimidação, temor aos possíveis delinquentes, focada à sociedade, enquanto a segunda, se alicerça na periculosidade do indivíduo, buscando sua cessação e ressocialização do infrator.

Relativo à Teoria Mista, também chamada de Unitária ou Eclética, tem-se que, na atualidade, esta é a teoria mais adotada, e visa a retribuição jurídica da pena juntamente com o fim da prevenção geral e especial, ou seja, importando-se também com a reintegração do preso na sociedade.

Neste sentido temos:

A Teoria Retribucionista, ou absoluta, tem como fundamento a retribuição do dano causado pelo infrator mediante a aplicação de uma pena, sem a menor preocupação como delinqüente. A Teoria Relativa ou Preventiva a Pena defende um entendimento contrário ao tido pela Teoria Retribucionista. Para os utilitaristas, a pena tem um fim, como o próprio nome já diz, preventivo, ou seja, a existência de uma sanção para determinado ato transgressivo existe para que as pessoas se abstenham de cometê-lo (prevenção geral) ou evitar a reincidência (prevenção específica). A Teoria Mista ou Eclética veio para consolidar os argumentos e pontos positivos das teorias anteriormente apresentadas, a da retribuição, da prevenção geral e da prevenção específica. (CRUZ e NETO) Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/8/4>>

Neste diapasão:

A pena deve *prevenir e reprimir* as condutas ilícitas e culpáveis. Essa dupla finalidade é expressamente consagrada pelo CP ao dispor que a pena concreta, a substituição por outra espécie, se cabível, e o regime inicial de execução, serão fixados com base nas diretivas do art. 59, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. (DOTTI, 2010, p. 517)

Por isso, a pena tem, como fim, retribuir o delito cometido e prevenir novos crimes, bem como ressocializar o delinqüente e reinseri-lo na vida da sociedade, observando as normas legais e os princípios penais constitucionais de garantia.

4.2 A POSSIBILIDADE DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E NA LEI DE DROGAS

Nem sempre os objetivos da pena são efetivamente alcançados. Os seus fins, em muitas situações, deixavam de ser observados e até mesmo, eram afastados por questões legais, como no caso dos crimes hediondos.

A própria Constituição, em seu artigo 5º, XLIII, retrata que os crimes de maior impacto deveriam ser tratados com maior gravidade e seriedade, ou seja, receber um tratamento mais rigoroso e assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988b)

Nesta esteira de entendimento, conforme Capez (2009, p. 374) a Lei de Crimes Hediondos, número 8.072/90, dispõe, inicialmente, em seu artigo 2º, que os

crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo seriam insuscetíveis de liberdade provisória e a pena deveria ser cumprida *integralmente* em regime fechado.

Uma das consequências era que, dessa forma, era vedada a progressão de regime nos crimes hediondos, sendo cumprida toda a pena em regime de total segregação.

Entretanto, em 23/06/2006, o STF, na apreciação do “Habeas Corpus” nº 82.959, reconheceu a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei supracitada, por entender que o dispositivo referido feria o princípio da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da proibição de penas cruéis.

Surgiram outras disparidades após o julgamento do respectivo HC, visto que o apenado, após cumprir 1/6 da pena, sendo este requisito objetivo e, tendo bom comportamento comprovado pelo diretor do estabelecimento, sendo este o requisito subjetivo, poderia obter a progressão de regime. Ora, segundo o doutrinador acima “[...] dispensou-se tratamento idêntico a crimes gritantemente distintos, fazendo-se *tabula rasa* dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade”.

A partir do advento da Lei nº 11.464/2007, se buscou consertar a distorção criada pelo HC nº 82.959, do STF, deixando claro que a pena dos crimes hediondos e equiparados deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, ou seja, admitindo a partir daí a progressão de regime.

Ainda nos trouxe em seu texto a mudança de que, se o apenado for primário, a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena e, no caso de reincidente 3/5 da pena.

Temos então:

Finalmente, a Lei n. 11.464, de 27 de março de 2007, seguindo orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, minimiza os equivocados excessos da Lei n. 8.072/90, alterando os parágrafos do seu art. 2º, com as seguintes inovações: a) o cumprimento da pena iniciará em regime fechado; b) a progressão de regime nos crimes hediondos ocorrerá após o cumprimento de dois quintos (2/5), sendo o apenado primário, e de três (3/5), se reincidente; c) em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (BITENCOURT, 2012, p. 617)

Corroborando com o entendimento acima, transcrevemos o seguinte:

Registre-se, por fim, que a Lei n. 11.464, de 28-03-2007, alterou os parágrafos do art. 2º da Lei n. 8.072/90, de modo que a pena por crime hediondo ou assemelhado deve ser cumprida em regime inicialmente fechado, admitindo-se a progressão depois do cumprimento de dois quintos da pena, quando o réu for primário, ou três quintos, quando reincidente. Importante consignar que a reincidência a que alude a lei não é a reincidência específica, ou seja, para necessitar cumprir o equivalente a três quintos, basta que o sentenciado que cumpra pena por crime hediondo ou assemelhado ostente condenação transitada em julgado (por qualquer crime), anterior à data do delito hediondo ou equiparado. (ESTEFAM, 2010, p. 310)

Da jurisprudência:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal [...] Crime hediondo ou equiparado (art. 2º da Lei nº 8.072/90). Não obrigatoriedade de fixação do regime prisional inicial fechado. Óbice à fixação de regime inicial fechado (§ 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07). Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ordem concedida de ofício. [...] 6. Esta Corte Constitucional, no julgamento do HC nº 108.840/ES, de minha relatoria, removeu o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determinava que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado", declarando, de forma incidental, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. 7. Writ extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória, bem como para o fim de determinar ao Tribunal competente que i) analise os requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ou pela conjugação dessa com a de multa, nos moldes do que alude o art. 44 do CP; ii) fixe, à vista do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime prisional inicial condizente (HC n. 110.235, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 13-11-2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. PROVA DA AUTORIA. PROPRIEDADE DA DROGA APREENDIDA. FLAGRANTE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. As palavras dos policiais, aliadas aos demais elementos de prova, são requisitos suficientes para demonstrar a autoria delitiva do acusado, mormente quando flagrado consigo entorpecentes embalados separadamente e prontos para comércio. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE SE ESTABELEECER REGIME MAIS BRANDO. FIXAÇÃO CONFORME DITAMES DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU NÃO REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE RESGATAR A PENA NO REGIME ABERTO. Ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, é possível a fixação de regime inicial de cumprimento da pena diferente do fechado, observando-se os parâmetros estabelecidos no Código Penal (art. 33). Inexistindo circunstâncias desfavoráveis e não sendo o réu reincidente, possível a fixação do regime aberto ao condenado a pena inferior a 4 anos (CP, art. 33, § 2.º, c). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06 SUSPENSA POR RESOLUÇÃO DO SENADO

FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. BENESSE CONDEDIDA. Com a entrada em vigor da Resolução n. 5, de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, que suspendeu em parte a redação do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, não há mais falar em vedação legal à substituição da pena corporal por restritivas de direitos ao crime de tráfico de entorpecentes. Uma vez que o crime não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo a pena aplicada inferior a quatro anos, bem ainda, tratando-se de réu primário e favoráveis as circunstâncias judiciais, impõe-se a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.007203-2, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 25-04-2013).

Sendo o entendimento de que a modificação trazida pela Lei nº 11.464, de 2007, deve ser aplicada aos crimes hediondos e equiparados, obtém-se então, sua aplicação para o tráfico de drogas, ou seja, a Lei nº 11.343/2006.

4.3 ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006, JULGADO Nº 108.387 DO STF E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS POSSIBILITANDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS

Com o exposto até aqui, juntamente com o conteúdo elencado na estrutura deste trabalho, justificar-se-á o assunto que vai ser abordado agora, mostrando que, somente com análise aos princípios, e cumpridos requisitos exigidos por lei poderá haver a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, como se deu no HC nº 108.387 e nos seguintes julgados a serem mostrados.

Temos da legislação o descrito a seguir:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2013a)

Observa-se que em um passado não muito distante era, realmente, na forma da lei, vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nas hipóteses do artigo acima colacionado. Tal entendimento mudou recentemente,

por meio do HC nº 108.387, motivado pelo o exposto aqui no trabalho no primeiro e segundo capítulo, sendo agora retificado neste terceiro com análise conjunta de outros julgados e trazendo os princípios ensejadores dessa decisão.

Desta forma, já se percebia que os fins da pena, expostos no início deste terceiro capítulo, não estavam sendo realmente observados.

Primeiro, via-se que os presos não podiam progredir de regime em casos de crimes hediondos, cumprindo a reprimenda em regime integralmente fechado sem possibilidade de progressão.

Assim, sendo a Lei de Drogas equiparada a crimes hediondos, os qualificados no tipo penal do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não poderiam também progredir de regime, conseqüentemente era vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mesmo que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal estivessem a seu favor e que a pena pudesse ser reduzida aquém do mínimo legal.

Num segundo momento, declarada a inconstitucionalidade da vedação à progressão, editou-se a Lei nº 11.464/07 permitindo à progressão após o cumprimento de 2/5 da pena para primário e 3/5 para reincidente.

Portanto, cabe proceder à análise do julgado motivador das mudanças ocorridas, visto agora ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Fixação do *quantum* relativo à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Necessidade de fundamentação idônea. Inocorrência. Ordemparcialmente concedida.

“O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no ‘quantum’ reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC99.440/SP, da minha relatoria, DJe-090 de 16.05.2011).

Contudo, a fixação do *quantum* de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena.

Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP que realize nova dosimetria da pena, reaprecie o regime inicial de cumprimento de pena segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e avalie a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito conforme os requisitos previstos no art. 44 do CP. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº:

108387, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012.

É cediço o entendimento jurisprudencial do STF que o magistrado não é obrigado a aplicar a redução da pena em seu nível máximo, no caso do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, mesmo quando presentes os requisitos para a concessão da benesse.

Todavia, tem-se do julgado que a análise para a determinação da pena não pode usar os mesmos motivos para a redução já utilizados em outra parte da dosimetria, deve-se analisar a particularidade do caso que se tem em mãos e atentar ao princípio da individualização da pena devendo, assim, a redução, ser suficientemente fundamentada pois, neste caso, pode o apenado ter sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos.

Segue ementa de HC no qual foi considerado também a inconstitucionalidade referente à vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da

causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. [...] 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº: 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010.

Em outro *Habeas Corpus* o Ministro Ayres Britto defende a possibilidade da substituição nas seguintes palavras:

[...] não há óbice à substituição das penas privativas de liberdade por outras restritivas de direitos, nos casos de crimes hediondos e de tráfico de drogas [...]. A substituição da pena deve se preceder à incidência do regime de seu cumprimento, não havendo que se cogitar da aplicação da Lei n. 8.072/90 como óbice ao pedido de substituição. Esse raciocínio homenageia, sobretudo, o princípio da individualização da pena, naquela tessitura que se dá em dois momentos: no momento judicial da fixação e no instante administrativo da execução da reprimenda. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº: 85.894, Relator(a): Min. GILMA MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2007).

Neste mesmo sentido, posicionam-se Luiz Régis Prado e Francisco de Assis Toledo, *in verbis*:

Em se tratando de delito previsto na Lei 8.072/90 (Lei dos 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 direitos. E isso porque a fixação do regime se limita às hipóteses do cumprimento efetivo das penas de prisão, e a substituição dessas por penas restritivas de direitos afasta, a princípio, a possibilidade de ter a execução da pena privativa de liberdade determinada na sentença. Demais disso, deve-se ter presente que a substituição da pena imposta por pena 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 “hediondo” não pode figurar como empecilho à substituição, desde que cabível. Em tese, admitiriam a 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 em contrário. (PRADO, 2002, p. 494/495)

Novamente o Ministro Ayres Britto ressalta um ponto importante:

[...] a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo – socializadora ou restritivo – preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição – prevenção – ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz

natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº: 85.894, Relator(a): Min. GILMA MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2007).

E do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina temos o seguinte (grifo meu):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPORTE DE ENTORPECENTES POR DOIS INDIVÍDUOS, EM MOTOCICLETA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO DE AMBOS, EM PRIMEIRO GRAU, POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, E DO CONDUTOR DO VEÍCULO POR DESOBEDIÊNCIA. RECURSO DAS DEFESAS. MORTE DO ACUSADO YURI COMPROVADA POR CERTIDÃO DE ÓBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ANÁLISE DO RECURSO PREJUDICADA. RECURSO DO ACUSADO JEFFERSON. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DOS ENTORPECENTES. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. DECLARAÇÕES HARMÔNICAS ENTRE SI. MÁ-FÉ DOS MILICIANOS NÃO DEMONSTRADA. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IRROGADA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE JURÍDICA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. EFEITO ERGA OMNES CONFERIDO PELA RESOLUÇÃO N. 5/2012 DO SENADO FEDERAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO TRECHO PROIBITIVO DA NORMA CONTEMPLADA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. CONCESSÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006, COM MITIGAÇÃO MÁXIMA. AUSÊNCIA DE INDISPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO A TAIS PROVIDÊNCIAS NA SENTENÇA. RÉU QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. IMPERATIVIDADE DO BENEFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PROVIDO NO PONTO. HONORÁRIOS. DEFENSOR NOMEADO COMO DATIVO SOMENTE EM SEGUNDO GRAU. FIXAÇÃO DA VERBA DE 7,5 URHS, CONFORME ANEXO ÚNICO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 155/97. ANÁLISE DE OFÍCIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. RECONHECIMENTO, POR MAIORIA NAQUELA CORTE, DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO. DETERMINAÇÃO DO REGIME ABERTO ANTE A INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS OU REINCIDÊNCIA, OU DE VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL, NA SENTENÇA, QUANTO À NATUREZA DA DROGA OU SUA QUANTIDADE. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO DE YURI. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE JEFFERSON PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E FIXAR OS HONORÁRIOS DO DEFENSOR NOMEADO. DE OFÍCIO, FIXAR O REGIME ABERTO PARA O RESGATE DA PENA. (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.072190-9, da Capital - Continente, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 09-05-2013).

RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE JURÍDICA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DECLAROU, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. EFEITO ERGA OMNES CONFERIDO PELA RESOLUÇÃO N. 5/2012 DO SENADO FEDERAL.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO TRECHO PROIBITIVO DA NORMA CONTEMPLADA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. RÉU QUE OSTENTA OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO VIÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Em face da suspensão, pelo Senado Federal, da execução do trecho da norma que veda aos apenados por tráfico de drogas a substituição por penas restritivas de direitos, não mais subsiste óbice legal para a sua concessão, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos legais, deverá ser concedida a benesse (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.057633-1, de Chapecó, deste relator, j. 4-10-2012).

Extrai-se, através das jurisprudências colacionadas, inicialmente pelo precedente *Habeas Corpus* nº 108.387, juntamente com as doutrinas e o princípio da individualização da pena que declarou inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no parágrafo 4º, artigo 33, da Lei 11.343/2006 que, agora há chances maiores de se alcançarem os fins da pena, podendo o apenado progredir de regime e cumprir sua pena de forma mais justa.

5 CONCLUSÃO

Com a elaboração deste trabalho de conclusão de curso, após sua apresentação para a banca examinadora, visa-se o título de Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Para a elaboração desta monografia foram realizadas análises de princípios penais constitucionais de garantia, legislação positivada e jurisprudências referente à possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme preceitua artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006.

Subdividiu-se este trabalho em três capítulos, em primeiro lugar a diferença essencial entre regras e princípios, já que foram trabalhados no primeiro capítulo com todos os princípios penais constitucionais de garantia. Referidos princípios, conforme já devidamente demonstrados, devem ser respeitados integralmente e analisados pelo magistrado no momento da aplicação da reprimenda, uma vez que norteiam e asseguram a aplicação justa da pena.

Em um segundo momento, foram demonstradas as penas existentes em nosso ordenamento jurídico. Estudou-se as penas privativas de liberdade, suas espécies e os regimes adequados. Analisou-se, também, as penas restritivas de direitos bem como suas espécies e, ainda, os requisitos que possibilitam a possibilidade de substituição da pena, bem como a necessidade da análise do artigo 59 do Código Penal para a substituição.

No terceiro capítulo, após síntese do princípio da individualização da pena, da possibilidade e análise da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme exigência dos requisitos do artigo 44 do Código Penal e das circunstâncias do artigo 59 do mesmo Diploma Legal, juntamente com o *Habeas Corpus* 108.387 do STF e outras jurisprudências elencadas, entende-se que há a inconstitucionalidade na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, conforme corroborado nos julgados.

Portanto, analisado a diferença entre regras e princípios; os princípios penais constitucionais de garantia; as penas privativas de liberdade, suas espécies e seus regimes; os requisitos para a substituição de pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos e, por fim, julgados que fomentaram a declaração de inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos antes contida no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, tem-se que agora os fins da pena podem ser realmente alcançados, quais sejam, prevenção, retribuição e ressocialização, sendo mais justa a condenação dos apenados, frente a possibilidade da substituição da pena e até da progressão de regime.

12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. 669 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011. 206 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. 872 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. 932 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988**. 2013b. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 23/05/2013.

BRASIL. **Decreto-Lei Número 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23/05/2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 621 p.

CRUZ, Ramón Aranha da; NETO, Félix Araújo. FINALIDADE DA PENA – Uma Discussão Acerca das Teorias Penalizadoras. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/8/4>. Acesso em: 23/05/2013.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 864 p.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2010. 490 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 605 p.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 416 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 399 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 398 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1088 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1120 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 413 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro volume 1: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro volume 1: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 688 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro volume 1: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 718 p.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. 451 p.

SERRETTI, André Pedrolli. Direitos Fundamentais, Princípios Penais Constitucionais e Garantismo Penal. **Revista direitos fundamentais e democracia**. Curitiba, Volume 6. 2009. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/273/190>>.

Acesso em: 05/05/2012.

TASSE, Adel El et al. **Legislação Criminal Especial**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1277 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 766 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 766 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 766 p.