

OS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMBELHADOS ADMITEM PENAS ALTERNATIVAS?

Damásio de Jesus

Maio/2000

Há duas posições:

1.^a) Tratando-se de crimes hediondos e assemelhados, é inadmissível a aplicação do sistema vicariante previsto na Lei n. 9.714, de 25.11.98, sendo proibida a substituição das penas detentivas pelas restritivas de direitos. Nesse sentido: CEZAR ROBERTO BITENCOURT e LUIZ RÉGIS PRADO, *Código Penal Anotado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2.^a ed., 1999, p. 175; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Novas penas alternativas*, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 103; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Novas penas alternativas – Uma análise pragmática”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, out.-dez.99, 28:85 e 102, n. 7.1; SIDNEY ELOY DALABRIDA, “Lei n. 9.714/98 – Aspectos pontuais”, *RT*, 763:456 e *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun.99, 26:120; JORGE ASSAF MALULY, “O crime de tráfico de entorpecentes e a aplicação das penas restritivas de direitos”, *Boletim IBCCrim*, São Paulo, abr.99, 77:5; CLÓVIS ALBERTO D’AC DE ALMEIDA, “Penas alternativas: desafios a vencer”, in *Penas alternativas*, São Paulo, Edições da Associação Paulista do MP, 2000, p. 41 e ss. No mesmo sentido, na jurisprudência: TJSP, ACrim 258.553, 1.^a Câ. Crim. Extraord., rel. Des. Almeida Sampaio, *RT*, 762:602; TJRS, Agravo 699.181.335, 3.^a Câ. Crim., rel. Des. Saulo Brum Leal, *RT*, 771:688 e *Revista Jurídica*, Porto Alegre, set.99, 263:145; TJRS, Agravo em Execução 699.173.019, 3.^a Câ. Crim., rel. Des. José Eugênio Tedesco, *DJE* 2.7.99, p. 6; TJRS, Agravo em Execução 699.081.949, 1.^a Câ. Crim., rel. Des. Nilo Wolf, j. 31.3.99, *RT*, 771:689;

2.^a) As penas alternativas podem ser aplicadas nos casos de crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos. Nesse sentido, na doutrina: CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 80; RENÉ ARIEL DOTTI, MIGUEL REALE JÚNIOR, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO *et al.*, *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas – Lei n. 9.714, de 25.11.1998*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 146; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, “Crime hediondo e pena alternativa”, *Correio Braziliense*, Direito & Justiça, 16.8.99; MÁRIO DE MAGALHÃES PAPATERRA LIMONGI, “As penas alternativas e o traficante”, *Boletim do IBCCrim*, São

Paulo, fev.99, encarte especial, 75:2; ALEXANDRE VICTOR CARVALHO e ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR, "Lei n. 9.714/98: efeitos em relação à execução da pena privativa de liberdade aplicada aos condenados por crimes hediondos e assemelhados", *Boletim IBCCrim*, São Paulo, jul.99, 80:4; LUIZ FLÁVIO GOMES, "Crimes hediondos e penas substitutivas", *Correio Braziliense*, Direito & Justiça, 4.10.99; LUIZ FLÁVIO GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 11; ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, "Prisão preventiva, tráfico de drogas e a Lei n. 9.714/98", *Boletim IBCCrim*, São Paulo, nov.99, 84:8; CARLA CAMPOS AMICO, "Lei n. 9.714/98 – Algumas controvérsias", *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, out.-nov.99, 29:63; RAQUEL FREITAS DE SOUZA e HÉLIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, "A aplicabilidade das penas restritivas de direitos ao condenado por tráfico ilícito de entorpecentes", *Boletim IBCCrim*, São Paulo, abr.99, 77:6; LUIZ VIDAL DA FONSECA, "Da substituição por penas restritivas de direitos também nos crimes de tráfico de entorpecentes", *RT*, 771:503; LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA, "Lei 9.714/98 – Penas restritivas de direitos: Aplicação aos crimes de tráfico de entorpecentes", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun.99, 26:112 e 115, n. 5; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Penas alternativas*, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 95. No mesmo sentido, na jurisprudência: TRF 4.^a Região, HC 1999.04.01.018587, DJU 13.4.99, p. 327; TJMG, ACrim 148.427; TJMG, ACrim 148.427, 1.^a Câm. Crim., j. 29.6.99, *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ago.99, 81:377.

Enquanto a doutrina, em sua maioria, inclina-se pela posição permissiva, verifica-se, na jurisprudência, a supremacia da orientação restritiva.

Existem duas posições no STJ, sendo amplamente vencedora a tese proibitiva:

1.^a) os crimes hediondos e assemelhados não admitem penas alternativas: REsp 60.733, 5.^a Turma, DJU 12.6.95, p. 17637; REsp 91.852, 6.^a Turma, DJU 5.5.97, p. 17197; HC 9.271, 5.^a Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.9.99, p. 79; ROHC 8.406, 5.^a Turma, rel. Ministro Félix Fischer, DJU 27.9.99, p. 100 e 101; HC 10.195, 5.^a Turma, rel. Ministro Félix Fischer, DJU 18.10.99, p. 247; HC 9.694, 5.^a Turma, rel. Ministro Félix Fischer, DJU 18.10.99, p. 244; ROHC 9.061, 5.^a Turma, DJU 8.11.99, p. 81 e 82; HC 11.041, 6.^a Turma, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU 21.2.2000, p. 195; HC 10.812, 5.^a Turma, rel. Ministro Édson Vidigal, DJU 21.2.2000, p. 146; RHC 8.584, 6.^a Turma, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU 28.2.2000, p. 124; HC 10.108, 5.^a Turma, rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJU 28.2.2000, p. 97; HC 79.567 e HC 11.574, 5.^a Turma, rel. Ministro Édson Vidigal, DJU 20.3.2000, p. 90.

2.^a) admitem: HC 8.753, 6.^a Turma, rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, *DJU* 15.5.99, p. 244; REsp 60.046, 6.^a Turma, rel. Ministro Vicente Leal, *DJU* 6.9.99, p. 138 e 139; HC 9.331, 6.^a Turma, rel. Ministro Hamílton Carvalhido, *DJU* 13.9.99, p. 117.

O TJ de São Paulo tem se manifestado em termos de inadmissibilidade: ACrim 269.115, 3.^a Câ. Crim., rel. Des. Segurado Braz, j. 25.5.99, *RT*, 768:561; HC 277.458, 1.^a Câ. Crim., j. 22.3.99, *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, São Paulo, Lex, 222:358.

Os aplicadores do Direito estavam ansiosos em conhecer a posição do STF, que, em três casos, já se pronunciou no sentido da inadmissibilidade: HC 70.445, *RTJ*, 152:845; HC 79.567, 2.^a Turma, rel. Ministro Maurício Corrêa, *DJU* 3.3.2000, p. 62. Recentemente, a 1.^a Turma, no HC 80.010, rel. o Ministro Octávio Gallotti, j. 25.4.2000, decidiu, por maioria, que “o benefício da substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos prevista no art. 44 do CP, com redação dada pela Lei n. 9.714/98, por ser regra geral, não se aplica à Lei n. 6.368/76” (Lei Antitóxicos), “que é especial”. Com esse fundamento, tratando-se de crime de tráfico de drogas, assemelhado aos hediondos, e cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, nos termos do art. 2.^o, § 1.^o, da Lei n. 8.072/90, a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ, em que se pretendia a referida substituição, ainda que presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos enunciados no referido art. 44. Ficou vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *writ* em face “de inexistência de restrição na Lei n. 9.714/98 à sua aplicação” aos delitos hediondos e assemelhados (*Informativo STF*, 24-26.4.2000, n. 186, p. 1).

De acordo com nosso entendimento, a substituição é admissível, condicionando-se à satisfação dos requisitos legais objetivos, subjetivos e normativos.

Observada uma característica comum nas lições dos autores que adotam a teoria da imputação objetiva, qual seja, a de procurar a solução de questões a partir da análise da disciplina constitucional, verifica-se que a nossa Carta Magna, em seu art. 5.^o, XLIII, dispondo sobre os crimes hediondos e assemelhados, não lhes impõe determinada espécie de pena. Não trata desse assunto e sim da graça, indulto e fiança. De modo que a interpretação restritiva, que proíbe a aplicação das penas alternativas aos autores desses delitos com fundamento na lei ordinária (Lei n. 8.072/90), não encontra suporte constitucional.

Se assim não fosse, cremos que não seria obstáculo à tese liberal o disposto no art. 2.^o, § 1.^o, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e assemelhados e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas restritivas de direitos previstas na Lei n. 9.714/98 constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de

execução. Estes são próprios do sistema progressivo das penas detentivas. De maneira que se apresentam dois caminhos ao Juiz: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo ou assemelhado, incide a Lei n. 8.072/90; se, presentes as condições legais, a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes de execução (fechado, semi-aberto e aberto). A Lei dos Crimes Hediondos disciplina a “execução da pena privativa de liberdade”, não contendo regras a respeito do sistema vicariante das sanções penais.

Um dos argumentos da tese restritiva é extraído do art. 12 do Código Penal: suas regras gerais são aplicáveis à legislação especial, salvo se esta dispuser de modo diverso. Considera-se a Lei n. 9.714/98, que alterou os arts. 44 e ss. do estatuto penal, como regra geral, e as Leis n. 6.368/76 e 8.072/90, como normas específicas. Estas prevalecem sobre aquela (RT, 768:466 e 561).

A qualidade geral ou especial da norma não decorre de sua localização e sim de seu conteúdo. Sob esse aspecto, pode-se dizer que a Lei n. 9.714 regulou todo o sistema das penas alternativas. E, como disse o Ministro Sepúlveda Pertence em seu mencionado voto vencido, ela não faz restrição a tipos de delitos (HC 80.010). Além disso, quando pretendeu excluir algum caso, dispôs expressamente. É o que ocorreu com o destino de bens e valores do condenado, que são perdidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional, “ressalvada a legislação especial” (art. 45, § 3.º, com redação da Lei n. 9.714/98). Ora, um dos casos da ressalva é exatamente o do tráfico de drogas, em que a expropriação de bens e valores não se faz em favor do Fundo Penitenciário Nacional, constituindo recursos do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB), enquanto as glebas de terras reverterem-se para fins de reforma agrária, aplicando-se os arts. 243, *caput* e § 1.º da CF e 34 da Lei Antitóxicos, este com redação da Medida Provisória n. 1.780-6, de 11 de fevereiro de 1999. Aplicada a interpretação sistemática, conclui-se que, não fazendo a Lei n. 9.714/98 nenhuma restrição a tipos de crimes, incide também sobre os hediondos e assemelhados, com a observação da indispensável exigência da satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos.

Como temos dito, só conhecemos dois tipos de delinquentes: os que não podem sair da cadeia e os que não podem ser mandados para a cadeia. A Lei Antitóxicos, entretanto, no art. 12, coloca no mesmo patamar punitivo traficantes habituais, chefes de quadrilha, adquirentes ocasionais, possuidores, fornecedores iniciantes gratuitos, experimentadores etc.

Um sistema que, pela simples natureza do crime, independentemente das circunstâncias pessoais dos condenados, destina todos à prisão, não respeita os princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena e, principalmente, o da dignidade.

Como citar este artigo:

JESUS, Damásio de. Os crimes hediondos e assemelhados admitem penas alternativas?.

São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio.2000. Disponível em:

<www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.