

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O TRÁFICO DE DROGAS E AS PENAS
ALTERNATIVAS¹

“Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais provavelmente, motivaram o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.”²

Já no longínquo dia 1º de setembro do ano de 2010, por seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que eram inconstitucionais dispositivos da Lei de Drogas (Lei nº. 11.343/06) que proibiam expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. A determinação da Corte limitava-se a remover os óbices legais, ficando a cargo do Juízo das execuções criminais o exame dos requisitos necessários para conversão da pena. A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus nº. 97256 e, portanto, tinha efeito apenas em relação ao paciente. Naquela oportunidade, os Ministros decidiram que caberia ao Juiz da causa analisar se o condenado

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister e “Os Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (idem, 2013), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Maria Lúcia Karam, De Crimes, Penas e Fantasias, Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 67.

preenchia ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em uma sanção restritiva de direito. O então relator, Ministro Carlos Ayres Britto, votou pela inconstitucionalidade do § 4º. do art. 33 e do art. 44 da Lei de Tóxicos. O julgamento foi suspenso em seguida, por um pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa. Naquela oportunidade, o Ministro Celso de Mello reafirmou seu posicionamento, externado em diversas ocasiões em julgamentos realizados na Segunda Turma, sobre a inconstitucionalidade das cláusulas legais que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos: *“Vislumbro, nessa situação, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional”*. Nesse ponto, entendo que a regra conflita materialmente com o texto da Constituição”, disse à época.

Agora, em sessão realizada no dia 14 de janeiro de 2013, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Plenário Virtual, reconheceu repercussão geral da matéria tratada em um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 663261) interposto pelo Ministério Público Federal, no qual se discutia a vedação à substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, conforme previsto na Lei de Drogas. No mérito, também no Plenário Virtual, os Ministros reafirmaram, por maioria, jurisprudência dominante da Corte firmada no julgamento do Habeas Corpus (HC) 97256, acima referido. A manifestação do relator, Ministro Luiz Fux, foi acompanhada pela maioria dos Ministros, em votação no Plenário Virtual. Os Ministros reconheceram a repercussão geral da matéria e, no mérito, negaram provimento ao recurso extraordinário para reafirmar a jurisprudência da Corte, por entenderem que a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos ofende a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88). *“A lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente 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”*, ressaltou o relator. Segundo ele, *“é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”*. Ele afirmou que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a *“função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção pena”*. As demais penas, conforme o relator, *“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”*, salientando, ainda, *“que no plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo tratamento diferenciado para possibilitar alternativas ao encarceramento”*. Por fim, o relator destacou também que o Senado Federal promulgou a Resolução nº 05, em fevereiro de 2012, determinado a suspensão da expressão *“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”*, constante do art. 33, § 4º., da Lei de Drogas. Como se sabe, de acordo com o artigo 323-A do Regimento Interno do Supremo, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral também poderá ser realizado por meio eletrônico.

Pois bem.

Como é cediço, no dia 07 de outubro do ano de 2006 entrou em vigor em nosso país a Lei nº. 11.343/2006 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definiu crimes, além do respectivo procedimento criminal. Para fins da Lei, consideram-se como drogas³ as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Até que seja atualizada a terminologia destas listas, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, especificadas na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66).

Observa-se que alguns dos tipos penais elencados na Lei nº. 11.343/06 são de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima não é superior a dois anos; logo a competência para o julgamento é indiscutivelmente dos Juizados Especiais Criminais, afastando-se, inclusive, o procedimento especial da Lei de Drogas. Neste caso, deverá ser tentada, antes da denúncia, a transação penal⁴. Tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo, e tendo em vista que a competência para o respectivo processo é dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, I da Constituição), indeclinável que em tais casos haverá, ao invés de inquérito policial, um termo circunstanciado, impossibilitando-se, a princípio, a lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 69 da Lei nº. 9.099/95).⁵

Já tardava uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal neste sentido e, ainda bem, que venceu a corrente consentânea com os princípios constitucionais. É evidente que nenhuma norma legal pode, peremptoriamente, proibir a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, quando presentes os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal. Aliás, com tais requisitos surge para o condenado um direito subjetivo público a ser garantido pelo Judiciário.

Desde a promulgação da Lei n.º 9.714/98 foram ampliadas as hipóteses das penas restritivas de direitos em nossa legislação penal, prevendo-se mais quatro tipos de penas, além daquelas já existentes, quais sejam: a prestação de serviços a entidades públicas, a prestação pecuniária ou de outra natureza e a perda de bens e valores. Com a nova lei, contamos hoje, então, com as seguintes penas alternativas à pena de prisão: prestação pecuniária (ou de outra natureza, se o beneficiário assim o aceitar), perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos (que se subdivide em proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares), limitação de fim de semana e a multa substitutiva.

³ A utilização da expressão “drogas”, ao invés da anterior “substância entorpecente”, atende a uma antiga orientação da Organização Mundial de Saúde (Rogério Sanches Cunha, “Nova Lei de Drogas Comentada”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 304).

⁴ Quanto à composição civil dos danos, ficaria na dependência em se admitir ou não a figura de um ofendido em tais delitos, o que é controverso (ver acima quando tratamos sobre a possibilidade do assistente de acusação).

⁵ A respeito, conferir o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Porto Alegre: Editora LexMagister, 2ª. ed., 2013.

Percebeu-se que o modelo clássico de Justiça Penal fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na ideia da prisão como extrema ratio e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Passa-se gradativamente de uma política *paleorrepressiva* ou de hard control, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora, traduzida em leis como a que ora nos referimos ou como a que criou os Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95).⁶

Hoje, portanto, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial de alternativizar este modelo clássico vem penetrando no Brasil e tomando força entre os nossos melhores doutrinadores. Penalistas pátrios consagrados como Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio de Jesus, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, e tantos outros, já se debruçaram sobre a matéria. Este último, aliás, lembrando Ferri, afirma que “*a luta contra os excessos do poder punitivo não é recente. Ela é apenas reafirmada em atenção às novas perspectivas de causas antigas.*”⁷

Antes do advento da Lei n.º 9.714/98, o nosso Código Penal já contava com seis penas alternativas substitutivas. Com a modificação legislativa, o quadro aumentou e, hoje, contamos com dez. Tais sanções, como se disse acima, visam a substituir a pena privativa de liberdade quando não superior a quatro anos (excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, o que não é o caso do tráfico de drogas) ou, qualquer que seja a pena, quando o crime for culposo; ressalta-se que o réu reincidente em crime doloso não terá o direito, bem como aquele cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou personalidade, os motivos e as circunstâncias não o indicarem. Segundo Luiz Flávio Gomes⁸, a lei teve, dentre outros, os seguintes propósitos: 1) Diminuir a superlotação dos presídios, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena; 2) Reduzir os custos do sistema penitenciário; 3) Favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização; 4) Reduzir a reincidência; 5) Preservar, sempre que possível, os interesses da vítima.

É indiscutível que a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A ideia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente “*uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os*

⁶ A despenalização traduz o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, pelo qual “*limita-se o poder punitivo do Estado, que com frequência tende a se expandir, principalmente nas situações de crises político-institucionais e nas comoções de natureza sócio-econômica, quando a repressão procura ser uma barragem contra a revolta e a marginalidade que alimentam a delinquência patrimonial violenta.*” (crf. René Ariel Dotti, in Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 266).

⁷ Idem.

⁸ Gomes, Luiz Flávio, Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 96.

*resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional*⁹, como pensa Cezar Roberto Bitencourt.

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere, nem espalhe a ideia da impunidade. Parece-nos que esta solução se encontra exatamente nas penas alternativas. É indubitável que o cárcere deve ser concebido como última via para a problemática da violência, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. É de Hulsman a seguinte afirmação: “*Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.*”¹⁰

O próprio sistema carcerário brasileiro revela o quadro social reinante neste País, pois nele estão “guardados” os excluídos de toda ordem, basicamente aqueles indivíduos banidos pelo injusto e selvagem sistema econômico no qual vivemos; o nosso sistema carcerário está repleto de pobres e isto não é, evidentemente, uma “mera coincidência”. Ao contrário: o sistema penal, repressivo por sua própria natureza, atinge tão-somente a classe pobre da sociedade. Sua eficácia se restringe, infelizmente, a ela. As exceções que conhecemos apenas confirmam a regra.

E isto ocorre porque, via de regra, a falta de condições mínimas de vida (como, por exemplo, a falta de comida), leva o homem ao desespero e ao caminho do crime, como também o levam a doença, a fome e a ausência de educação na infância. Assim, aquele que foi privado durante toda a sua vida (principalmente no seu início) dessas mínimas condições estaria mais propenso ao cometimento do delito, pelo simples fato de não haver para ele qualquer outra opção; há exceções, é verdade, porém estas, de tão poucas, apenas confirmam a regra. Aliás, a esse respeito, há uma opinião bastante interessante de uma Juíza Militar Federal, Dr^a. Maria Lúcia Karam, segundo a qual “*hoje, como há duzentos anos, mantém-se pertinente a indagação de por que razão os indivíduos despojados de seus direitos básicos, como ocorre com a maioria da população de nosso país, estariam obrigados a respeitar as leis.*”¹¹

De forma que esse quadro socioeconômico existente no Brasil, revelador de inúmeras injustiças sociais, leva a muitos outros questionamentos, como por exemplo: para que serve o nosso sistema penal? A quem são dirigidos os sistemas repressivo e punitivo brasileiros? E o sistema penitenciário é administrado para quem? E, por fim, a segurança pública é, efetivamente, apenas um caso de polícia?

⁹ Bitencourt, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

¹⁰ Hulsman, Louk e Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1997, p. 69

¹¹ Karam, Maria Lúcia, *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: Luan, 1991, p. 177.

Ao longo dos anos a ineficiência da pena de prisão na tutela da segurança pública se mostrou de tal forma clara que chega a ser difícil qualquer contestação a respeito. Em nosso País, por exemplo, muitas leis penais puramente repressivas estão a todo o momento sendo promulgadas, como as leis de crimes hediondos, a prisão temporária, a criminalização do porte de arma, a lei de combate ao crime organizado, etc, sempre para satisfazer a opinião pública (previamente manipulada pelos meios de comunicação), sem que se atente para a boa técnica legislativa e, o que é pior, para a sua constitucionalidade. E, mais: o encarceramento como base para a repressão. Assim, por exemplo, ao comentar a lei dos crimes hediondos, Alberto Silva Franco afirma que ela, “na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório.”¹²

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis... Vale a pena citar o grande advogado Evandro Lins e Silva, que diz: “Muitos acham que a severidade do sistema intimida e acovarda os criminosos, mas eu não tenho conhecimento de nenhum que tenha feito uma consulta ao Código Penal antes de infringi-lo.”¹³ O mesmo jurista, Ministro aposentado do STF, em outra oportunidade afirmou: “precisamos despenalizar alguns crimes e criar punições alternativas, que serão mais eficientes no combate à impunidade e na recuperação do infrator (...). Já está provado que a cadeia é a universidade às avessas, porque fabrica criminosos, ao invés de recuperá-los.”

A miséria econômica e cultural em que vivemos é, sem dúvida, a responsável por este alto índice de violência existente hoje em nossa sociedade; tal fato se mostra mais evidente (e mais chocante) quando se constata o número impressionante de crianças e adolescentes infratores que já convivem, desde cedo e lado a lado, com um sistema de vida diferenciado de qualquer parâmetro de dignidade, iniciando-se logo na marginalidade, na dependência de drogas lícitas e ilícitas, na degenerescência moral, no absoluto desprezo pela vida humana (inclusive pela própria), no ódio e na revolta. Para Vico Mañas, é preciso “despertar a atenção para a relevante questão do adolescente infrator, conscientes de que, enquanto não se estabelecer eficaz e efetiva política pública de enfrentamento dos problemas verificados nessa área, será inútil continuar punindo a população adulta, como também continuará sendo inútil, para os juristas, a construção de seus belos sistemas teóricos”.¹⁴

A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de

¹² Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 97.

¹³ *Ciência Jurídica – Fatos – nº. 20, maio de 1996.*

¹⁴ O Judiciário e a Comunidade – Prós e Contras das Medidas Sócio-Educativas em Meio Aberto, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, São Paulo, 2000, p. 10.

desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de tal forma estigmatizados que tornam-se reféns do seu próprio passado.¹⁵ Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer). Bem a propósito é a lição de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira: "*Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação.*" (Folha de São Paulo, 06/06/2005).

O Professor de Sociologia da Universidade de Oslo, Thomas Mathiesen avalia que "*se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas -, um clima para o dismantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser 'sentida' em direção a um nível emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação.*"¹⁶

Vale a pena citar, mais uma vez, Lins e Silva, pela autoridade de quem, ao longo de mais de 60 anos de profissão, sempre dignificou a advocacia criminal brasileira e a magistratura nacional; diz ele: "*A prisão avilta, degrada e nada mais é do que uma jaula reprodutora de criminosos*", informando que no último congresso mundial de direito criminal, que reuniu mais de 1.000 criminalistas de todo o mundo, "*nem meia dúzia eram favoráveis à prisão.*"¹⁷

Ademais, as condições atuais do cárcere, especialmente na América Latina, fazem com que, a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de "subcultura carcerária", um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo intra muros a "lei do mais forte", insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem. Neste contexto, surge a necessidade da aplicação efetiva das penas alternativas que impedirá que o autor de uma infração penal de pequeno ou médio potencial ofensivo sofra privação em sua liberdade, aplicando-se-lhe uma multa ou uma pena restritiva de direitos; tal solução se afigura como a mais adequada sendo, modernamente, utilizada amplamente nos sistemas penais mais evoluídos;

¹⁵ Em manifesto aprovado pela unanimidade dos presentes ao VIII Encontro Nacional de Secretários de Justiça, realizado nos dias 17 e 18 de junho de 1991, em Brasília, foi dito que havia no Brasil, segundo o Ministério da Justiça, milhares de mandados de prisão aguardando cumprimento, e que as prisões, em todos os estados da federação, estavam superlotadas, o que comprometia o tratamento do apenado e pavimentava o caminho para a reincidência (in *Prisão – Crepúsculo de uma Era*, Leal, César Barros, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 55).

¹⁶ Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva, São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 275.

¹⁷ idem

através dela, o cometimento de determinadas infrações penais é punido de forma tal que não leve o seu autor a experimentar as agruras de um sistema penal falido e inoperante.

Já no século XVIII, Beccaria, em obra clássica, já afirmava: *“Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.”*¹⁸

Por sua vez, Marat, em obra editada em Paris no ano de 1790, já advertia que *“es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.”*¹⁹

Atento a esta realidade, o Ministério da Justiça baixou a Portaria nº. 514, de 8 de maio de 2003, subscrita pelo então Ministro Márcio Thomas Bastos, estabelecendo que o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, instituído no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, tendo os seguintes objetivos: *“I - estimular a aplicação e a fiscalização das penas e medidas alternativas em todas as unidades da federação; II - difundir as vantagens das penas e medidas alternativas como instrumentos eficazes de punição e responsabilização; III - desenvolver um modelo nacional de gerenciamento para a aplicação das penas e medidas alternativas; IV - apoiar, institucional e financeiramente, com dotação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional, as iniciativas estaduais de criação de programas de penas e medidas alternativas; V estimular as parcerias entre os operadores do Direito, a comunidade e as autoridades públicas, com vistas à criação de uma rede social de fiscalização das penas e medidas alternativas; VI - capacitar os operadores do Direito, serventários da Justiça e parceiros sociais na aplicação do modelo de gerenciamento das penas e medidas alternativas; VII - divulgar as experiências bem sucedidas, fomentar sua aplicação em todas as unidades da federação e construir uma base de dados, por meio de um sistema gerencial de acompanhamento dos programas; VIII - estimular a realização de estudos científicos, com vistas ao aprimoramento das normas jurídicas sobre alternativas às medidas não privativas de liberdade; IX estimular a realização de pesquisas de dados a nível nacional para o aprimoramento das intervenções; X - orientar a elaboração de convênios com os Estados para implementação de Centrais Estaduais e Varas de Execução de Penas Alternativas; XI acompanhar e fiscalizar a execução dos convênios celebrados.”*

Esta mesma Portaria criou a *“Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, composta de membros nomeados pelo (a) Secretário (a) Nacional de Justiça, indicados e coordenados pelo (a) Gerente da Central Nacional”, competindo-lhe: “I - assessorar a Central Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, do Ministério da Justiça, na implementação e aperfeiçoamento do Programa instituído por esta Portaria; II - assessorar a Central Nacional na fiscalização da execução do Programa nos diversos Estados da Federação; III - reunir-se, no Ministério da Justiça, conforme solicitação da*

¹⁸ Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43.

¹⁹ Marat, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78 (tradução espanhola do original Plan de Legislation Criminelle, Paris, 1790).

Central Nacional para avaliar e propor novas diretrizes; IV - propor fóruns públicos sobre o Programa; V orientar órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, públicos ou privados, na efetivação do Programa, de acordo com as diretrizes definidas no âmbito da Central Nacional.”

Três anos após a promulgação desta lei, ainda nos idos de 2001, coordenamos na Universidade Salvador – UNIFACS uma pesquisa que pretendia fazer uma análise da aplicação das penas alternativas pela Justiça criminal do Estado da Bahia, iniciativa do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas II, por meio da Coordenação do Curso de Direito, tendo à frente o Professor Adroaldo Leão, bem como o Professor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas. A pesquisa teve, ainda, a participação dos então alunos Leopoldo João Carrilho, Jorge Antônio Torres Júnior e Carolina Ferreira da Silva.

Naquela oportunidade, tentamos fazer um diagnóstico do nosso sistema penal, de sua pretensa eficiência e das verdadeiras causas da violência que assola o nosso País, procurando estabelecer uma visão crítica a respeito da ideia de se conceber o Direito Criminal como verdadeiro garantidor da paz social, e do encarceramento como efetivo meio de combate à criminalidade de pequeno ou médio potencial. Ao final, mostramos com dados estatísticos as conclusões extraídas do que nos foi informado por aqueles que no dia a dia trabalham com a questão da criminalidade e da punição. Um trabalho de pesquisa como o que foi feito é de fundamental importância para se aferir a real concreção da lei na vida prática do cidadão, dos pequenos e médios infratores. Se do ponto de vista teórico havia trabalhos já publicados, o certo é que não se tinha, sob o aspecto prático, uma noção exata quanto à aplicação das penas alternativas, é dizer, não se sabia ao certo se tais penas eram efetivamente aplicadas pelos nossos Juízes criminais.²⁰

As respostas enviadas à Universidade pelos nossos operadores do Direito (membros da Magistratura e do Ministério Público), por meio de um minucioso questionário (vide anexo), demonstrou a importância e o êxito do projeto a partir da verificação empírica a respeito da aplicação das penas alternativas em nosso Estado. O trabalho de pesquisa tinha como objetivo central identificar o quadro de aplicação das penas alternativas na Bahia e como objetivos específicos avaliar quantitativamente qual o nível de aplicação de tais penas por nossa Justiça criminal, saber qual a opinião a respeito delas, vislumbrar a perspectiva para o futuro, no que concerne, evidentemente, à prática destas medidas em nosso cotidiano forense e determinar quais as principais espécies de penas que são ou seriam aplicadas ou propostas pelos Magistrados e pelos membros do Ministério Público. O objeto da pesquisa foi a aplicabilidade das penas alternativas na Bahia e a sua importância na administração da Justiça criminal. Aliás, a Universidade não pode ficar alheia às transformações sociais e às consequentes mudanças na estrutura do Direito. A comunidade acadêmica, além de acompanhar tais mudanças,

²⁰ Em 1993, o Professor paulista Sérgio Salomão Shecaira, em sua obra *Prestação de Serviços à Comunidade*, adiante indicada, dedicou um capítulo à “*Experiência concreta da prestação de serviços à comunidade no Estado de São Paulo*”; mais recentemente, Salo de Carvalho escreveu com o seu pai, Amilton Bueno de Carvalho, a obra *Aplicação da Pena e Garantismo* (cfr. adiante na bibliografia), a partir de “*pesquisa realizada (e financiada) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos*”.

deve procurar identificar os seus diversos aspectos.²¹ A metodologia utilizada na pesquisa foi a remessa de questionários e de um sistema de amostragem. A população estudada era composta de Juizes de Direito (da Justiça Comum Estadual e da Federal, bem como os Desembargadores) e membros do Ministério Público (Promotores, Procuradores de Justiça e da República), em número de aproximadamente 800 unidades amostrais, obtendo-se um retorno entre 12%. O questionário foi elaborado tendo em vista os objetivos e o objeto da pesquisa acima expostos.

A pesquisa iniciou-se com o envio do questionário e prosseguiu com a análise das respostas obtidas, a fim de que pudéssemos ter uma fotografia exata da matéria.

IV – Resultados para Avaliação da Pesquisa (104 respostas):²²

TABELA I – TEMPO DE FORMADO

Anos	Nº.	%
0 {----- 6	26	25,00
12	35	33,60
12 {----- 18	21	20,20
18 {----- 24	09	08,70
24 {----- 30	06	05,80
30 {----- 36	05	04,80
36 {----- 42	02	01,90

TOTAL ----- 104 -----100,00

MÉDIA: 12,52 anos

DESVIO PADRÃO: 8,95

TABELA II – TEMPO DE MAGISTRATURA / MINISTÉRIO PÚBLICO

Anos	Nº.	%
0 {----- 5	44	42,30
{----- 10	34	32,70
10 {----- 15	12	11,50
15 {----- 20	06	05,80
20 {----- 25	02	01,90
25 {----- 30	02	01,90
30 {----- 35	04	03,90

²¹ Criticando a postura eminentemente teórica dos juristas em geral, Vico Mañas reconhece ser “voz corrente entre os estudiosos das Ciências Criminais que, em boa parte deste século que se encerra, a dogmática jurídica dedicou-se, tão-somente, a elaborações abstratas, abandonando as particularidades do caso concreto e fechando as portas a qualquer consideração da realidade social. E arremata: “A análise crítica de tal situação e as incongruências entre a prática e a elaboração teórica têm levado número cada vez maior de juristas a visão mais humilde e menos prepotente de suas atividades, salientando ser indispensável buscar a aproximação com a realidade social, sem que se negue o mérito do trabalho sistemático como garantia fundamental da segurança jurídica.” (cfr. O Judiciário e a Comunidade – Prós e Contras das Medidas Sócio-Educativas em Meio Aberto, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, São Paulo, 2000, p. 9).

²² Esta parte do trabalho teve a colaboração efetiva da Professora Célia Guimarães Netto Dias, da Coordenação de Pesquisa e do Programa de Iniciação Científica da UNIFACS.

TOTAL ----- 104 -----100,00

MÉDIA: 7,88 anos

DESVIO PADRÃO: 7,40

TABELA III – APLICAÇÃO (MAGISTRATURA) OU PROPOSTA (MINISTÉRIO PÚBLICO) DE PENA ALTERNATIVA

Sim ----- 98 ----- 94,2 %

Não ----- 04 ----- 3,90 %

Sem resposta ----- 02 ----- 1,90 %

TOTAL ----- 104 -----100,00%

TABELA IV – ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS APLICADAS OU PROPOSTAS

Prestação de Serviço à Comunidade/Entidades Públicas-----92-----93,9%

Prestação Pecuniária-----37-----37,7%

Interdição Temporária de Direitos-----35-----35,7%

Multa Substitutiva-----20-----20,4%

Limitação de Fim de Semana-----17-----17,3%

Prestação de Outra Natureza (art. 45, § 2º., CP)-----15-----15,3%

Sem Resposta-----10-----10,2%

Perda de Bens e Valores-----03-----03,1%

TABELA V – ESPÉCIES DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS APLICADAS OU PROPOSTAS

Proibição de Frequentar Determinados Lugares-----25-----71,4%

Suspensão para Habilitação para Dirigir Veículo-----12-----34,3%

Proibição do Exercício de Cargo-----06-----17,1%

Proibição do Exercício de Profissão-----02-----05,7%

TABELA VI – AS PENAS ALTERNATIVAS COMO SOLUÇÃO PARA O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Sim-----70-----67,3%

Não-----24-----23,1%

Sim, com ressalvas-----10-----09,6%

TOTAL-----104-----100,00%

TABELA VII – ESPÉCIES DE PENAS ALTERNATIVAS PREFERIDAS PELA MAGISTRATURA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Prestação de Serviço à Comunidade/Entidades Públicas-----89-----85,6%

Prestação Pecuniária-----38-----36,5%

Interdição Temporária de Direitos-----29-----27,9%

Multa Substitutiva-----16-----15,4%

Perda de Bens e Valores-----16-----15,4%

Prestação de Outra Natureza (art. 45, § 2º., CP)-----14-----13,5%

Limitação de Fim de Semana-----10-----09,6%

Sem Resposta-----06-----05,8%

TABELA VIII – ESPÉCIES DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS PREFERIDAS PELA MAGISTRATURA OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Proibição de Frequentar Determinados Lugares-----17-----58,6%

Suspensão para Habilitação para Dirigir Veículo-----17-----58,6%

Proibição do Exercício de Cargo-----17-----58,6%

Proibição do Exercício de Profissão-----14-----48,3%

TABELA IX – EFICÁCIA DA EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Sim-----	47-----	45,2%
Não-----	37-----	35,6%
Sim, com ressalvas-----	14-----	13,4%
Sem resposta-----	06-----	05,8%
TOTAL-----	104-----	100,00%

TABELA X – A REINCIDÊNCIA QUANDO SE CUMPRE PENA ALTERNATIVA

Não é possível comparar-----	57-----	54,8%
A reincidência é menor-----	41-----	39,4%
Sem resposta-----	04-----	03,9%
A reincidência é maior-----	02-----	01,9%
TOTAL-----	104-----	100,00%

A partir dos dados aferidos pela pesquisa e indicados nas tabelas acima colocadas, pudemos, à época, extrair as seguintes conclusões:

A primeira tabela corresponde à segunda pergunta do questionário – tempo de formado. Pela leitura percebemos que aqueles profissionais formados em até 18 anos, exclusive, correspondem a 78,8% do total de respostas, ou seja, os mais recentemente formados foram responsáveis pela grande maioria das respostas. Os outros que responderam (21,2%) já eram formados há mais de 18 anos, inclusive. Nota-se, então, um interesse maior daqueles em relação ao questionário formulado.

A tabela II traduz o resultado obtido com a terceira indagação, ou seja, o tempo de Ministério Público ou de Magistratura. Aqui, mais uma vez, conclui-se claramente que os mais jovens profissionais foram os que mais responderam à pesquisa formulada. Dos 104 que o fizeram, 86,5% estão no Judiciário ou no Ministério Público há menos de 15 anos (exclusive). O restante (13,5%) tem mais de 15 anos (inclusive) na atual profissão.

A tabela III diz respeito à quarta pergunta formulada, onde se questionou aos membros do Poder Judiciário se já haviam aplicado e aos membros do Ministério Público se já haviam proposto alguma pena alternativa. Como se atesta pela referida tabela, o resultado foi que a grande maioria dos que nos responderam afirmaram positivamente, ou seja, quase todos já tinham aplicado ou proposto uma pena alternativa (94,2%). Este resultado traduziu indubitavelmente uma ampla aceitação por parte dos nossos operadores do Direito por este tipo de penalidade, corroborando, então, o que acima foi afirmado quanto à tendência atual de se aceitar as penas alternativas como opção ao encarceramento.

A quarta tabela tem seu equivalente na quinta pergunta do questionário, isto é, entre aqueles que aplicaram ou propuseram tais penas, quais as espécies por eles escolhidas. Vê-se, então, que das hoje permitidas pela nossa legislação, a *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* é a preferida²³. Ela está prevista no art. 46 e §§ do Código Penal e é aplicável “às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da

²³ Sobre o assunto, veja-se Shecaira, Sérgio Salomão, *Prestação de Serviços à Comunidade*, São Paulo: Saraiva, 1993.

liberdade”, consistindo “na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado” que as cumprirá “em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”, segundo “as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.” Como afirma Luiz Flávio Gomes, esta pena é “uma obrigação de fazer algo pessoalmente (*in personam actio*)”, vendo-se, portanto, “o caráter personalíssimo da prestação de serviços: ninguém pode prestá-lo no lugar do condenado (nenhuma pena, aliás, pode passar da pessoa do delinqüente, consoante o princípio da personalidade da pena – CF, art. 5º., inciso XLV).” Para ele, ademais, é indiscutível a constitucionalidade desta pena, por força do art. 5º., XLVI, d, da CF/88, atentando-se, também, para o fato de que “essa pena restritiva não cria relação empregatícia e tampouco admite o instituto da remição.”²⁴ Cezar Bitencourt, por sua vez, elenca como características fundamentais desta pena a gratuidade, a aceitação pelo condenado e a sua autêntica utilidade social.²⁵

Em seguida, com 37,7%, está a *prestação pecuniária*, prevista nos §§ 1º. e 2º. do art. 45 do Código Penal, diferenciando-se da primeira, pois “esta é uma obrigação de dar (*satisfazer*); aquela é uma obrigação de fazer algo (*em pessoa*).”²⁶ Esta sanção tem como finalidade clara a reparação do dano causado pelo crime²⁷ e “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”.

Logo após, e muito próxima, observamos a pena de *interdição temporária de direitos* (cuja espécie veremos adiante). Depois estão a *multa substitutiva*, a *limitação de fim de semana*, a *prestação de outra natureza* (art. 45, § 2º., CP) e a *perda de bens e valores* (esta com diminuta incidência). Dez deixaram de responder.

Como a pena de *interdição temporária de direitos* é gênero (art. 47, CP), procuramos também aferir quais as suas espécies mais aplicadas ou propostas, concluindo-se que a *proibição de frequentar determinados lugares* teve ampla maioria, seguindo-se a *suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*, a *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública*, bem como de *mandato eletivo* e a *proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público* (conferir tabela V). Para Damásio de Jesus, a *proibição de frequentar determinados lugares* tem assento constitucional (art. 5º., XLVI, a, CF/88) e “deve ser imposta considerando-se o local do cometimento do crime (*bares, estádios esportivos, casas de prostituição, boates, etc.*), devendo, outrossim, “a sentença especificar qual o lugar ou lugares proibidos. Pode ser mais de um.”²⁸

Na tabela VI (originária da pergunta sexta) concluímos que

²⁴ Ob. cit., p. 139.

²⁵ Ob. cit., p. 134.

²⁶ Luiz Flávio Gomes, *idem*, *ibidem*.

²⁷ Cezar Bitencourt, *idem*, p. 113.

²⁸ Jesus, Damásio E. de, *Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 194.

67,3% dos que responderam entendem que as penas alternativas são a solução para o sistema penal brasileiro e 23,1% discordam desta assertiva. O restante, 9,6%, concordam, mas com ressalvas; estas dizem respeito, principalmente, à efetiva execução da pena alternativa aplicada. De toda forma, a grande maioria acha que é a solução para o nosso sistema penal (76,9%), ainda que poucos imponham algum tipo de ressalva.

A sétima tabela tinha seu equivalente na sétima pergunta: quais as espécies de penas alternativas preferidas pelos profissionais da Bahia (independentemente de já tê-la proposto ou aplicado)? Mais uma vez, como era de se esperar, a *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* é a preferida com 85,6%.

Em seguida, com 36,5%, estavam a *prestação pecuniária*, a *interdição temporária de direitos* (cujas espécies veremos adiante), a *multa substitutiva*, a *perda de bens e valores*, a *prestação de outra natureza* (art. 45, § 2º, CP) e a *limitação de fim de semana* (esta mais uma vez com pouca incidência). Seis colegas deixaram de responder.

Novamente, considerando-se que a pena de *interdição temporária de direitos* é o gênero, pesquisamos quais as suas espécies preferidas (ainda que não aplicadas ou propostas), concluindo-se que a *proibição de frequentar determinados lugares*, a *suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo* e a *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo* tiveram ampla maioria (cada uma com 58,6%), seguindo-se a *proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público*.

Já a penúltima tabela dizia respeito à eficácia da execução de tais penas em nosso Estado. De todos os inquiridos, a maioria (58,6%) afirmou que a pena alternativa é eficazmente executada (destes, 13,4%, fizeram algum tipo de ressalva, principalmente quanto às dificuldades na fiscalização pelo Juízo competente). Grande parte (35,6%) achava que a execução é ineficaz e seis pessoas não responderam.

Por fim, ao perguntarmos se a reincidência é maior ou menor quando se aplica uma pena alternativa, a maioria disse não ser possível comparar ou não respondeu (58,7%); dos que efetivamente responderam 39,4% afirmaram que a reincidência é menor e apenas 1,9% dos questionados disseram que era maior, mostrando, portanto, que quando não se leva o indivíduo ao cárcere se consegue com mais sucesso a tão desejada ressocialização do autor de um crime, evitando-se que volte a delinquir.

Da análise dos resultados, concluíamos já em 2001 que as penas alternativas tinham uma boa aceitação entre os operadores do Direito no Estado da Bahia (principalmente os mais jovens), carecendo, apenas, de meios mais eficazes quando da respectiva execução. A propósito, segundo dados do Ministério da Justiça, publicados na Revista Veja (Editora Abril, edição 2022, n.º 33, de 22/08/2007), em 1995 havia 80.000 condenados cumprindo penas alternativas; este número elevou-se, em 2006, para 301.500. Segundo a mesma fonte, o número de condenados que cumprem penas alternativas já representa 75% do total de presos. Os delitos mais comuns cujos condenados estão cumprindo tais penas são: crimes contra a honra, “*pequenos furtos*”, “*atropelamentos*”, alguns tipos de estelionato, uso de drogas e lesões corporais leves. Na matéria jornalística, informa-se que “*foram criados mais de 200 núcleos para*

fiscalizar o cumprimento dessas penas. Em 1995, eram só quatro.”

Outrossim, vejamos esta notícia publicada pela Agência Estado, no dia 24 de julho de 2008: “Pela primeira vez, o número de pessoas cumprindo penas e medidas alternativas no Brasil disparou em relação aos presos. Os dados, não consolidados oficialmente, foram obtidos pelo jornal O Estado de S. Paulo com exclusividade e se referem ao primeiro semestre deste ano. Até 30 de junho, 498.729 pessoas cumpriam pena ou medida em liberdade (PMA), 13,4% a mais dos que os 439.737 encarcerados, segundo dados do Infopen, sistema de estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Caso se exclua quem aguarda julgamento atrás das grades, o número dos que cumprem alternativas é 118,6% maior. Só o Rio Grande do Norte não informou o número de presos até junho. Nesse caso, foram usados os dados disponíveis em 31 de maio. Como se trata de um Estado com menos de 1% dos detentos, isso não interfere de forma significativa nas estatísticas. Em dezembro de 2007, havia 422.522 pessoas cumprindo penas alternativas, menos do que os 423.373 presos. Entre dezembro de 2007 e o fim de junho de 2008, o número de pessoas cumprindo PMAs saltou 18% - ante 4,1% no número de presos. Em comparação com 2006, o salto é ainda maior: 65,5% em relação aos que cumpriam PMAs - ante 9,6% dos detentos. Apesar dos avanços, a coordenadora-geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas do Depen, Márcia de Alencar, diz que a Justiça brasileira ainda prende em demasia. Segundo ela, há pelo menos 54 mil presos condenados por crimes que já prevêem a substituição da condenação em cárcere por penas alternativas. Segundo ela, o aumento no número de pessoas cumprindo condenação em liberdade se deu, “prioritariamente, por um incremento legal dos crimes passíveis de penas alternativas”. Em 2002, apenas cinco leis tipificavam crimes com possibilidade de aplicar PMAs. “Hoje, o número de leis para aplicação de PMAs chega a 12.”

A propósito, vejamos esta lição de Cernelutti, em obra clássica, a seguinte afirmação: “Quando, através da compaixão, cheguei a reconhecer nos piores dos encarcerados um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; quando senti pesar nos meus ombros a responsabilidade do seu delito; quando, anos faz, em uma meditação em uma sexta-feira santa, diante da cruz, senti gritar dentro de mim: ‘Judas é teu irmão’, então compreendi que os homens não se podem dividir em bons e maus, em livres e encarcerados, porque há fora do cárcere prisioneiros mais prisioneiros do que os que estão dentro e há dentro do cárcere mais libertos da prisão dos que estão fora. Encarcerados somos, mais ou menos, todos nós, entre os muros do nosso egoísmo; talvez, para se evadir, não há ajuda mais eficaz do que aquela que possam nos oferecer esses pobres que estão materialmente fechados entre os muros da penitenciária.”²⁹

Para concluir, resta-nos enfrentar a questão da aplicação desta decisão do Supremo Tribunal Federal (que consubstancia, evidentemente, uma norma jurídica de natureza processual penal) à luz dos princípios que regem a aplicação da norma processual penal no tempo. De logo ressaltamos que a decisão, apesar de tratar de matéria processual (substituição de pena aplicada em uma sentença condenatória), tem um nítido e indissociável caráter penal (pois diz respeito a direito subjetivo público do condenado previsto no

²⁹ Cernelutti, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: CONAN, 1995, p. 83 (tradução de José Antonio Cardinali).

Código Penal se atendidos os requisitos legais), razão pela qual é uma norma jurídica processual penal material (mista ou híbrida).

Esta matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão. Com efeito, o jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que “*está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais*”, adverte que dentro de uma visão de “*hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.*”³⁰ Ele explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), “*embora processuais, elas são-no também plenamente materiais ou substantivas.*”³¹ Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann “*destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais*”, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.³²

Por lei penal mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois “*en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (grifo nosso)*”³³.

Ainda a propósito, veja-se a lição de Carlos Maximiliano: “*Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. (...) “O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”*”³⁴

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci: “*Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza.*”³⁵

³⁰ Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/220.

³¹ Ob, cit., p. 220.

³² Idem.

³³ Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

³⁴ Direito Intertemporal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

³⁵ Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1975, 124.

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “*Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.*”³⁶

Feitas tais considerações, concluímos que a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas àqueles condenados por tráfico de drogas é uma possibilidade que se aplica também em relação aos crimes praticados antes desta decisão última da Suprema Corte (dia 14 de janeiro de 2013). Trata-se de norma jurídica mais benéfica e que deve retroagir, em conformidade com o preceito constitucional contido no art. 5º.. XL e art. 2º., parágrafo único do Código Penal.

Referências:

- 1) Batista, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- 2) -----, Punidos e Mal Pagos, Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- 3) Beccaria, Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983.
- 4) Bettiol, Giuseppe, Direito Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- 5) Bitencourt, Cezar Roberto, Novas Penas Alternativas, São Paulo: Saraiva, 1999.
- 6) -----, Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- 7) Borghese, Sofo, La Filosofia della Pena, Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1952.
- 8) Carnelutti, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: Conan, 1995.
- 9) Carvalho, Amilton Bueno e Salo, Aplicação da Pena e Garantismo, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- 10) Cervini, Raúl, Os Processos de Descriminalização, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 11) Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português, Lisboa: Aequitas – Editorial Notícias, 1993.
- 12) Dotti, René Ariel (e outros), Penas Restritivas de Direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 13) Dotti, René Ariel, Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- 14) Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- 15) Ferreira, Gilberto, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 16) Foucault, Michel, Vigiar e Punir, Petrópolis: Vozes, 1998.
- 17) Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000.
- 18) Garcia-Pablos, Antonio, Derecho Penal, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1995.
- 19) Gomes, Luiz Flávio, Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 20) Grinover, Ada Pellegrini (e outros), Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 21) Hulsman, Louk e Celis, Jacqueline Bernat de, Penas Perdidas – O Sistema Penal em

³⁶ O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

- Questão, Niterói: Luam, 1997.
- 22) Jesus, Damásio E. de, Penas Alternativas, São Paulo: Saraiva, 1999.
 - 23) Karam, Maria Lúcia, De Crimes, Penas e Fantasias, Rio de Janeiro: Ed. Luan, 1991.
 - 24) Kuehne, Maurício, Doutrina e Prática da Execução Penal, Curitiba: Juruá, 1995.
 - 25) -----, Teoria e Prática da Aplicação da Pena, Curitiba: Juruá, 1998.
 - 26) -----, Lei de Execução Penal, Curitiba: Juruá, 1999.
 - 27) Leal, César Barros, Prisão – Crepúsculo de uma Era, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
 - 28) Mantovani, Ferrando, El Siglo XIX y las Ciencias Criminales, Bogotá: Editorial Temis S/A.
 - 29) Manual de Aplicação das Penas e Medidas Alternativas, Poder Judiciário e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1999.
 - 30) Marat, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
 - 31) Martins, Jorge Henrique Schaefer, Penas Alternativas, Curitiba: Juruá, 1999.
 - 32) Mezger, Edmundo, Tratado de Direito Penal, Tomo II, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.
 - 33) Mirabete, Execução Penal, São Paulo: Atlas, 1997.
 - 34) Nogueira, Paulo Lúcio, Comentários à Lei de Execução Penal, São Paulo: Saraiva, 1990.
 - 35) O Judiciário e a Comunidade – Prós e Contras das Medidas Sócio-Educativas em Meio Aberto, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, São Paulo, 2000.
 - 36) Passetti, Edson e Silva, Roberto B. Dias da, Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.
 - 37) Prado, Luiz Regis, Multa Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
 - 38) Queiroz, Paulo de Souza, Do Caráter Subsidiário do Direito Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
 - 39) Reale Júnior, Miguel (e outros), Penas e Medidas de Segurança no Novo Código, Rio de Janeiro: Forense, 1985.
 - 40) Reis, Ercília Rosana Carlos, Privatização das Prisões – A Privatização das Prisões sob a Ótica do Direito Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
 - 41) Revista do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente n.º 07, São Paulo, 1998.
 - 42) Roxin, Claus, Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
 - 43) Roxin, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Lisboa: Vega, 1993.
 - 44) Rusche, Georg e Kirchheimer, Otto, Pena e Struttura Sociale, Bologna: Società Editrice il Mulino, 1978.
 - 45) Shecaira, Sérgio Salomão, Prestação de Serviços à Comunidade, São Paulo: Saraiva, 1993.
 - 46) Toledo, Francisco de Assis (e outros), Reforma Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.
 - 47) Tristão, Adalto Dias, Sentença Criminal – Prática de Aplicação de Pena, Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
 - 48) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Em Busca das Penas Perdidas, Rio de Janeiro: Revan, 1991.