



3º SIMPÓSIO
SUSTENTABILIDADE E
CONTEMPORANEIDADE
NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

DIAS 9, 10 E 11
DE JUNHO
DE 2015



COOPEX



POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITO NA LEI DE DROGAS

DUARTE, Leonardo Omori ¹
VIEIRA, Tiago Vidal ²

RESUMO

O propósito do presente artigo não é uma abordagem sobre toda a matéria regulamentada na lei 11.343/2006 mas sim apresentar uma breve reflexão sobre o tratamento legislativo destinado ao delinquente desde que sejam favoráveis as circunstâncias legais e judiciais relacionadas ao crime, cabendo ao magistrado o exame dessas circunstâncias para decidir sobre a redução da pena, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos em cada caso concreto, sobre as sanções escolhidas para a aludida prática e finalmente sobre as questões processuais penais que ostentem pertinência e relevância jurídica com a aludida matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.343/06. Conversão. Pena privativa de liberdade. Pena restritiva de direito.

POSSIBILITY OF CONVERSION OF THE PRIVATIVE LIBERTY PENALTY IN RESTRICTIVE PENALTY OF RIGHT IN THE LAW OF DRUGS

ABSTRACT

The purpose of the present article it is not an approach about all the matter regulated in the law 11.343/2006 but to present a brief reflexion about the legislative treatment destined to the delinquent since they are favorable to the legal circumstances and judicial related to the crime, facting to the magistrate the exam of these circumstances to decide about the reduction of the penalty, the possibility of conversion of privative penalty of liberty in restrictive penalty of rights in each concrete case, about the chosen sanctions to a alluded practice and finally about the criminal procedural issues that bear pertinence and legal relevance with a alluded matter.

KEYWORDS: Law 11.343/06. Conversion. Privative penalty of liberty. Restrictive penalty of right.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará sobre a Lei de Tóxicos, principalmente em relação a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, pois é de suma importância para o Direito Penal, vez que a sanção determinada pela lei seria a privativa de liberdade, porém, agora com fundamento no princípio da individualização da pena cabe a conversão em pena restritiva de direito, o que era vedado pela lei de tóxicos (lei 11.343/06) em seu artigo 44, caput. (BRASIL, 2006)

Não vai contra a pena privativa de liberdade, mas sim ao encontro de uma forma mais justa de se punir de forma proporcional a pessoa que comete o delito de forma mais gravosa e aquela de forma menos gravosa e de menor impacto na sociedade, adequando a sua conduta a sanção que lhe deve ser imposta. O HC 97.256 teve como base o princípio da individualização da pena em que o STF decidiu e trouxe grande repercussão nacional.

Aumenta-se e muito o índice de criminalidade, devido ao uso ou tráfico das drogas ilícitas, mas que nem todos devem ter a mesma pena, vez que poderia causar injustiça, devendo-se analisar primariedade, bons antecedentes e ainda se participa ou não de organização criminosa, considerando esta última “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, conforme artigo 1º, §1º, da lei 12850/13.(PLANALTO, 2013) Apesar, que mesmo quando para uso próprio, ou quem possui pequena quantidade, presume-se que tenha ligação com o crime, portanto, necessitando de maior profundidade e esclarecimentos sobre o que impor a tal “usuário”.

¹ Acadêmico Leonardo Omori Duarte – Faculdade Assis Gurgacz. leo_omori_@hotmail.com

² Docente orientador – Tiago Vidal Vieira -Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito



3º SIMPÓSIO SUSTENTABILIDADE E CONTEMPORANEIDADE NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

DIAS 9, 10 E 11
DE JUNHO
DE 2015



COOPEX



FACULDADE ASSIS BUARQUE
A FACULDADE DA RUA RUA



FACULDADE SÃO LUIZ



Dom Bosco
Centros Superiores de Tecnologia

Não tem sido toleradas normas que impeçam ao magistrado a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto, dando assim, ao condenado, o que lhe é “justo”.

A sanção a ser imposta a quem comete um crime relacionado às drogas é considerado hediondo, vedando assim a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, conforme art. 44 da lei de drogas (lei 11.343/06).

Para a Suprema Corte, dependendo o caso, existe a possibilidade que a pessoa condenada por crime hediondo, por apresentar bom comportamento carcerário e mérito individual, faça jus aos regimes prisionais semiaberto e aberto respectivamente.

O Plenário em seu HC 97256/RS, entendeu que ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos ao condenado pelo crime de tráfico, viola o princípio da individualização da pena, pois é vedado ao legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais suficiente e adequada para punir o delinquente.

Por fim, é certo que cada indivíduo, em cada caso concreto dependendo sua dimensão e o impacto que causa à sociedade, deve ter sanções diferentes, adequando cada um a mais justa possível, para não cometer injustiças, evitando que o condenado seja exposto a uma pena maior da qual deveria ser imposta.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E RESTRITIVAS DE DIREITO

2.1.1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

As penas privativas de liberdade estão prevista no art. 33 e seguintes do código penal, sendo suas espécies a reclusão, detenção e a prisão simples quando se tratar de contravenções penais. (CÓDIGO PENAL, 1940)

Nesse sentido, é o Habeas Corpus abaixo citado, da decisão que mantém a pena privativa de liberdade:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. 3. Gravidade da ameaça reconhecida pelas instâncias ordinárias, suficiente para causar temor à vítima. 4. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 314550 MS 2015/0011119-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015)

Os regimes penitenciários serão, o fechado, quando o sentenciado terá que cumprir sua pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. Semiaberto quando sua pena será cumprida em colônia penal agrícola, industrial ou ainda em estabelecimento similar, já no regime aberto vai trabalhar ou frequentar cursos em liberdade, isto durante o dia, pois à noite e nos dias que estiver de folga deverá se recolher em Casa do Albergado ou ainda em estabelecimento similar.

A decisão a seguir exposta relata a manutenção da pena privativa de liberdade:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL. AMBIENTE DOMÉSTICO OU FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Na hipótese dos autos, o agravante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal c/c os arts. 5º, II, e 7º, I, da Lei n. 11.340/2006, à pena de 5 meses de detenção, afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelo Tribunal de origem, por ter agredido sua companheira com socos, chutes e tapas. 2. Como o crime praticado pelo agravante (lesão corporal) envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1389164 RO 2013/0210026-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2015)

O regime inicial de cumprimento da pena segue o disposto no art. 110 da LEP, em que o juiz estabelecerá na sentença qual será o regime inicial do cumprimento da sua pena, observando o art. 33 do Código Penal, o qual faz distinção da pena de detenção e de reclusão.

No que tange a pena de reclusão, salienta-se que caso seja imposta ao condenado pena superior a 8 anos, o início do cumprimento de sua pena será em regime fechado, se a pena for superior a 4 anos e não exceder 8 anos, iniciará o cumprimento de sua pena em regime semiaberto, se a pena for igual ou inferior a 4 anos, iniciará o cumprimento de sua pena em regime aberto. Se reincidente for o condenado, vai iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado independente da quantidade da pena imposta, mas tem a possibilidade ainda de iniciar em regime aberto se a condenação anterior à reincidência for apenas a pena de multa, decisão esta do STF, baseando-se no art. 77, parágrafo 1º, do CP, (RT,651/360). Porém, se o reincidente recebeu pena de reclusão, deveria começar seu cumprimento em regime fechado, vez que os regimes aberto e semiaberto pressupõem primariedade do condenado, na forma do art. 33, parágrafo 2º, “b” e “c” do CP, segundo Fernando Capez (2011). Se as circunstâncias previstas no art. 59 do CP forem desfavoráveis ao sentenciado deverá seguir o teor da súmula 719 do STF:

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Na pena de detenção inicia o cumprimento de sua pena obrigatoriamente no regime aberto ou semiaberto, inexistindo o regime inicial fechado.

Poderá usufruir da progressão do regime, vez que seria passar de um regime mais gravoso para um menos gravoso, desde que preenchidas as exigências legais, sendo estes os requisitos objetivo e subjetivo.

O requisito objetivo na lei de drogas consiste no cumprimento de 2/5 da pena anterior e 3/5 se reincidente, sendo exigido este requisito a cada progressão nova. O novo cumprimento de 2/5, vai se referir somente ao restante da pena e não a inicialmente fixada na sentença. Em 2007, com a edição da Lei 11.464, as regras da Lei 8.072/90 foram alteradas com base no entendimento do STF, mas a possibilidade de progressão de regime da pena ficou mais severa.

Em vez de a progressão ser possível após o condenado cumprir um sexto da pena, como preveem os artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, ele passou a ter de cumprir dois quintos, se for primário, e três quintos, se for reincidente, nos casos de crimes hediondos.

O requisito subjetivo segue o previsto na lei 10.792/03 no que faz referência ao bom comportamento do condenado, o qual estão inseridos outros requisitos como a autodisciplina, senso de responsabilidade, esforço voluntário, que participe de atividades destinadas à sua reintegração social e tenha uma boa conduta carcerária. (BRASIL, 2003)

2.1.2 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

As penas restritivas de direitos estão prevista no art. 43 do Código Penal, sendo elas: a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidade públicas, interdição temporária de direitos e a limitação do fim de semana. (CÓDIGO PENAL, 1940)

A pena restritiva de direito é uma pena alternativa que restringe o exercício de direito que não a liberdade. Conforme art. 44 do Código Penal, as penas restritiva de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade desde que preenchidos requisitos objetivos e subjetivos. Como dito, autônomas e substituem, porém não podem ser aplicadas cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Os requisitos objetivos se referem a quantidade da pena privativa de liberdade cominada, devendo ser igual ou inferior a 4 anos. Caso seja crime culposos poderá ocorrer a substituição, não dependendo da quantidade de pena aplicada, inexistindo tal requisito. E ainda referente a natureza da infração penal, se o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Caso seja crime culposos, ainda que empregado violência, como por exemplo nas lesões corporais e nos homicídios culposos poderá haver substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, pois a lei acaba se referindo apenas ao dolo na violência. (CÓDIGO PENAL, 1940)

O requisito subjetivo, compreende o bom comportamento do condenado, atestado pela unidade prisional.

Na forma do art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal, caso seja descumprido sem justificativa a restrição imposta, poderá ser imposta a conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, conforme o exposto abaixo:

AGRAVO EM EXECUÇÃO DEFENSIVO. CONVERSÃO DA PRD EM PPL. NÃO COMPARECIMENTO INJUSTIFICADO. ART. 181, § 1º, B, DA LEP E ART. 44, § 4º, DO CP. Devida a conversão da Pena Restritiva de Direitos em Pena Privativa de Liberdade ante o não comparecimento injustificado do reeducando. Caso em que o apenado já havia sido cientificado, momento em que requisitou a mudança de entidade para a prestação de serviços, visando o cumprimento de sua pena. Passados, à época da decisão agravada, mais de três anos desde a sentença condenatória, foram cumpridas 125 do total de 365 horas de...

(TJ-RS - AGV: 70044301745 RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 22/09/2011, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2011)

De grande importância é esta decisão do STF, RHC 112706, Primeira turma, relator Min. Rosa Weber, abaixo citada, a qual decide pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. 1. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. As Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. Diminuta dimensão das drogas apreendidas em revista corporal quando do ingresso do estabelecimento prisional que não justifica a imposição de pena privativa de liberdade, a ensejar, excepcionalmente, o provimento do recurso, pela manifesta discrepância da pena em relação ao fato delitivo e às condições pessoais do Recorrente, restabelecendo a decisão do Juiz da Execução que substituiu a prisão por restritiva de direito. 3. Recurso ordinário provido para substituir a pena privativa de liberdade.
(STF - RHC: 112706 DF , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/12/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 06-03-2013 PUBLIC 07-03-2013)

No mesmo sentido, em relação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito tem essa outra importante decisão do STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida.
(STF - HC: 102678 MG , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-03 PP-00607)

Nessa mesma linha de raciocínio Queiroz (2013, p.2), faz seus apontamentos:

A nova lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), diferentemente da lei anterior (Lei nº 6.368/76), proibiu, expressa e terminantemente, quanto ao crime de tráfico e equiparados, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito, além de considerá-los inafiançáveis e insusceptíveis de *sursis*, graça, indulto etc. Quanto ao crime de tráfico (art. 33), a vedação seria desnecessária, em virtude da severidade da pena mínima cominada, não fosse a possibilidade de aplicação de pena inferior a cinco de reclusão, admitida na forma do §4º do referido artigo. Presume-se que semelhante vedação pretendia realmente inviabilizar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se consolidava no sentido de admitir, na vigência da lei revogada, a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito.

Restringir o delito de tráfico de drogas dos benefícios trazidos pelo parágrafo 4º da Lei n. 11.343/06, por se tratar de delito equiparado a hediondo, torna inconstitucionais os argumentos utilizados pela lei e, conseqüentemente, fere princípios constitucionais. Todavia, o STF entende ser cabível a substituição da pena, desde que sejam estritamente obedecidos os requisitos estabelecidos na lei.

2.2 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O Princípio da Individualização está previsto no art. 5º, XLVI, CF/88, é considerado um direito fundamental do sujeito que foi penalmente condenado. Este princípio, determina que as penas sejam aplicadas ao condenado em conformidade com o caso concreto, a ser avaliado pelo juiz. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

De suma importância esta decisão do STF que diz sobre a violação do Princípio da Individualização da pena:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA REFLEXA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELA CORTE. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE PROCRASTINATÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. IMEDIATA BAIXA DOS AUTOS. 1. Os embargos de declaração opostos revelam-se procrastinatórios, porquanto os argumentos trazidos nas razões do agravo regimental já foram enfrentados. Verifica-se, in casu, que as alegações expostas nos embargos de declaração visam atacar o mérito do recurso, conferindo-lhe efeito infringente, o que, em princípio, desnatara as finalidades da impugnação. 2. A interposição de sucessivos recursos com intuito protelatório é prática repudiada no âmbito desta Corte, dando ensejo à imediata baixa dos autos, independentemente do trânsito em julgado da decisão. 3. Embargos de declaração rejeitados, com determinação de baixa imediata.

Individualizar, seria escolher a punição mais adequada e razoável de acordo com o ilícito praticado, visto que cada acusado é um e cada caso concreto tem suas particularidades, segundo entendimento de BOSCHI (2002).

O julgador que examina o caso com base em tal princípio deveria julgar de forma proporcional e justa a pena que será imposta ao condenado. Nesse sentido entende Guilherme de Souza Nucci em sua obra individualização da pena (2009, p. 175):

[...] julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) *pena-padrão*, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável, mormente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena.

Há uma importante relação do princípio da individualização da pena com o princípio da proporcionalidade em que a pena deverá ser adequada e estar de acordo com o grau da lesão do delito cometido, assim também com a culpabilidade do agente. Assim, implicaria na necessidade de adequar entre o fato e a pena, desde a cominação da pena, permitindo a graduação da pena imposta em razão do fato praticado, conforme entendimento de BARROS (2001, p.113).

Conforme doutrina, a individualização da pena opera-se em três momentos distintos, quais sejam a individualização legal, a individualização judicial e a individualização executiva, a aquela deverá ser observada durante a fase de execução da pena. Segundo Bitencourt (2011. p 662):

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

2.3 SUPOSTA VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITO NA LEI DE DROGAS

A vedação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito fere além do princípio da individualização da pena, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Seria “rigoroso” ao extremo não adequar de forma proporcional o seu delito à sua conduta, assim como ter uma pena igual para todos indivíduos envolvidos com drogas sabendo que alguns casos são menos impactantes que outros na sociedade. Por estes motivos o STF em sua decisão abaixo citada decidiu pela inconstitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito previsto no art. 44 da lei 11.343/06. (BRASIL, 2006)

Esta decisão do Pleno do STF, entendeu pela inconstitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito prevista no art. 44 da lei 11.343/06, dada pela resolução 05/2012 do Senado Federal:

Tráfico – art. 44 da Lei 11.343/06 – vedação da conversão da PPL em PRD – alegação de inconstitucionalidade: ofensa ao princípio da individualização da pena – STF – inconstitucional – Constituição não prevê tal restrição – princípio da individualização da pena – uma coisa seria a lei estabelecer condições mais severas para a substituição, outra é proibir pura e simplesmente, como fez o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 – “a própria norma constitucional [XLIII] cuidou de enunciar as restrições a serem impostas àqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas, não incluindo a vedação à conversão” – Assim, “em tema de crimes hediondos, não haveria como reforçar o discurso da própria Constituição quanto às excludentes de punibilidade ou à proibição de benefício penal, porquanto o próprio capítulo que versa sobre direitos e garantias individuais, historicamente oponíveis ao Estado, inclusive ao estado legislador, seria ampliar a esfera de liberdade das pessoas naturais e não estreitar” – princípio da individualização da pena: a Constituição possibilitou apenas que a legislação ordinária regulasse as condições de aplicabilidade da individualização em função de cada tipo penal, “não recrutando o legislador ordinário para excluir do âmbito da garantia qualquer dos tipos criminais” – “não há ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo delinqüente5 de reprimenda suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado” (HC 97256 – I 560, 597 e 598).

A possibilidade da conversão da pena privativa em pena restritiva de direito na lei de drogas está baseada no Princípio da Individualização da Pena, o qual está previsto no artigo 5º da Constituição Federal:



3º SIMPÓSIO SUSTENTABILIDADE E CONTEMPORANEIDADE NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

DIAS 9, 10 E 11
DE JUNHO
DE 2015



COOPEX



Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos.

O princípio da individualização da pena na execução deve ser voltada ao futuro do condenado a reclusão, não se operando por fórmula única e inflexível, conforme entendimento de SOUZA (2006, p.250). O condenado deve ter a chance de poder retificar seu erro, poder se recuperar e ser reinserido ao convívio social.

Necessita de uma política educativa, não buscando sempre a prisão e partindo para um caminho mais rigoroso, mas sim a educação do indivíduo que cometeu o ato ilícito e, obviamente, com uma minuciosa análise do caso concreto.

Nos explica claramente a respeito Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Individualização da pena (2007, p. 53):

O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos. O *geral*, que se subdivide noutros dois: a) preventivo positivo: a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; b) preventivo negativo: a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal. O *especial* também se subdivide em dois aspectos: a) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. [...]; b) preventivo negativo: significa que a pena volta-se igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de que não tornará a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.

É dar oportunidade aos presos para que através de seus méritos personalizem o cumprimento de sua pena. Desnecessário seria a prisão de todos os envolvidos no consumo, venda ou tráfico de entorpecentes levando-se em conta a situação do sistema carcerário brasileiro, não cumprindo o estabelecido pelos artigos 85 e 88 da Lei de Execuções Penais.

Diante da inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, expressa no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu voto, o ministro-relator Ayres Britto entende que o “processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta delinquente do Estado”. Sustentando ainda, que “a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal”

Ainda para o STF: “ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo delinquente de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero”.

A conversão penal é possível sim, desde que, no caso concreto, sejam favoráveis as circunstâncias judiciais e legais com relação ao crime e ao delinquente. Desse modo, o poder punitivo estatal como resposta ao crime, tem que ser proporcional com o mal infligido à sociedade.

Verificando-se que o delito de tráfico de entorpecentes é visto de forma mítica pela sociedade e, por isso, objeto de política de repressão de constitucionalidade duvidosa, torna-se papel do juiz decidir de forma mais adequada e proporcional ao caso concreto. Justamente pela fragilidade da questão da política contra as drogas, o magistrado não deve hesitar em questionar a validade das normas instituídas acerca da matéria, sempre que entender que possa existir uma violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, conforme entendimento de CARPENEDO (2012, p.22)

2.4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA LEI DE DROGAS

O condenado a pena privativa de liberdade poderá ser submetido a pena restritiva de direito, conforme o Princípio da Individualização da Pena prevista no art. 5º, XLVI, CF/88, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, conforme art. 33, § 4º da lei 11.343/06, além de um comportamento que não ofereça perigo a sociedade, buscando sua readaptação perante a mesma.

O Princípio da Individualização procura de forma adequada e justa aplicar a sanção penal em relação ao montante, perfil e os efeitos sobre o condenado, fazendo com que seja diferente dos demais infratores, ainda que seja corréus ou coautores, buscando fugir do padrão das penas, prescindindo o juiz, como ser pensante, ensinamento de NUCCI (2009, p. 34).

A pena aplicada a pessoa que cometeu o ilícito referente às drogas, lei 11.343/06, deve ir de acordo com o que foi praticado e não uniformizar a pena à todos, devendo levar em consideração o impacto que sua infração causou ou poderia causar a sociedade, atendendo a função ou finalidade da lei, ou seja, a reinserção do criminoso à sociedade através de uma recuperação social a qual deva ser submetido o condenado, sendo-lhe impostas as penas restritivas de

direito conforme artigos 43 e 44 do Código Penal e não a pena privativa de liberdade, previstas no artigo 33 e seguintes do mesmo dispositivo legal. (CÓDIGO PENAL, 1940)

O juiz, para determinar se a substância teria destinação ao consumo próprio, deverá atender além da quantidade apreendida, o local e as condições que envolvem a ação, às circunstâncias pessoais e sociais, bem como os antecedentes e à conduta do agente, entendimento consolidado por CAPEZ (2013, p. 689).

Leva-se em conta para conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito as particularidades do delinquente, o caso concreto a que esteja envolvido e ainda condições a serem cumpridas para que possa usufruir do benefício. Devem ser favoráveis as circunstâncias legais e judiciais relacionadas ao crime e ao delinquente.

Considera-se determinante ao condenado as condições impostas pelo art. 42 da lei de drogas cumulativamente com art. 59 do Código Penal o qual dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Os agentes primários e que tenham bons antecedentes receberão tratamento privilegiado em relação aos demais criminosos, cujos delitos não tem o mesmo grau de lesividade e não estão presentes no art. § 5º, XLIII, da Constituição Federal, para que tenham tratamento penal mais rígido, assim entende CAPEZ (2013, p. 725)

A individualização deve ser feita não somente em relação à quantidade de pena a ser aplicada, mas também ao seu regime de cumprimento, ao tipo de pena a ser cumprida e à possibilidade, ou não, de concessão de benefícios penais e processuais penais ao agente.

Assim, nos termos do art. 33, § 4º da lei 11.343/06 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, fará jus à concessão do benefício. Será a norma destinada ao pequeno traficante teoricamente iniciante, desde que não integre organização criminosa, se primário e tenha bons antecedentes.

Cabe ressaltar esta importante decisão do STJ - HABEAS CORPUS : HC 300809 SP 2014/0193385-5:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF E 719/STF e 440/STJ. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. As instâncias de origem não lograram motivar de maneira idônea o estabelecimento do regime inicial fechado, porquanto não declinaram fundamentos suficientes a justificar a eleição do regime mais gravoso, deixando de apreciar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, do Código Penal, em patente inobservância ao princípio da individualização da pena e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Para a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais severo que o fixado em lei é necessária motivação idônea. Inteligência das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. 3. A substituição da pena foi negada com base na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento nos tribunais superiores. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, possibilitando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

Segundo entendimento de CANOTILHO (1998), não seria justo que vendedores de pequenas quantidades tenham uma pena igual aos traficantes de maior expressão e com intenção de um grande lucro, devendo ser proporcional, vedando assim os excessos que poderiam ser cometidos pela justiça, permitindo um equilíbrio entre o fim desejado e o meio empregado na aplicação da sanção. O “privilegio” será concedido ao condenado dependendo da gravidade da ilicitude de sua conduta.

Neste sentido Raquel Denise Stumm, em sua obra Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro diz:

“juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a

melhor proporção entre os meios e os fins. (...) Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação”.

Pelo Princípio da individualização, a pena deve ser imposta conforme o crime praticado, o bem jurídico violado e a personalidade do criminoso devendo a pena ter proporção ao crime cometido, sendo esta estabelecida pelo juiz de forma merecida e justa, (art. 5º, XLVI e XLVII, CF/88) entendimento consolidado por NUCCI (2011, p.400)

Por fim, cabe ao julgador definir qual a pena seria adequada a cada caso concreto, aplicando sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Já que o legislador entendeu que não há problemas em generalizar condutas distintas entre si, sendo papel do juiz impedir que ocorra injustiças pelo equívoco exposto em lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise de entendimentos divergentes, bem como os posicionamentos da Corte Suprema, foi elaborado um estudo detalhado sobre a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, beneficiando o traficante, uma vez que o livre convencimento judicial, na busca da uniformização das penas, concede ao agente tal direito usando como base legal, princípios constitucionais, ainda como jurisprudências que autorizam tal conversão.

Para que seja alcançada essa benesse, o réu deve elencar-se em um rol de requisitos estipulados pelo artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O não atendimento a qualquer dos requisitos conduzirá, em regra, a não concessão do benefício em tela.

Contudo, após a resolução nº 5 de 2012, do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão “vedada à conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e, por conseguinte abriu um leque de possibilidades para a perfeita imposição da concessão do regime de pena a ser cumprido pelo traficante eventual, dá margem ao perfeito cabimento de penas restritivas de direito no delito de tráfico de drogas.

Por fim, as razões pelas quais a lei possui para beneficiar o indivíduo que comete o delito tipificado no artigo 33 da Lei de Drogas, faz direta menção ao contido no parágrafo 4º desta lei, uma vez que com a causa de diminuição da pena, o agente que se enquadra nos requisitos já expostos aqui, será beneficiado com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observando o princípio constitucional da individualização da pena e dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal Parte geral**. 18 a ed. São Paulo. Saraiva 2012

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL, Código Penal, **Artigos 33, 43, 44, 59 e 77**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm, acessado em 04.05.15

BRASIL. Constituição Federal de 1988, **artigo 5º, incisos XLVI e XLVII**, 15ª edição ampliada e atualizada, Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HABEAS CORPUS Nº 97.256**, Rio Grande do Sul, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª turma, 01.09.2010. acessado em 24-05-15

BRASIL, **Lei de drogas 11.343 de 28 de Agosto de 2006, artigos 33 §4º, 42 e 44**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário oficial da União 28 de Agosto de 2006.

BRASIL, Senado Federal, **Resolução 05 de novembro de 2012**, Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº



11.343, de 23 de agosto de 2006. Senador JOSÉ SARNEY Presidente do Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm, acessado em 12.05.15

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **HC: 300809 SP 2014/0193385-5**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2014) Disponível em: HC: 300809 SP 2014/0193385-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2014) acessado em 24-05-15

BRASIL. Superior Tribunal Federal - **ARE: 692153 DF**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/11/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-228 DIVULG 20-11-2012 PUBLIC 21-11-2012) Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22664314/embdecl-nos-embdecl-no-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-692153-df-stf>. Acessado em 24-05-15

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. Vol. 4-8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, ano 2013- p.689

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. parte geral**: (arts. 1 a 20) vol 1 – 17.ed São Paulo: Saraiva 2013

CARPENEDO, Alexandre de Freitas. **O princípio da individualização da pena no tráfico de drogas**. Porto Alegre (2012, p.22), disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54424/000854080.pdf?sequence=1>

CONJUR, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-24/posicao-senado-lei-drogas-apanas-respeita-decisao-stf>

IBCRIM. **Possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10331-Possibilidade-de-substituicao-da-pena-privativa-de--por-restritiva-de-direitos-no-trafico>, acessado em 12.05.15

JUS BRASIL, **Julgamento do HC 97256-RS**, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23227/o-julgamento-do-habeas-corpus-n-97-256-pelo-stf-a-resolucao-n-05-2012-do-senado-federal-e-o-direito-a-pena-restritiva-de-direitos-a-trafficantes-algumas-polemicas>. acessado em 12.05.15

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**: -ed.ver.atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2011. P.1152

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**.3.ed.rev.atual.e ampl.São Paulo: Revista dos Tribunais

PLANALTO, **lei 12.850/13**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acessado em 24-05-15

PLANALTO, **resolução do senado federal 05-2012**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm

QUEIROZ. Paulo. **Vedação da pena restritiva de direito da nova lei de drogas**. Disponível em <http://pauloqueiroz.net/vedacao-de-pena-restritiva-de-direito-na-nova-lei-de-drogas/>, acessado em 12-05-15

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15076-15077-1-PB.pdf>

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tráfico-de-drogas-pena-alternativa-e-resolução-052012-do-senado-federal>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm



<http://pandectivos.blogspot.com.br/2012/05/inf-663-substituição-da-ppl-por-prd-nos.html>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12445&revista_caderno=3

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-art-28-da-lei-n%C2%BA-1134306-posse-de-droga-para-consumo-pessoal-e-suas-repercuss%C3%B5es-no-mun-0>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm

<http://georgelins.com/2010/04/10/beneficios-penitenciaris-a-progressao-de-regime/>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508646/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-112706-df-stf>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996224/habeas-corpus-hc-102678-mg>

<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20696847/agravo-agv-70044301745-rs-tjrs>

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186818559/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1389164-ro-2013-0210026-6>

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707239/habeas-corpus-hc-314550-ms-2015-0011119-2>