



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**ALISSON NUNES COSTA**

**POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS  
PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE  
DIREITO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS**

**SOUSA - PB  
2007**

**ALISSON NUNES COSTA**

**POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS  
PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE  
DIREITO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da  
Universidade Federal de Campina  
Grande, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.**

**SOUSA - PB  
2007**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE  
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS  
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

C837p

Costa, Alisson Nunes.

Possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito aos condenados por crimes hediondos. / Alisson Nunes Costa. - Sousa: [s.n], 2007.

49 fl.

Monografia (Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2007.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

1. Penas restritivas de direito. 2. Penas privativas de liberdade. 3. Crimes hediondos. 4. Espécies de regimes. 5. Conversão das penas. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 343(043.1)

Alisson Nunes Costa

**POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE  
POR RESTRITIVAS DE DIREITO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado(a) em:      de                      de 2007.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Professor(a): Jardel Soares**

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

### Dedico

Aos meus queridos pais, Silvaneto e Maria da Assunção, que com certeza sempre foram à base de tudo, me proporcionando o suporte necessário e sólido para que obtivesse uma formação honesta e digna, calcada no respeito e na amizade, sempre objetivando o desenvolvimento humano.

Em consequência dedico este trabalho, aos meus irmãos Alexandre Nunes Costa e Aliuska Sálvia Nunes Costa que recebendo da mesma educação a que me foi conferida souberam me dar impulso nos momentos em que se fez necessária uma ajuda solidária e responsável.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha Tia Madrinha Ivani Nunes que desde meus primeiros momentos sempre esteve ao meu lado, se mostrando com toda a certeza no papel de segunda mãe com toda sua força e bravura.

Agradeço também a Michelly Montenegro que durante todo esse tempo fez um papel muito maior do que uma simples namorada, se tornando uma companheira simples e compreensiva.

Nesse momento decisivo de minha trajetória não poderia esquecer o DR. Jardel Soares que com bastante amizade e principalmente muita competência me orientou para o caminho que levasse ao sucesso deste trabalho.

No fim desta difícil e ao mesmo tempo dura trajetória não poderia deixar de agradecer a Epifânio e Mário Ramos, professores aos quais comecei adquirindo conhecimento, e que no decorrer de minha história acadêmica continuaram a proporcionar conhecimentos numa relação bastante amigável, bem humorada e inesquecível.

Agradecer aos vários profissionais da área jurídica que comigo colaboraram para a consecução deste trabalho.

E por fim, uma lembrança toda especial aqueles que comigo estiveram nesse bacharelado, e principalmente aqueles que comigo dividiram as dificuldades de estar longe de seu porto seguro e obviamente as várias alegrias de poder compartilhar momentos inesquecíveis e cheios de alegria que nunca mais sairão da memória (CDB, SASÁ, REPÚBLICA DA SINUCA E LIGA DA JUSTIÇA).

## RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho tem como escopo fazer uma análise objetiva e crítica sobre a possibilidade de aplicação de penas Restritivas de Direito aos condenados pela prática de crimes hediondos, primordialmente com observância das leis 9.714/97 e 8.072/90, onde hoje predomina no meio jurídico uma polêmica bastante extensa a cerca da questão que aqui se propõe, onde na maioria das vezes se entende por não haver possibilidade de tal substituição, em face do tratamento mais rigoroso que se pretende dar aos condenados pela prática de crimes hediondos, o que seria incompatível com as Penas Restritivas. É de suma importância mencionar que no campo da lesividade os crimes hediondos e equiparados ao contrário do que se tem na prática, não apresentam o mesmo grau de reprovabilidade no meio social, o que se torna uma fantasia legal querer determinar que tais crimes possuem a mesma forma de execução e a mesma característica dos executores, o que verdadeiramente não é verdade. No desenrolar desta controvérsia surge o STF em julgamento de ADIN, no ano de 2006 entendendo pela possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, fazendo com que mais tarde seja editada a lei 11.464/07 para regular esse entendimento, além da já constatada contradição presente na Lei. 8.702/90, que após determinar no já tão famoso § 1º do artigo 2º que a pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado, logo em seguida diz que cumpridos dois terços da pena e não havendo reincidência específica o condenado poderá receber o benefício da liberdade condicional, faz-se presumir mais tarde que existe compatibilidade entre os institutos aqui estudados, visto ter caído por terra a necessidade de cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Este trabalho foi consubstanciado através de um estudo histórico, bibliográfico, e através de contatos com profissionais aplicadores do direito, onde buscou-se delimitar a que nível se encontra esta possibilidade de aplicação de penas restritivas e a repercussão da aplicabilidade no meio jurídico e social.

**Palavras-chave:** admissibilidade, substituição, privativas, restritivas, hediondo.

## ABSTRACT

The main objective of the present work has as target to make an objective and critical analysis on the possibility of application of Restrictive penalties of Right to the convict for the practical one of hideous crimes, primordially with observance of laws 9,714/97 and 8,072/90, where today it predominates in the legal way a sufficiently extensive controversy about the question that if considers here, where most of the time if understands for not having possibility of such substitution, in face of the treatment more rigorous than if it intends to give the convicted for the practical one of hideous crimes, what it would be incompatible with the Restrictive Penalties. It is of utmost importance to mention that in the field of the lesividade the hideous and equalized crimes in contrast of what if it has in the practical one, the same do not present degree of reprovabilidade in the social environment, what if it becomes a legal fancy to want to determine that such crimes possess the same form of execution and the same characteristic of the executors, what truly it is not truth. In uncurling of this controversy the STF in judgment of ADIN, the year of 2006 appears understanding for the possibility of progression of regimen to the convict for the practical one of hideous crimes, making with that later law 11,464/07 is edited to regulate this agreement, beyond already evidenced present contradiction in the Law. 8.702/90, that after to determine in already so famous § 1º of the article 2º that the penalty must be fulfilled in integrally closed regimen, immediately afterwards says that fulfilled two terços of the penalty and having specific contumacy the convict will not be able to receive the benefit from the conditional release, becomes to presume later that exists compatibility enters the studied justinian codes here, seen to have fallen for land the necessity of fulfilment of the penalty in integrally closed regimen. This work was consubstanciado through a historical, bibliographical study, and through contacts with professionals applicators of the right, where it searched to delimit the one that level if finds this possibility of application of restrictive penalties and the repercussion of the applicability in the legal and social way.

**Word-key: admissibilidade, substitution, privative, restrictive, hideous.**

## SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO.....	8
<b>CAPÍTULO 1 DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A LEI 8.072 DE 1990 (LEI DE CRIMES HEDIONDOS), CONCEITO E FIGURAS TÍPICAS.....</b>	<b>11</b>
1.1 Origem da lei dos Crimes Hediondos .....	11
1.2 Conceito e principais características dos Crimes Hediondos.....	13
1.3 Principais figuras típicas .....	16
<b>CAPÍTULO 2 DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....</b>	<b>21</b>
2.1 Origem histórica das Penas .....	21
2.2 Da Execução das Penas Privativas de Liberdade no Direito Penal Brasileiro .....	24
2.3 Espécies de regimes .....	25
2.4 Regime inicial.....	26
2.5 Progressão, regressão, detração, trabalho prisional e remição.....	27
<b>CAPÍTULO 3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO .....</b>	<b>29</b>
3.1 Penas restritivas de direito e desenvolvimento histórico .....	29
3.2 Natureza jurídica e requisitos de aplicabilidade das penas restritivas .....	31
3.3 Definição das espécies de penas restritivas de direito .....	32
<b>CAPÍTULO 4 CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS.....</b>	<b>34</b>
4.1 Corrente que defende a possibilidade de substituição .....	35
4.2 Corrente que nega a possibilidade de substituição. ....	40
CONCLUSÃO .....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	48

## INTRODUÇÃO

Com o advento da carta política de 1988, percebeu-se uma preocupação do legislador constituinte em definir e delimitar o alcance de algumas normas que viriam em seu corpo. Preocupação essa perceptível após a feitura do inciso XLIII do artigo 5º, que tratou de definir expressamente uma determinada categoria de crimes como sendo mais repudiáveis e reprováveis e no mesmo artigo tratou de relegar a reserva de lei posterior o regramento dos crimes considerados hediondos e que necessitavam de urgente regulamentação.

A constituição federal de 1988 tem como um de seus principais pontos a latente proteção aos direitos fundamentais do homem positivados como cláusula pétrea na norma legal já citada no parágrafo anterior, artigo 5º inciso XLIII.

Logo em seguida adveio a Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/90) com o objetivo precípua de dar tratamento legal aos crimes que naquela época causavam pavor e repulsa no meio social assolando principalmente as classes mais influentes dos grandes centros populacionais do Brasil, o que fez com que esse texto legal fosse aprovado sem que fossem observadas as mais recomendáveis técnicas legislativas, nem tampouco o ordenamento jurídico vigente, principalmente a Carta Magna da República Federativa do Brasil.

Em virtude disso percebe-se com o passar dos tempos a presença cada vez mais constante de debates e questionamentos a respeito da aplicação da lei aqui em comento, tendo como principal ponto de discórdia a afronta cabal alegada por muitos, a princípios basilares da constituição. Princípios esses que segundo muitos não são observados e por isso torna completamente inviável a aplicação de diversos dispositivos da Lei dos Crimes hediondos. Seguindo essa tendência advinda com o surgimento da Lei 8.072/90, os aplicadores do direito cada vez mais questionam este regramento legal, levando com uma freqüência crescente a discussão sobre a validade e legalidade destes dispositivos no antro de nosso Superior Tribunal Federal, suplicando o trabalho e tempo cada vez mais escassos dos que compõem o pretório excelso.

No entanto existe algo que consideravelmente deve ser considerado e vislumbrado, devido a necessidade clara e urgente de correta aplicação do Código Penal vigente, que consiste no fato de que, havendo determinação de cumprimento de penas individualizadas não se pode abranger a todas as situações típicas o mesmo tratamento na

hora de aplicação da pena ao condenado pela prática de atos que vão de encontro as normas de conduta estabelecidas.

Neste contexto, vislumbra-se aqui no presente estudo obter os delineamentos de uma normatização mais abrangente da aplicação das penas Restritivas de Direito aos condenados por Crimes Hediondos, procurando assim, estabelecer modos de tornar a pena um meio ressocialização ao mesmo tempo que procura evitar que o indivíduo volte a delinquir, através destas práticas punitivas, dando a cada norma típica de conduta e a cada indivíduo diferente que a pratica, um tratamento diferenciado digno de sua conduta e de seu caráter de reprovabilidade no meio social.

Com o objetivo de alcançar tal êxito, partir-se-á num primeiro instante para uma digressão histórica, conceitual e definidora da tão famosa lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), lei esta que com certeza se apresenta consubstanciada por inúmeras normas legais em seus mais variados parágrafos e incisos, além da extensa gama de estudos acerca do tema devido a já citada enorme controvérsia que esta lei vem trazendo ao longo de seus quase vinte anos. Citando uma abordagem histórica procurar-se-á trazer a baila com se formou esta lei objeto do presente estudo, como ela surgiu no meio social, chegando posteriormente ao plenário do Congresso Nacional, para posterior aprovação. Apesar de não haver no meio jurídico e nem a própria lei conter, irá tentar descrever alguns conceitos e significados de temas presentes na lei que precisam serem esclarecidos. Em seqüência será necessário conceituar as principais figuras típicas, sem o qual não seria necessário entender e concluir o objetivo do presente estudo.

No segundo capítulo será feita uma abordagem histórica e doutrinária acerca do surgimento das penas, de que como ela se encontra hoje e de como ela está se transformando com os passar dos tempos, procurando abordar os principais acontecimentos que desencadearam as modalidades punitivas hoje conhecidas, seus principais influenciadores e delimitar também os principais requisitos de aplicação de tais institutos. No capítulo mencionado será feita uma abordagem delineada das penas Privativas de Liberdade com seus principais contornos e requisitos, assim como será feito no tocante as penas Restritivas de Direito, o qual será possível fazer um comparativo e diferenciar estas duas modalidades de punição existentes em nosso regramento Penal. Inclusive neste capítulo será analisada a visão de Cesare Beccaria sobre o direito de punir, para depois concluir-se o capítulo enfocando como se dá à execução das penas privativas de liberdade no Direito Penal Brasileiro.

No terceiro capítulo do estudo que aqui se realizará, será feita uma amostragem direta e direcionada que terá como principal característica, a diferenciação das correntes que

defendem ou rejeitam a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade aos condenados por crimes hediondos.

Serão apresentadas as mais diferentes correntes, das mais variadas tendências, de diversos aplicadores do direito, inclusive serão apresentados posicionamentos de profissionais que se encontram em nosso entorno e que aplicam o direito no cotidiano das comarcas sertanejas do estado da Paraíba, colaborando para a melhor compreensão do tema, inclusive como ele é tratado em nosso meio social.

Também serão apresentados posicionamentos de membros dos tribunais superiores e acórdãos destes mesmos tribunais, procurando dar um caráter mais eclético na avaliação do tema aqui proposto.

Através dos posicionamentos antagônicos que serão demonstrados nesse estudo procurar-se-á proporcionar uma melhor compreensão do tema em análise, pois dará margem ao apreciador do assunto perquirir sobre as duas vertentes, possibilitando assim uma conclusão mais embasada e sólida.

Por fim, no que se trata do cerne da presente obra, irá se buscar uma saída lógica e estruturada que busque, em respeito aos princípios basilares consagrados na constituição, uma maneira justa e equitativa de aplicação de penas aos condenados, cada vez mais individualizadas e que se amoldem a cada condenado e a cada conduta que vá de encontro ao ordenamento jurídico, tendo como base a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direito aos condenados por crimes hediondos, claro que em obediência aos requisitos de admissibilidade positivados em nosso Código Penal, na lei dos crimes hediondos e demais leis específicas. O estudo irá propor fundamentalmente que se situe nas mãos do julgador a escolha pela maneira mais adequada de cumprimento da pena, de maneira tal que cada condenado possua sua pena assim como propõe o Código Penal e a Constituição Federal, ou seja, de forma individualizada e proporcional.

Tudo por considerar que a única maneira de atender à execução penal igualitária e humana, como determinado pela constituição federal de 1988, perseguindo-se ainda a ressocialização e reintegração do preso ao meio que o gerou.

Para a concretização do presente estudo, se fez necessário um estudo sistemático da Constituição Federal e de algumas leis infraconstitucionais pertinentes ao tema (Lei n. 8.072/90; Lei n.11.343/06, etc.), bem como através de um estudo histórico-evolutivo, bibliográfico e jurisprudencial, analisou-se a repercussão sobre a admissibilidade da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito nos crimes hediondos, principalmente seu reflexo no campo Constitucional e Penal.

## CAPÍTULO 1 DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A LEI 8.072 DE 1990 (LEI DE CRIMES HEDIONDOS), CONCEITO E FIGURAS TÍPICAS

### 1.1 Origem da lei dos Crimes Hediondos

A repressão aos crimes hediondos teve início com a Carta Política de 1988, a qual determinou o seguinte: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Após a promulgação desta, tiveram início no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei, que objetivavam regulamentar o assunto, uma vez que o inciso acima abria caminho para uma lei complementar que considerasse o assunto.

Dentre os projetos que tramitavam no Congresso nacional se destacam os primeiros, em 1989, que foram os de números 2.105, que propunha o agravamento das penas para aos crimes de roubo, seqüestro e estupro seguido de morte, excluindo dos réus qualquer tipo de direito na fase de execução de pena; 2.154, que previa regras mais rigorosas para o tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive com prisão preventiva obrigatória; 2.529, que previa aplicação em dobro às penas cominadas e estabelecia que os crimes hediondos seriam o estupro, seqüestro, genocídio, violências praticadas contra menores impúberes, delitos executados com evidente perversidade e assalto com homicídio ou periclitacão da vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Seguindo, no mesmo ano, foi proposto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária o projeto 3.754, encaminhado pelo então Presidente da República, Fernando Collor, por meio da mensagem 546/89, ao Congresso Nacional. Este projeto colocava em destaque a guerra contra o crime propondo sentido à expressão constitucional "crimes hediondos" através da enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam este rótulo, além de, definir conceitualmente a referida expressão como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo

reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira execução.

Após, ainda em 1989, o projeto 3.875, visava fixar penas superiores a vinte anos de reclusão, a diversos crimes referidos na legislação penal, e etiquetados como hediondos pelo mesmo, além dos que provocassem intensa repulsa. Após, o de número 4.272, visava incluir nos artigos 159, que trata da extorsão mediante seqüestro e no artigo 213, sobre estupro, parágrafos quinto e único, respectivamente, os quais afirmavam ser estes crimes hediondos.

Já em 1990, o projeto de número 5.270, propunha o aumento das penas para os crimes de extorsão mediante seqüestro, baseado na justificativa que este crime estava se tornando uma indústria lucrativa às custas das famílias das vítimas, além do pânico causado na sociedade. Logo após, através do projeto número 5.281, o seguinte texto era proposto para o crime de extorsão mediante seqüestro: "Seja qual for sua duração, proibidos o livramento condicional, a prisão semi-aberta e a prisão-albergue, mesmo nos estágios finais da execução".

Logo após, foi apresentado o projeto 5.355, ainda em 1990, que propunha que o procedimento criminal para os crimes de extorsão mediante seqüestro passasse a utilizar o mesmo procedimento criminal da lei antitóxico. Além disso, o artigo segundo dispunha que desde o inquérito policial não haveria a possibilidade de qualquer dilação de prazo para a conclusão, além do mesmo ser acompanhado pelo Ministério Público. Por último, no artigo terceiro, propunha que em caso de bando ou quadrilha, o componente que, voluntariamente, a denunciasse, desde que houvesse o desmantelamento desta, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

Em 25 de junho de 1990, foi promulgada a lei ordinária, mas com caráter de lei complementar, de número 8.072, baseada no projeto substitutivo número 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, então relator de Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Numa tentativa de dar resposta aos anseios da sociedade brasileira, principalmente a sociedade do estado do Rio de Janeiro, diante do crescimento assustador de crimes de extorsão mediante seqüestro, previsto no artigo 159 do Código Penal, que popularmente é chamado de crime de seqüestro, nasceu na época Collor a hoje tão conhecida lei dos Crimes Hediondos.

Na fase de votação houve um acordo entre todos os líderes de partidos políticos, que, sem nenhuma discussão mais aprofundada, aprovaram o mesmo na Câmara dos

Deputados e em seguida no Senado Federal. Na fase de sanção presidencial, houve apenas o veto parcial (artigos quatro e onze), por parte do então Presidente da República Fernando Collor.

Desta forma, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do Direito Penal brasileiro à onda de seqüestros de pessoas influentes que vinham assolando a sociedade já naquela época.

Não obstante a necessidade presente de maior represália aos crimes hediondos (que são aqueles única e exclusivamente contidos na Lei nº. 8.072/90), o diploma legal criado foi alvo, e ainda o é, de várias críticas acerca de sua real aplicabilidade. Isto porque o legislador não teve o cuidado de elaborar uma lei observando sistematicamente o ordenamento jurídico federal, principalmente nossa Carta Magna, fonte e suporte do Direito Brasileiro, e o próprio Código Penal, em seus princípios e previsões.

Por tais motivos, fala-se até da inconstitucionalidade, e conseqüente inaplicabilidade, de alguns de seus artigos por confrontarem princípios dogmatically árdus de serem construídos e altamente respeitados, tamanha sua utilidade na preservação dos direitos e garantias individuais.

Em virtude do que fora acima citado e da pressa com que se buscou aprovar este mandamento legal, muitos concluíram não haver nada de inovador na lei aqui em estudo. Com ela não apareceu nenhuma figura típica diferente, vez que se poderia apenas aumentar as penas previstas no Código Penal, já que as figuras típicas descritas na lei em comento já se encontram em nosso ordenamento jurídico-penal.

O objetivo, logicamente, seria diminuir a onda de crimes desta natureza o que infelizmente não se concretizou e, ao que se percebe, tomou tamanho muito maior e mais ofensivo à sociedade.

## 1.2 Conceito e Principais Características dos Crimes Hediondos

Primeiramente podemos dizer que, a constituição de 1988 foi a primeira que trouxe a locução “crime hediondo” em suas disposições, sendo esta, expressão que não corresponde a nenhuma outra comumente empregada na terminologia penal.

Etimologicamente, vê-se que o termo hediondo carrega consigo vários significados os quais podemos remeter, pra chegar à definição do que seja crime hediondo.

Com relação ao que foi dito acima, podemos aqui enumerar diversos significados correlatos da palavra “hediondo”, os quais podemos citar: depravado, vicioso, repugnante, sórdido, imundo, vel, sinistro, pavoroso, medonho, abjeto, etc. Entretanto, a forma como ficou estabelecido na constituição federal de 1988, não nos trouxe uma definição correta, fazendo simplesmente uma simples menção de que os crimes definidos como hediondos por lei ordinária, serão insuscetíveis de fiança, graça e anistia.

É importante também mencionar, que com relação à conceituação de crimes hediondos, é uniforme entre os estudiosos da referida matéria que da forma como ficou estabelecido tanto na Constituição Federal como na lei dos crimes hediondos, deixa-se muito a desejar e pode trazer injustiças, ou seja, não se diferenciou as ações tidas como crimes de maneira tal que realmente possa considerar-se como atitude hedionda.

A lei em comento, não fez nenhuma divisão e atribuiu de forma genérica como crime hediondo todo ato tipificado como crime previsto no artigo 1º da mencionada lei, sem levar em conta nenhum critério de como se chegar a melhor definição do que seja crime hediondo.

É de suma importância examinar o critério adotado pelos legisladores constituinte e ordinário na definição dos crimes aos quais se dirige o tratamento mais gravoso.

Este critério foi o de etiquetar crimes, aos quais se atribuíram as características de hediondo. Assim, a Constituição elegeu o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e a ação dos grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, vindo o legislador ordinário a relacionar como hediondos os crimes enumerados, taxativamente, no art. 1º da Lei no 8.072/90.

O critério adotado foi, em parte, elogiado pela doutrina e jurisprudência, pois entendeu-se que, em sentido positivo, ele reduz a margem de incerteza e a abertura do tipo, atende ao princípio da legalidade (*Lex certa*), e afasta as polêmicas em torno do enquadramento das práticas delituosas no conceito de hediondez, pelo intérprete.

Numa abordagem mais técnica, podemos dizer que crimes hediondos são aqueles insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

Segundo o nobre doutrinador Ricardo Antônio Andreucci em seu livro, *Legislação penal especial*, “anistia é o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações penais”.

O artigo 48, VIII, da Constituição Federal, dispõe que a concessão de *anistia* é atribuição do Congresso Nacional, que a promove por meio de lei penal de efeito retroativo.

A *graça* é a concessão de clemência, de perdão ao criminoso pelo Presidente da

República, nos termos do artigo 84, XII, da Constituição Federal, feita mediante decreto, se referindo sempre a um sujeito determinado.

O *indulto* também representa uma clemência, um perdão concedido pelo Presidente da República por meio de decreto, sendo que, tem caráter de generalidade, ou seja, abrange várias pessoas, referindo-se a fatos e pode ser concedido sem qualquer requerimento.

Os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Essa disposição não é inconstitucional segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça e tribunal de Justiça de São Paulo.

A lei aqui estudada determina em seu texto que a pena a ser aplicada em razão da prática de crimes hediondos será cumprida em regime integralmente fechado, vedando-se qualquer espécie de progressão. O STF e o STJ vinham entendendo em vários julgados não ser inconstitucional a previsão aqui descrita.

Entretanto, hoje já se tem por decidido pelo mesmo tribunal um posicionamento diverso deste acima citado, no sentido de admitir a progressão de regime em razão da prática de crimes hediondos. Em fevereiro de 2006 Ministros do STF deferiram por seis votos a cinco, habeas corpus que considerou inconstitucional o parágrafo da Lei dos Crimes Hediondos que proíbe os condenados de obter progressão de regime durante o cumprimento de suas penas. O ministro Marco Aurélio, afirmou que as penas devem ser fixadas "considerando a figura do preso em si, do seu comportamento na própria prisão", segundo o STF. Ele acredita que a progressão "só será dada àqueles que a merecerem". Os ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence também votaram pela inconstitucionalidade da proibição. Já os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim votaram a favor da proibição.

É de suma importância mencionar também que, a lei 8.072/90 também proíbe a concessão de *sursis* aos crimes hediondos e assemelhados.

O recurso de apelação, nos crimes hediondos e assemelhados, tem como pressuposto de admissibilidade o recolhimento do réu à prisão. Somente em caráter excepcional, e motivadamente, pode o juiz autorizar o contrário. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa proibição não afronta a presunção de inocência consagrada na Constituição Federal.

A duração da prisão temporária, nos crimes hediondos e assemelhados, é de 30 dias, com possibilidade de prorrogação por mais 30 dias.

Os condenados por crimes hediondos e assemelhados deverão cumprir pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

O livramento condicional, para os crimes hediondos e assemelhados, somente poderá ser concedido ante o preenchimento dos requisitos genéricos do artigo 83 do Código Penal, além de dois requisitos específicos, impostos pela lei n. 8072/90, que são: cumprimento de mais de dois terços da pena, em regime fechado; ausência de reincidência específica por parte do apenado.

Diante disso, deve-se concluir pela conceituação dessa espécie de crime, ante o exposto anteriormente, observando que, devido ao caráter realmente grave, no tocante aos meios, modos, conseqüências e circunstâncias da prática da conduta e seu resultado, e que se ajusta, com mais lógica, ao caráter sórdido, repugnante, torpe, abjeto, depravado e horroroso do crime, o legislador procurou dar tratamento mais rígido ao agente das condutas descritas na lei aqui estudada, sujeitando esse infrator a condições mais rígidas no cumprimento da pena.

Por fim é de extrema importância ressaltar que mesmo ante a tudo o que fora aqui discorrido, não se esgota o tema em análise, pois esta é uma lei extensa e que traz a tona diversas controvérsias, não sendo aqui necessário pormenorizar todos os seus pontos, bastando para se chegar bem próximo de seu entendimento o estudo sobre os pontos de maior relevância e aplicabilidade.

### 1.3 Principais Figuras Típicas

De início, cabe aqui destacar que o Brasil adotou o *critério legal*, estabelecendo taxativamente quais os crimes considerados hediondos e assemelhados na lei 8072/90.

O primeiro deles que é o *homicídio* é aquele mesmo que se encontra descrito no artigo 121 do Código Penal, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e na forma qualificada prevista no §2º, I a V, deste mesmo artigo.

O segundo crime descrito pela lei em estudo, é o crime de *latrocínio*, previsto no art. 157, §3º *in fine* do Código Penal. É importante ressaltar que essa figura delitativa ocorre quando motiva a morte, pois se ficar na lesão corporal de natureza grave, trata-se de crime de roubo em concurso com lesões corporais graves ou gravíssimas. O brilhante penalista Damásio E. de Jesus, *in Direito Penal*, (p.352, parte especial, vol.I, 10ª edição, forense 1998) afirma ser o latrocínio: “O fato de o sujeito matar para subtrair bens da vítima”.

O terceiro crime classificado como hediondo é a *Extorsão Qualificada pela morte*,

prevista no Art. 158 §2º, do Código Penal. Contrariando o código e a doutrina, caracterizou-se a seguinte figura típica como sendo extorsão qualificada, quando podemos observar que se trata de agravante especial.

O ilustre doutrinador, Luís Carlos Lúcio, em sua obra, *Crimes Hediondos*, é adepto da corrente que considera, que o que qualifica o crime é o meio ou a forma de que se serve o agente, e que por isso a pena fica desvinculada daquela prevista no *caput* do artigo infringido, enquanto que na agravante, tanto simples como especial o que se leva em consideração para aplicação da pena é a circunstância em que o crime foi praticado, aplicando-se as penas do *Caput* do artigo mais o aumento previsto no parágrafo ou inciso. O crime de *Extorsão* consiste em empregar pelo extorsionário violenta ou grave ameaça contra alguém, obrigando esse alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, com a finalidade de obtenção de vantagem patrimonial diante a inércia ou ação do sujeito passivo.

Na mesma linha de pensamento se definiu o quarto crime hediondo que aqui será estudado, que é a *Extorsão Mediante Seqüestro*, prevista no art.159 do Código Penal e na forma qualificada com previsão nos §1º, 2º e 3º, do mesmo artigo, que contrariando mais uma vez o código penal e a doutrina assim o define. A ação criminosa deste crime é a de seqüestrar alguém ou como define o art. 159 seqüestrar pessoas com o objetivo de conseguir qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Vale ressaltar que esse crime só pode ter como sujeito passivo pessoas e jamais animais de estimação, etc.

O quinto crime enumerado na lei em comento é o hoje bastante conhecido crime de *Estupro*, tipificado no art. 213 *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e parágrafo único.

Para Damásio já citado acima, nesse dispositivo penal: “protege-se a liberdade sexual da mulher, o seu direito de dispor do próprio corpo, a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal”.

Para Costa JR. (1991, p.01): “Caracteriza-se o *Estupro* como o mais grave dos atentados contra a liberdade sexual, pela prática da conjunção carnal mediante violência”.

Para Nelson Hungria (1956, p. 11): “Estupro é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral... não é o estupro senão uma forma especial de constrangimento ilegal (art. 146 do C.P.) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes.”

O sexto crime tipificado pela Lei dos Crimes Hediondos é o *Atentado Violento ao Pudor*, previsto no art. 214 do CP em combinação com o artigo 223 e parágrafo único.

*Atentado Violento ao Pudor* é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, empregando-se violência ou grave ameaça a pessoa. Ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) a concupiscência, não devendo o sujeito ativo ter por fim a conjunção carnal normal, que na verdade é o ato libidinoso por excelência ou o ato libidinoso próprio, que se praticado com violência e com o dissenso da vítima trata-se de crime de estupro, conforme verificado anteriormente. Ato libidinoso é elemento constitutivo do crime de Atentado Violento ao Pudor, que atinge o sentimento de vergonha, pelo mal estar operado a decência, e a honestidade, principalmente no que diz respeito a atos e coisas relacionadas com a honestidade.

No que diz respeito a esse crime acima descrito, não podemos terminar sua definição sem antes mencionar seu principal aspecto para caracterização do mesmo como sendo crime hediondo, já que o Atentado Violento ao Pudor, só será hediondo quando da prática do delito ocorra lesão corporal grave ou se resulta em morte.

Consequenciando trazemos ao estudo o sétimo crime descrito na lei que é a *Epidemia com o Resultado Morte*, estabelecido no art. 267, §1º. Do Código Penal.

Trata-se de uma doença que surge em um lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas, agravando o surto de uma endemia, atingindo número maior ou menor de pessoas através do sujeito ativo que faz a propagação de germes patogênicos difundindo e os multiplicando.

O número de pessoas atingidas pelo resultado morte é irrelevante, obviamente que morrendo mais de uma pessoa, a dosagem da pena fica a critério do julgador, não ficando o agente do delito sujeito ao concurso formal, que se assim fosse iria responder também por homicídio.

O elemento material do crime compõe-se de dois momentos, a saber: a ação de propagar os germes patogênicos e o resultado epidemia; deve-se levar em conta que para se caracterizar tal crime como hediondo é necessário que sobrevenha o resultado morte, sendo, contudo interessante observar que se resultar lesões corporais de natureza grave ou gravíssima, não está previsto nenhuma agravante.

A lei 8.930 de 06/09/1994 excluiu a figura delitiva do crime de *Envenenamento de Água Potável* ou de *Substância Alimentícia ou Medicinal, Qualificada pela Morte* (art. 270, combinado com o art.285 do Código Penal).

A última figura típica descrita no art. 1º da lei aqui estudada é a ação de falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998).

Este tipo penal traz consigo a característica de tipo penal plurissubjetivo, no qual consigna diversas ações para caracterizar a infração ao tipo descrito na lei. *Falsificar* é demonstrar a coletividade que aquele produto é verdadeiro ou genuíno, da ao produto a aparência que ele é legítimo. *Adulterar* é transformar, modificar ou mudar o produto para pior, enquanto que corromper é, por exemplo, deitar sujeira, tornar o produto podre, decompô-lo ou estragá-lo. *Alterar* também é modificar a estrutura do produto, sem, contudo tornar este produto nocivo a quem o ingere, no entanto, perde ele todo o valor a que potencialmente teria o poder de cura.

A lei 8072/90 diz também ser hediondo, o chamado crime de *Genocídio*, que está previsto na lei nº 2.889/56, definido nos artigos 1º, 2º e 3º, como: quem com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional ou religioso e nestas condições membros do grupo; causar lesões graves a integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente membros do grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física total e parcial; adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; efetuar a transferência forçada de crianças, grupo para outro grupo; associarem-se mais de três pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior e ainda incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o artigo 1º (a incitação pela imprensa terá a pena aumentada em um terço).

Genocídio nada mais é do que o extermínio em massa de qualquer grupo humano. É de vital importância que não se confunda os crimes descritos acima com os crimes de guerra, pois estes compreendem violação das leis e costumes, assassinatos, maus tratos ou deportação de populações civis nos territórios ocupados, assassinatos ou maus tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar, execuções de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivos de cidades ou aldeias, ou ainda devastação não justificada por necessidades militares. Portanto o crime de genocídio para ser assim tipificado não pode ter conotação de um crime de guerra, pois genocídio consiste na vontade de alguém em praticar o extermínio de pessoas manipulando ou não a vontade desse grupo. No crime de guerra o agente o pratica não segundo a sua vontade e sim em obediência a uma ordem de um superior.

Em seguida após mencionarmos as principais características das figuras típicas citadas no parágrafo anterior, devemos dizer que a lei dos crimes hediondos em seu artigo 2º, determinou que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, fiança e liberdade provisória.

Com relação ao artigo 2º da lei em comento, o que se mostra importante discorrer

é sobre as características e definições dos crimes citados no *caput* deste mesmo artigo.

O crime de tortura consuma-se com a prática da conduta prevista no núcleo verbal independentemente do resultado. Se o agente tortura para obter determinada informação, o crime já está consumado. Se obtém a informação e dela faz uso para a prática de outro delito, reponde por concurso material de crimes.

No que se refere ao *Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas afins* este crime tinha a grande maioria de suas disposições reguladas na lei 6.368/76, sendo que com o passar do tempo várias disposições foram revogadas ou alteradas, ao passo que em agosto de 2006 foi publicada a lei nº 11.343/06, que novamente modificou o regramento desta espécie de crime, trazendo consigo algumas inovações principalmente no que toca ao preceito secundário do crime previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, passando a pena mínima cominada a ser de cinco anos.

Tráfico literalmente que dizer negócio ou comércio, porém para os efeitos da lei, trata-se de negócio indecoroso, principalmente quando o tráfico é de entorpecentes, comercializados de forma ilícita.

O crime de tráfico de entorpecentes é de perigo comum à incolumidade pública. É óbvio que a proibição é com relação à substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, constituindo-se numa norma penal em branco, por que não define quais são essas substâncias.

Com relação ao terceiro crime mencionado no artigo 2º da lei 8072/90, viu-se que durante longo tempo o terrorismo foi considerado movimento anarquista. Hoje terrorismo é considerado sinônimo de atentados nos serviços públicos, atingindo pessoas, com variados meios de produzi-lo, através de explosivos, até mesmo com alta tecnologia, assassinatos de chefes de governo, por meio de sabotagem ou outros meios escolhidos. Também se dá o nome de terrorismo aos métodos violentos de luta de qualquer tipo de grupo revolucionário, incluindo a morte de tripulantes e passageiros de embarcações e aeronaves seqüestradas. Também recebe a denominação de terrorista o ativista político que se utiliza do terror como arma de luta para a conquista ou manutenção do poder.

Por fim, é importante mencionar que observando o texto do inciso XLIII, do artigo 5º da CF e também os artigos 1º e 2º da lei tema desse estudo, percebe-se que a tortura, Tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo não são crimes hediondos já que a própria carta magna tratou de dizer que tais crimes deveriam merecer tratamento especial e mais rigoroso assim como os crimes hediondos que seriam definidos em lei ordinária.

Voltando a lei 8.072/76, nela percebe-se que os crimes definidos como hediondos

vieram descritos no artigo 1º enquanto que a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo os quais a Constituição tratou de em seu corpo constar o caráter de crimes mais graves, vem todos descritos no artigo 2º da mesma lei.

No tocante aos parágrafos que complementam o artigo 2º da lei dos crimes hediondos, todas as suas disposições já foram devidamente tratadas no início deste capítulo.

## CAPÍTULO 2 DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

### 2.1 Origem Histórica das Penas

Conforme relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes, foi possível supor que a pena surgiu de um caráter sacral, pois como os mais antigos agrupamentos de homens não podiam explicar os acontecimentos que fugiam ao cotidiano (chuva, raio, trovão), tais agrupamentos passaram a atribuí-los a seres sobrenaturais, que premiavam ou castigavam a comunidade pelo seu comportamento.

Esses seres, para os homens primitivos eram os totens, que foram os responsáveis pelos graves castigos. É plausível, portanto, que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos (penas), se encontrem vinculadas às regras totêmicas, e também ao tabu, que era outro tipo de castigo. Posteriormente da diversidade das tribos, surgiram outras duas espécies de penas, a perda da paz e a vingança do sangue, que evoluíram para o talião e a composição.

Em conseqüência devemos dizer que, ao tratarmos das penas torna-se quase que imperativo dar seqüência ao tema abordando as principais idéias de um dos precursores no estudo das formas de punir surgidas com o passar dos tempos nos mais diversos meios sociais, o renomado mestre italiano Cezar Beccaria (2000, p.19), que diz que:

reside no fato do homem encontrar-se fatigado de viver com temor e de ter inimigos por toda parte. Dessa forma eles sacrificaram uma parte de sua liberdade com o intuito de usufruir o restante com mais segurança. A soma de tais parcelas de liberdade, sacrificadas ao bem geral, constituem a soberania da nação. Ademais a fim de controlarem as relações intersubjetivas, com o objetivo precípua de viverem em paz, criaram as penas como sanções para os que infringiam as leis.

Vale salientar que esse pensamento acima transcrito tem como base a idéia de que somente a necessidade obriga o homem a ceder uma parcela de sua liberdade, caso em que se cometa um delito.

O fundamento do direito de punir reside na reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade. Afinal, todo exercício de poder que deste fundamento se afastar, constitui abuso e não justiça; trata-se de um poder de fato e não de direito, considerar-se á como usurpação, jamais como poder legítimo.

A pena necessita ser proporcional ao delito praticado para ser justa, bem como o juiz deve executar um silogismo perfeito, onde a premissa maior deve ser a lei geral ; a menor a ação conforme ou não ordena a lei e, por fim a conseqüência, que pode ser a liberdade ou a pena.

O Direito Penal protege bens jurídicos de suma importância, quais sejam: a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio dentre outros. Com efeito, o ordenamento jurídico deve lutar para que as lei penais e processuais penais sejam cumpridas rigorosamente, a fim de coibir a criminalidade.

Segundo Beccaria (2000, p.23-24):

Com leis penais cumpridas a letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois esse é o fim que leva os homens a se unirem em sociedade. É certo, também, que os cidadãos adquirirão desse modo um certo espírito de independência e serão menos sujeitos aqueles que ousaram conferir o nome sagrado de virtude à covardia, às fraquezas e as complacências cegas; então, contudo, menos sujeitos às leis e à autoridade dos magistrados.

Observe-se que a finalidade das penalidades não consubstancia em torturar e afligir um ser sensível, muito menos, consiste em desfazer um crime já praticado. O fito único dos castigos trata-se de obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do delito.

O pensador e epistemólogo francês Michel Foucault (2001, p. 87), entende que:

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder. Que a idéia do suplício esteja sempre presente no coração do homem fraco e domine o sentimento que o arrasta para o crime.

A síntese do pensamento supramencionado consubstancia-se em que a punição ideal será transparente ao crime que sanciona. Assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e, para quem sonha com o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo.

Com o passar do tempo e com o desenvolvimento das idéias sobre o assunto aqui tratado, pode-se tranquilamente chegar mesmo que de forma sucinta a um conceito do que seja pena e detectar suas principais características.

Em decorrência do que fora dito acima podemos dizer que as penas podem ser encaradas sobre três aspectos: Substancialmente, Formalmente e teleologicamente. Substancialmente, consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico. Formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório. Teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.

Sendo assim podemos também dizer que suas principais características são quatro, a saber: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade.

A legalidade consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena, previsto no artigo 1º do Código Penal. A personalidade refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena. A proporcionalidade entre o crime e a pena, ou seja, cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado. E por fim a pena deve ser inderrogável, assim quando praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida.

## 2.2 Da Execução das Penas Privativas de Liberdade no Direito Penal Brasileiro

Antigamente, a prisão, principal resposta no campo penal, era vista como um meio apto a produzir uma reforma do criminoso, reabilitando-o para a vida em sociedade. Com o tempo, percebeu-se que tal entendimento era uma falácia, chegando-se mesmo a acreditar ser quase impossível a ressocialização pela pena privativa de liberdade. Daí a procura por meios alternativos para substituir tal espécie de pena, pelo menos a de curta duração, pois, como aponta Cezar Bitencourt, se o criminoso é habitual, ela será ineficaz; se ocasional, ela excederá o necessário.

Com o passar dos tempos desenvolveram-se vários sistemas de cumprimento de penas, com destaque nos diversos ordenamentos jurídicos, para basicamente três sistemas Penitenciário: o Filadélfia, no qual o sentenciado cumpre sua pena na cela, sem nunca sair desta; o alburn, em que o sentenciado trabalha com outros sentenciados durante o dia e à noite retorna à sua cela, e o sistema inglês ou progressivo, no qual há um período inicial de isolamento e, após este lapso temporal, o indivíduo passa a trabalhar com outros presos durante o dia e, à noite, retorna à cela. Neste o sentenciado pode obter a liberdade condicional, caso cumpra determinados requisitos expressos em lei.

O ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema progressivo com algumas particularidades. Hodiernamente, o início da execução da pena privativa de liberdade dá-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

No que tange ao momento de execução da pena, a competência para executá-la é o juízo das execuções criminais, o que se coaduna com o disposto na súmula 192, STJ que tem o seguinte texto: Compete ao juízo das Execuções Penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

### 2.3 Espécies de Regimes

No regime fechado, o condenado cumpre a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária) – art. 33, §1º, a, CP – ficando sujeito a isolamento no período noturno e trabalho no período diurno (art. 34, §1º), sendo que este trabalho será em comum dentro do estabelecimento, de acordo com as suas aptidões, desde que compatíveis com a execução de pena (art. 34, §2º); não pode freqüentar cursos de instrução ou profissionalizantes, admitindo-se o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas (art. 34, §3º), devendo-se, porém, tomar todas as precauções para se evitar a fuga.

Por sua vez, no regime semi-aberto, o condenado cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, 1º, b, CP), ficando sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno (art. 35, §1º, CP), podendo ainda realizar trabalho externo, inclusive na iniciativa privada, admitindo-se também a freqüência a cursos de instrução ou profissionalizantes (art. 35, §2º, CP).

De acordo com o art. 36, caput, CP, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado – isto porque ele somente ficará recolhido (em casa de albergado ou estabelecimento adequado) durante o período noturno e os dias de folga devendo trabalhar, freqüentar curso ou praticar outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância (art. 36, §1º, CP); se, porém, frustrar os fins da execução penal ou praticar fato definido como crime doloso, haverá regressão do regime (art. 36, §2º, CP).

Algumas linhas merecem ser ditas sobre a prisão domiciliar. Constitui uma das espécies do regime aberto, juntamente com a prisão-albergue e a prisão em estabelecimento

adequado (arts. 33, §2º, c, do CP e 117 da LEP). Por ser uma exceção, somente é cabível nas hipóteses taxativas do referido art. 117 (condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante), já tendo o STF se posicionado neste sentido, não bastando, por conseguinte, a simples inexistência de casa de albergado para a sua concessão, devendo-se, neste caso, assegurar ao preso o trabalho fora da prisão, com recolhimento noturno e nos dias de folga.

Preceitua o art. 37, CP, ao tratar do regime especial, que as mulheres deverão cumprir a pena em estabelecimento próprio, considerando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e as demais regras vistas, no que couber.

Por fim é de suma importância mencionar a importância da fundamentação para a escolha do regime, já que segundo Guilherme de Souza Nucci (2005, p.265): na escolha do regime, sempre que houver a possibilidade de o juiz aplicar o mais rigoroso deve sempre existir motivação.

## 2.4 Regime Inicial

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena é de competência do juiz da condenação; caberá, todavia, ao juiz da execução a progressão/regressão do regime, devendo decidir de forma motivada, como fora dito no tópico acima.

Para se determinar qual o regime inicial, deverá o juiz levar em consideração a natureza e quantidade da pena e a reincidência, bem como os elementos do art. 59, CP, da seguinte forma: quando os primeiros três fatores não impuserem um regime de forma obrigatória, deverá o juiz se valer do art. 59 para decidir qual o regime mais adequado entre os possíveis.

O §2º do art. 33 do CP dispõe que: O condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.

Lógico que somente se refere à pena de reclusão, pois, como anteriormente visto, esta pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto, enquanto que a detenção somente pode ser nos dois últimos regimes, salvo necessidade de regressão, vide caput do supracitado artigo.

O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; aplica-se

apenas à reclusão, uma vez que a pena de detenção superior a quatro anos, tratando-se de condenado reincidente ou não, somente poderá iniciar-se no regime semi-aberto (não há uma faculdade), enquanto que a pena de reclusão maior que quatro anos poderá iniciar-se no regime fechado ou semi-aberto, a depender de o condenado não ser reincidente e do que os elementos do art. 59 indicarem;

Outro requisito é que o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. aplica-se às penas de reclusão e de detenção: se ele for reincidente e a pena for de reclusão, o regime será o fechado ou semi-aberto; se reincidente mas a pena for de detenção, obrigatoriamente inicia-se no regime semi-aberto (inclusive qualquer que seja a quantidade da pena); se não for reincidente, tratando-se de pena de reclusão, qualquer dos três regimes cabíveis poderá ser o inicial e, se detenção, também qualquer dos dois regimes cabíveis poderá ser o inicial, dependerá dos elementos do art. 59.

Em conformidade com o que dispõe o arts. 34, caput, e 35, caput, ambos do CP, no início de cumprimento da pena, o condenado será submetido a exame criminológico de classificação e individualização da execução, quer se trate de regime fechado ou semi-aberto. Tal exame consiste numa perícia a ser realizada no Centro de Observação Criminológica (art. 96, LEP) ou pela Comissão Técnica de Classificação onde aquele não existir (art. 98, LEP) a fim de se obter informações reveladoras da personalidade do condenado – para tanto, engloba exames clínico, morfológico, neurológico, eletro encefálico, psicológico, psiquiátrico e social. Não fica, porém, o juiz vinculado a ele, podendo decidir de forma contrária, desde que fundamentadamente. Quanto à obrigatoriedade de realização do exame, conforme supramencionado, o CP determina a sua realização tanto para o condenado à prisão em regime fechado quanto semi-aberto; já a LEP obriga para o regime fechado e faculta para o semi-aberto – isso fez com que muitos pensassem que, tratando-se de regime inicial semi-aberto, a realização será facultativa; todavia Cezar Bitencourt defende que deve prevalecer a norma cogente, qual seja a do CP, até mesmo para atingir o fim a que se destina, individualização da execução, abarcando, assim, a maior quantidade de apenados possível.

## 2.5 Progressão, Regressão, Detração, Trabalho Prisional e Remição

O ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema progressivo com algumas particularidades. Hodiernamente, o início da execução da pena privativa de liberdade dá-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Pelo sistema progressivo adotado pelo CP com a Reforma de 84, permite-se ao condenado a conquista gradual da liberdade, durante o cumprimento da pena, tendo em vista o seu comportamento, de forma que a pena aplicada pelo juiz não será necessariamente executada em sua integralidade.

Na progressão, passa-se de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso; na regressão, ocorre o inverso, sendo que, neste caso, pode-se passar diretamente do regime aberto para o fechado, o que não acontece com a progressão (do fechado tem que ir para o semi-aberto, nunca diretamente para o aberto).

Para que ocorra a progressão de regime, é necessário o preenchimento de certos requisitos: cumprimento de um sexto da pena no regime anterior; mérito do condenado (demonstração de que ele tem condições de ir para um regime menos severo); exame criminológico; parecer da Comissão Técnica de Classificação. No caso de regime aberto, deve-se atentar ainda para o art. 114 da LEP, o qual estabelece que deve o sentenciado estar trabalhando ou ter possibilidade de vir a fazê-lo e que ele deve apresentar sinais que façam presumir que terá autodisciplina e senso de responsabilidade.

Segundo o art. 118 da LEP, haverá a regressão de regime sempre que o apenado cometer um crime doloso ou falta grave (art. 50, LEP) ou quando for condenado por crime anterior, cuja pena, adicionada ao restante daquela que está sendo executada, não permitir o regime atual. Na hipótese de regime aberto, estabelecem os arts. 36, §2º, CP e 118, §1º, LEP a regressão também se o sentenciado frustrar os fins da pena ou se deixar de pagar a pena de multa quando podia fazê-lo. Em todos os casos, ele deverá ser ouvido previamente, salvo quando a regressão seja consequência da condenação por crime anterior.

Pela detração penal, desconta-se no tempo da pena ou medida de segurança aplicada o período de prisão ou de internação cumprida antes da condenação. O art. 8º do CP preceitua que a pena privativa de liberdade cumprida no estrangeiro é computada na pena privativa de liberdade a ser cumprida no país. Dispõe o art. 42, CP, que pode ser computado o tempo da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro (prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível), o de prisão

administrativa (decorrente de infração disciplinar ou de infração praticada por particular contra a Administração Pública; quanto à prisão civil, há divergências) e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. O trabalho do preso é um direito-dever que visa a diminuir os efeitos criminógenos da prisão, com finalidade educativa e produtiva; a ele não se sujeita o preso provisório ou por crime político, os quais, contudo, se quiserem trabalhar, terão os mesmos direitos dos demais. A jornada diária não pode ser inferior a seis horas ou superior a oito, com folga aos domingos e feriados; a remuneração deverá ser, no mínimo, de três quartos do salário mínimo, assegurando-se todos os benefícios da Previdência Social (art. 39, CP), inclusive a aposentadoria. De acordo com a LEP, a remuneração servirá para: indenização civil determinada judicialmente; assistência à família; ressarcimento ao Estado pelas despesas com a manutenção do apenado, proporcionalmente; o saldo restante deverá ser depositado em caderneta de poupança. A remição permite o abatimento de parte da pena a ser cumprida pelo trabalho realizado dentro da prisão. Ela ocorre na forma de três dias de trabalho por um dia de pena, e é considerada tanto para fins de livramento condicional quanto para indulto; entretanto, se o apenado for punido por falta grave, perderá o tempo remido.

## CAPÍTULO 3 DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

### 3.1 Penas Restritivas de Direito e Desenvolvimento Histórico

De imediato, para estabelecer a denominação técnico-jurídica do instituto, convém ressaltar que “penas alternativas” foi a expressão popular adotada para divulgar, através dos diversos meios sociais, a ampliação do antigo elenco de penas restritivas de direitos contidas no art. 43 do Código Penal, agora composto pela: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Seu embrião foi o Projeto de Lei nº 2684/96, discutido e aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em reunião plenária realizada no dia 29 de outubro daquele mesmo ano, no Estado do Paraná. Compuseram dito Conselho nomes de peso de nosso cenário jurídico, tais como: Damásio Evangelista de Jesus, Julita Tannuri Lemgruber, Heitor Piedade Júnior, Luiz Flávio Borges D’Urso, dentre outros.

A lei em questão surgiu, então, como resposta à necessidade de repensar as formas de punição do infrator, posto que, nos moldes de então, a prisão não vinha cumprindo o principal objetivo da pena, que é o de reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não voltasse a delinquir. Já se admitia, desde então, que, infelizmente, inexistiam condições de suprir por inteiro a pena privativa de liberdade, mas que se caminhava a passos largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social.

Passou então a vigor em novembro de 1998 a Lei no 9.714, cujas principais alterações introduzidas no sistema penal brasileiro foram: 1ª) a ampliação do número de penas restritivas de direitos e 2ª) a possibilidade destas substituírem as privativas de liberdade aplicadas em quantidade não superior a 4 anos, desde que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, o agente não seja reincidente em crime doloso (ou mesmo o sendo, desde que a reincidência não seja específica e, à vista da condenação anterior, a substituição seja reputada conveniente), e as circunstâncias do artigo 59 do código Penal indicarem que a substituição é suficiente. A substituição sempre caberá se o crime for culposos.

Depois dos esclarecimentos mencionados nos parágrafos anteriores, trazemos aqui o conceito de Penas Restritivas de Direito formulado por Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 300) que diz:

As penas aqui em estudo são alternativas às privativas de liberdade, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos.

O mesmo doutrinador citado acima cita em sua obra o respeitado Nilo Batista o qual diz que: “é um movimento denominado fuga da pena, iniciado a partir dos anos 70, quando se verificou, com maior evidência, o fracasso do tradicional sistema punitivo no Brasil” (Alternativas à prisão no Brasil, p. 76).

### 3.2 Natureza Jurídica e Requisitos de Aplicabilidade das Penas Restritivas

Primeiramente deve-se definir tal espécie de pena como sendo autônomas e substitutivas. São substitutivas por que derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Não há tipos penais prevendo, em seu preceito secundário, pena restritiva de direito. Portanto, quando o juiz aplicar uma pena privativa de liberdade, pode substituí-la por uma restritiva, pelo mesmo prazo da primeira. São autônomas porque subsistem por si mesmas após a substituição.

O juiz das execuções penais vai, diretamente, fazer cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros.

É importante mencionar também, que apesar do mencionado caráter substitutivo da pena restritiva de direitos, atualmente já se pode encontrar exemplos de penas restritivas aplicáveis cumulativamente as penas privativas de liberdade, como ocorre com o código de trânsito brasileiro, que em seu artigo 302.

Com o advento da lei aqui estudada (Lei 9.714/97) ampliou-se o leque de opções para que seja convertida a pena privativa de liberdade por penas alternativas, e, para que o apenado possa usufruir seus efeitos benéficos deverá ele atender a requisitos tanto de ordem objetiva quanto de ordem subjetiva.

Dentre os requisitos objetivos estão o de a pena privativa de liberdade não ser superior a quatro anos e o da natureza do crime, isto é, quando este não for praticado com violência ou grave ameaça.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 302) nobre doutrinador citado neste mesmo estudo:

todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena, bem como os crimes dolosos, desde que a pena não ultrapasse 4 anos e não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Com relação ao cometimento do crime com violência ou grave ameaça a pessoa, a violência abrange as violências física e moral, sendo que o legislador preferiu separá-las, quando as menciona nas normas penais, falando sempre de uma e de outra. Deveria ter sido mencionada apenas a palavra violência. Sendo assim quando se lê *grave ameaça* entende-se modalidade de violência moral; quando se lê *violência*, vê-se a física.

Depois de falarmos dos requisitos objetivos, adentramos nos requisitos subjetivos de aplicação desta modalidade de pena mencionado que cabe ao juiz, dentro do seu prudente critério, novamente invocando o artigo 59 do Código Penal, optar pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em consideração as circunstâncias presente neste mesmo artigo.

Nessa análise de ordem subjetiva, o magistrado pode levar em conta a diferença existente entre um traficante internacional e um traficante de ocasião, como já mencionado em nota anterior, aplicando a substituição, quando for o caso, concretizando um Direito Penal liberto de superstições e opressões; um Direito Penal que permita aos magistrados o exercício mais livre da sensibilidade nos domínios da lei, do direito e da justiça.

### 3.3 Definição das Espécies de Penas restritivas de Direito

Como já dito anteriormente, o artigo 43 do Código Penal, enumera as espécies de penas restritivas de direito. As sanções podem ser divididas em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Como efeito da condenação estão também estabelecidas a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e a inabilitação para dirigir veículo (art. 42).

Consequenciando, podemos definir as cinco espécies de penas descritas no

grato anterior. o que passaremos a fazer agora.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, como destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Prestação Pecuniária é o caso da multa, a qual só pode ser aplicada em substituição a pena privativa de liberdade, quando esta não for superior a seis meses.

A perda de bens e valores trata-se da perda em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

No que diz respeito a prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, esta consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais. Trata-se de sanção penal que obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-se enquanto cumpre pena. Tais tarefas serão desempenhadas conforme a aptidão do condenado, que prefere submeter-se a essa sanção a afrontar a pena privativa de liberdade. Essa pena alternativa deverá ser cumprida durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal do trabalho.

A interdição temporária de direitos é a autêntica pena Restritiva de Direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida. Essa pena poderá ser aplicada quando o indivíduo cometer algum crime no exercício da administração pública, crime este que não pode ser superior a um ano ou quando profissionais que tenham determinada licença para exercer sua profissão, cometam algum crime por intermédio desta.

A limitação de fim de semana se caracteriza pelo estabelecimento da obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas. As vantagens dessa pena, é a permanência do condenado junto à sua família, ocorrendo o seu afastamento apenas nos dias dedicados ao repouso semanal, a possibilidade de reflexão sobre o ato cometido, a permanência do condenado em seu trabalho, não trazendo assim dificuldades materiais para a sua família, o não contato com condenados mais perigosos, o abrandamento da rejeição social.

Como dito anteriormente as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, sendo que, para que isso ocorra, é necessário que sejam observadas as regras previstas no art. 44 do Código Penal.

É necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática do crime doloso seja inferior a um ano.

Se o crime for culposo aplica-se a substituição, observando-se, porém que se a pena privativa de liberdade aplicada, for igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente. O réu não pode ser reincidente (se reincidente não admite a substituição das penas).

Ainda exige-se para a substituição das penas, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias da infração indiquem suficiência da substituição.

Por fim, não poderíamos terminar a abordagem desse tema, sem mencionar-mos a Pena de Multa que consiste, nos termos da nova lei, no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo no mínimo, de dez e no máximo de trezentos dias-multa. O valor do dia-multa é fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

O seu pagamento deve dar-se, dentro de dez dias, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Juiz pode permitir (se houver requerimento do condenado) que o pagamento se realize em parcelas mensais.

Pode ainda efetuar-se o pagamento da multa, mediante desconto na folha de pagamento do salário do condenado, porém em três casos: Quando aplicada isoladamente; Cumulativamente com pena restritiva de direitos; Quando concedido o sursis (suspensão condicional da pena).

## CAPÍTULO 4 CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS

A controvérsia acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remodelada em nosso ordenamento penal com o advento da Lei n. 9.714/98, existe em razão do mandamento proibitivo do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que impõe o cumprimento das sanções pelo cometimento de crimes hediondos e equiparados em regime integralmente fechado.

O dissenso da matéria encontra respaldo na doutrina e jurisprudência, criando correntes antagônicas com as mais variadas argumentações.

Data vênia as opiniões em contrário, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por crimes hediondos expressa uma visão constitucional de seus adeptos, porquanto fundamentada nos princípios da legalidade e individualização da pena, sem olvidar do postulado da culpabilidade, segundo o qual o Julgador, por intermédio do juízo de censura que se produz no plano concreto, deverá encontrar a reprimenda *necessária* à prevenção e à reprovação do crime.

### 4.1 Corrente que Defende a Possibilidade de Substituição

O estudo que aqui é feito, se propõe a responder uma pergunta que à muito se busca a resposta. É possível aplicar penas substitutivas nos crimes hediondos? Primeiramente podemos dizer que finalmente o Pleno do STF está enfrentando essa tormentosa questão, o que já serve de enorme alicerce para se chegar à resposta aqui buscada. No HC 84.928-MG, rel. Min. Cezar Peluso (j. 27.09.2005), a resposta da Primeira Turma da Colenda Corte já foi em sentido positivo. A doutrina achava-se dividida, preponderando esse mesmo entendimento.

O HC supracitado foi deferido pelo STF, contra acórdão do STJ que, aplicando o princípio da especialidade, mantivera decisão que determinara o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. O juiz de primeira instância, com fundamento no art. 44 do CP, substituiu a prisão por duas penas restritivas de direitos. O Tribunal de Justiça reformou

essa decisão, cassando a substituição. Acórdão do STJ mantivera a orientação do TJ. A proibição de progressão de regime em crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990) foi o fundamento invocado pelas decisões do TJ e do STJ.

Os fundamentos acolhidos pelo voto do Min. Cezar Peluso para restabelecer a decisão de primeiro grau foram os seguintes:

Primeiro entendeu que embora a Lei 8.072/1990 determine o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, nada dispôs acerca da suspensão condicional ou da substituição da prisão. A legalidade, no âmbito das medidas restritivas da liberdade, é rigorosamente estrita. Em Direito penal, contra o réu, quando a lei diz "A", não se pode estender esse "A" para "B" ou "C". Medidas restritivas do *ius libertatis* não podem ser inferidas de texto legal, devem ser expressas. Não existe analogia contra o réu nesse campo do ordenamento jurídico.

Em seguida menciona que a constitucionalidade do impedimento de progressão de regime encontra-se em discussão pelo Plenário do STF (HC 82.959-SP). Por quatro votos a dois, por ora, está o STF admitindo a inconstitucionalidade desse impedimento. Há uma forte tendência de o STF julgar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990.

Depois diz que a Lei 9.714/1998, posterior à Lei 8.072/1990, ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não abrigou princípio ou norma que obstasse a sua aplicação aos chamados "crimes hediondos", senão apenas àqueles cujo cometimento envolva violência ou grave ameaça à pessoa. Essa restrição objetiva é muito precisa. Não abarca violência contra "coisas" nem muito menos crimes não violentos.

Em virtude do que fora acima mencionado, afirma que no crime de tráfico ilícito de entorpecentes não há, em regra, o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

Em consequência conclui que a exigência do regime fechado instituída pela Lei 8.072/1990 refere-se à execução de pena privativa de liberdade imposta e, sendo esta substituída por pena restritiva de direitos, não haveria pertinência em cogitar-se do teórico regime fechado de execução como obstáculo à substituição já operada.

O último fundamento aqui exposto se coaduna com a opinião do respeitado penalista Guilherme de Souza Nucci (2005, p.302), que têm o mesmo entendimento já que diz que:

Via de regra não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por falta do requisito objetivo: a pena é superior a 4 anos ou o delito é cometido com violência ou grava ameaça à pessoa. A única exceção mais freqüente

fica por conta do *tráfico ilícito de entorpecentes*, cuja pena mínima é de 3 anos e não é cometido violentamente.

O mesmo doutrinador segue esse posicionamento por entender que se levado em consideração somente esse requisito, nada impede a substituição, não se devendo, confundir a aplicação da pena restritiva de direitos em lugar da privativa de liberdade com regime de cumprimento de pena. Diz ainda que, devido a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.702/90) ter imposto o regime de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, e, por tal razão torna-se incompatível a substituição, é, confundir pena com regime de cumprimento da pena. Portanto considera que se o juiz entender cabível a substituição, em especial pela avaliação dos demais requisitos, é natural que possa aplicar a pena restritiva de direitos. E vai mais além dizendo que se a lei não vedou, não cabe ao magistrado fazê-lo, já que a referida lei não proibiu a substituição apenas disse que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado. Determinação esta, que hoje já caiu por terra.

Entretanto, devemos mencionar a novel legislação advinda após a elaboração desse entendimento, pois esta, no caso a lei 11.343/06 alterou o preceito secundário do crime previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, passando a pena mínima cominada a ser de cinco anos, afastando-se, hodiernamente, a possibilidade de substituição por penas alternativas, mesmo quando presentes causas de diminuição de penas, a exemplo da regra do artigo 14, inciso II, do Código Penal que, em tese, poderia reduzir a reprimenda ao limite legal do artigo 44 do CP.

Diz-se isto porquanto o novo regramento legal do delito de tráfico de drogas expressamente proibiu a aplicação de penas restritivas de direitos aos condenados nos tipos penais descritos nos artigos 33, *caput*, e § 1º e art. 34 a 37, apesar da possibilidade, em qualquer hipótese, de livramento condicional e progressão de regime prisional.

Em posicionamento favorável a aplicação das penas restritivas aos condenados por crimes hediondos encontra-se o ilustre membro do Ministério Público da Paraíba o DR. Rodrigo Pires, hoje Curador da Infância e Juventude na Comarca De Patos, entendendo que:

O princípio da culpabilidade é a sustentação constitucional da aplicação da pena, porquanto fundamenta a “escolha” do julgador entre as penas abstratamente cominadas, de forma a sancionar o infrator quantitativa e qualitativamente com uma reprimenda necessária e suficiente à reprovação e prevenção – geral e específica – ao crime. É neste sentido que o artigo 44 do Código Penal impõe que a culpabilidade do agente seja sopesada para a finalidade ali preconizada. Preso a esta premissa, o Julgador que não a observar fulminará seu *decisum* de nulidade, mesmo que fundamente a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em face da proibição trazida pela Lei de Crimes Hediondos. Isto porque, em um só ato, inobservaria postulados constitucionais importantes, enfatizando-se o

princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana, corolários do Estado Democrático de Direitos, que vedam a imposição de penas desnecessárias e contrárias a um fim utilitário. Como dito alhures, também o princípio da individualização das penas, consagrado enfaticamente na Constituição Federal, estaria ferido de morte quando não aferida a possibilidade de aplicação das penas alternativas nos casos de crimes hediondos e equiparados, em razão de uma argumentação meramente formal, qual seja, o proibitivo do artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90. O princípio da individualização da pena deve ser observado em todas as etapas de fixação da sanção penal. Primeiro, pelos legisladores que, dentre todas as penas possíveis, devem escolher aquela que melhor atenda seus fins. Segundo, incide sob o comportamento do Julgador que, logo após reconhecer a autoria e materialidade delituosa, deve aplicar a pena segundo este postulado. Por fim, na fase de execução.

Em virtude de tudo o que acima fora explanado, o Dr. Rodrigo Pires conclui dizendo que merece destaque o fato de que:

a aparente incompatibilidade desses dispositivos (art. 2º, § 1º, da Lei n 8.072/90 e art. 44 do CP) solve-se ao se constatar, por exemplo, que a Lei n 8.072/90 introduziu o inciso V no artigo 83 do Código Penal. Na verdade, a inovação no art. 83 do Estatuto Repressivo pátrio que possibilitou a concessão de livramento condicional, se cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes leva à ilação que a Lei dos Crimes Hediondos é, no mínimo, contraditória. Uma lei não pode determinar duas coisas simultaneamente que venham a contrariar seus dispositivos. Se o parágrafo 1º, do art. 2º determina que a pena será cumprida integralmente em regime fechado, por que determinar outra coisa no seu artigo 5º, contradizendo os termos do citado dispositivo? Permitir o livramento condicional em crimes hediondos e equiparados significa destruir um dos mais fortes argumentos daqueles que defendem a proibição da substituição prevista no art. 44 do CP nos crimes de tráfico de entorpecentes, o de que a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime integralmente fechado. Por outro lado, utilizando-se uma argumentação mais singela, a Lei n 9.714/98 é posterior à Lei n 8.072/90 e, ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não abrigou princípio ou norma que obstasse a sua aplicação aos chamados crimes hediondos ou seus equiparados, senão apenas àqueles cujo cometimento envolva violência ou grave ameaça à pessoa. Ora, a novel legislação amenizou o rigor da Lei dos Crimes Hediondos e, pela estrutura lógica do sistema legal adequada aos rumos da política criminal e do Direito Penal Mínimo deve prevalecer sobre aquela. Ademais, sabidamente as normas que restringem direitos individuais só podem ser interpretadas restritivamente sendo inconcebível, ante o princípio constitucional da legalidade, o hermeneuta fazer uma interpretação ampliativa para acrescentar esta vedação, posto que referido princípio normatiza que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, não podendo o Estado aplicar sanção que não esteja amparado em lei que a comine. Deste modo, não restam dúvidas, ante à ausência de qualquer vedação legal, de que aos condenados à pena privativa de liberdade, mesmo que pela prática de crime hediondo ou equiparado, em tese, fazem jus a substituição da sanção por medida restritiva de direito, desde que preenchidos todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tratando-se de direito público subjetivo do réu a substituição da pena quando lhe for mais benéfica.

Ainda em consonância com a possibilidade de aplicação das penas restritivas a estas modalidades de crimes, se manifesta o também membro do Ministério Público

paraibano, hoje atuando na 5ª vara, vara de família, na cidade de Campina Grande o Dr. Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, que entende que:

o único fundamento legal que impossibilitava tal alteração era a necessidade de cumprimento das penas em regime integralmente fechado, nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados. Todavia, com a declaração de sua inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente, e a posterior alteração da própria legislação relativa a tais delitos, através da Lei 11.464/07, desapareceu o impedimento até então existente, o que tornaria possível tanto a progressão de regimes, como a substituição da pena relativa aos delitos hediondos, desde que atendidas as demais hipóteses descritas no artigo 44 do Código Penal (o que torna diminutos os casos de substituição, até mesmo considerando as elevadas penas atribuídas a tais crimes). Com isso, não se quer dizer que a Lei não possa estabelecer requisitos diferenciados para a substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos em alguns crimes, até porque é ela quem a autoriza, ou mesmo vedá-la nas hipóteses de delitos hediondos ou assemelhados, como fez a recente Lei 11.343/06 – nova Lei de entorpecentes, em seu artigo 44, pois também é do legislador a atribuição para etiquetar o delito como hediondo ou não, mas apenas registrar que não mais se pode impedir tal substituição pelo simples fato de se tratarem de delitos hediondos, desde que inexistente norma em sentido contrário, vez que não há mais necessidade de cumprimento de pena em regime integralmente fechado. E não se argumente, como pretendem alguns doutrinadores, que o simples motivo de a Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, estabelecer o regime inicial fechado para cumprimento da pena nessas espécies de delitos, seja fator impossibilitador da mencionada substituição, até porque inexistente qualquer incompatibilidade nesse sentido, devendo as normas merecer interpretação sistemática e harmônica.

O ilustre membro do Ministério Público vai mais além e conclui dizendo que:

Tal entendimento possibilitará, inclusive, quanto aos réus já condenados, no caso de subsunção às hipóteses do artigo 44 do Estatuto Punitivo, o direito de pleitear tal substituição perante o Juízo das Execuções Penais, por se tratar de alteração mais benéfica, admitindo a sua retroatividade, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Em análise sobre a aplicação do *sursis* a quem comete estas espécies de delito, podemos mencionar decisão do TJSP, ap, 153.487-3 de 12/07/1995 que teve como relator o Dr. Canguçu de Almeida, proferiu entendimento no seguinte sentido:

Embora se batam alguns pela inadmissibilidade do *sursis*, em se cuidando de crimes hediondos, o certo é que a lei especial não impôs nenhuma restrição a esse respeito. Disse, é certo, que as penas de tais crimes serão cumpridas, integralmente em regime fechado, mas assim dispôs, é claro, para os casos em que se cuide de réu que deva recolher-se a presídio, não para as hipóteses em que, por força da quantidade da pena e do atendimento aos demais pressupostos a tanto exigidos, seja viável a suspensão condicional. A restrição reclamava imposição expressa, pois, é curial em sede de comprometimento ao direito à liberdade, não se compreende aceitação dele mercê interpretações analógicas ou extensivas da norma que a ele não se refere ostensivamente. Estando presentes os requisitos do artigo 77 do CP, há de deferir-se o *sursis*.

possa ser executada em regime semi-aberto ou aberto, se permitisse que a sanção privativa de liberdade fosse substituída por pena restritiva de direitos.

Entendem desse modo que fica caracterizada a prevalência da norma especial sobre a geral. É o afamado princípio da especialidade, que aqui deve ser observado por existir uma lei específica regulando a matéria (Lei 8.072/90).

Nesse mesmo sentido pode-se aqui citar também o ensinamento de Damásio E. de Jesus (2001, p. 111), ao comentar o art. 12 do CP, que "tal dispositivo [...] refere-se às regras do Código e das normas extravagantes, atribuindo prevalência a estas, se diversas das determinadas pelo estatuto codificado".

Em consequência, muitos entendem que mesmo que não haja violência ou grave ameaça, ou melhor, ainda que fosse possível a aplicação das condições do inciso I, do artigo em comento, faltaria o preenchimento de outros requisitos: os do inciso III. Assim, seria imprescindível que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente.

Mencionando a constitucionalidade da Lei aqui em comento cabe fazer uso das distintas palavras de Fernando Capez (CAPEZ, 2005, p. 680):

[...] a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal em total alinhamento com a exigência constitucional de tratamento mais rigoroso para os crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

Renato de Lima Castro promotor de Justiça do Estado do Paraná em estudo realizado e publicado no site Jus Navigandi sobre o tema aqui em análise, diz que:

Sendo indiscutível, portanto, que a Lei de Crimes Hediondos trata-se de Lei Especial e, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma preconizada pelo art. 44 do Código Penal, é incompatível com a forma de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado estabelecida naquela legislação especial, não resta dúvida que este dispositivo penal, enquanto regra geral do Código Penal, não estenderá seus efeitos à Lei de Crimes Hediondos, norma especial reguladora da matéria. Entender de modo diverso é negar vigência à Lei Federal - art. 12 do CP e, ainda, extrair da norma especial seu conteúdo preventivo e repressivo.

O mesmo membro do ministério público antes citado, em posicionamento que se insurge contra a crescente subida nas estatísticas, referentes a estes crimes, conclui dizendo que:

Com efeito, é notório que o legislador ordinário, para elaborar a lei penal ou estabelecer determinado regime de cumprimento de pena privativa de liberdade deve, em caráter antecedente, investigar a questão sob duplo enfoque: 1) verificar a existência de bens jurídicos que estão a merecer tutela penal; 2) perscrutar se determinados bens jurídicos já valorados penalmente estão necessitando de uma reavaliação político-criminal, quer através da majoração da pena privativa de liberdade, quer através da fixação de determinado regime de cumprimento de pena. Nesta segunda hipótese, incumbe ao legislador individualizar espécies de delitos de grande potencialidade lesiva para a sociedade para, assim, instituir, legislativamente, diploma legal mais severo e dissuasivo de intentos delituosos. A Lei de Crimes Hediondos, certamente, foi produto deste criterioso estudo político criminal, onde se constatou a imperiosa necessidade de se proteger a vida humana, a liberdade, física e sexual, a saúde pública e incolumidade física dos indiciados, ante a verificação de crimes de extorsões mediante seqüestro, latrocínios, torturas e tráfico ilícito de entorpecentes cometidos em número crescente e alarmante, sem que a lei penal estivesse a cumprir característica que lhe é peculiar - prevenção e desestimulação de intentos delituosos. A escalada criminoso deveria, inexoravelmente, ser reprimida a qualquer custo, para restabelecer a credibilidade no sistema penal e a tranqüilidade do cidadão. Nesta ordem de argumentação, não é admissível que se pretenda aplicar a Lei n.º 9.714/98 nos crimes taxativamente delineados na lei de Crimes Hediondos, na medida em que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é absolutamente incompatível com a natureza dos crimes tutelados pela Lei Especial e, sobretudo, não cumpriria a prevenção especial indissociável da lei penal

Assim como fora feito com relação a corrente anterior, é importante aqui também mencionarmos entendimentos dos tribunais, e aqui é claro, negando a existência de tal possibilidade de substituição.

Primeiramente citaremos entendimento do TRF da 4ª Região, de 03.08.1999, que assim dispôs:

A inadmissibilidade dos regimes aberto e semi-aberto, determinada pela lei 8.072/90, exprime política criminal incompatível com a substituição de penas privativas de liberdade por penas alternativas (Lei 9.714/98), em se tratando de crimes hediondos e equiparados.

Em seguida, curiosamente alegando o princípio da especialidade citamos aqui idéia consubstanciada no TJSP em HC de 22.03.1999, alegando que: “As regras estipuladas pela Lei 9.714/98 não são aplicáveis na hipótese de condenação por crimes equiparados a hediondo, já que as regras da Lei 8.072/90 são consideradas de lei especial e *lex especialis derogat legi generali*”.

É curial nesse momento não deixarmos de mencionar que muitos dos entendimentos aqui trazidos a baila, foram elaborados nas mais distintas épocas, o que claramente influi na elaboração de tais entendimentos já que com o passar dos tempos são notórias as mudanças no ordenamento jurídico, o que também aconteceu com relação as normas que regulam o tema aqui em estudo, e principalmente as mudanças consideráveis de postura presenciadas nos plenários de nossos tribunais.

Ora nos vemos diante de entendimentos admitindo tal substituição, ora nos vemos diante de entendimentos negando tal possibilidade, o certo é que o importante é que existe a necessidade de um estudo sistemático e que chegue a uma efetiva conclusão a cerca do tema, pois estamos aqui tratando de crimes de grande repercussão social, e mais ainda de um dos direitos mais fundamentais do homem que é o direito a liberdade, sendo pois inesgotáveis os esforços para se dirimir esta celeuma que aqui se apresenta.

## CONCLUSÃO

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito aos praticantes de delitos hediondos ou equiparados, seja em face da Constituição Federal de 1988, da lei dos Crimes Hediondos e da lei 9.714/98, fez-se intensa durante anos, sempre com a vitória da corrente jurisprudencial que nega a possibilidade de substituição, claramente em desacordo com a melhor doutrina e métodos interpretativos, êxito esse baseado principalmente nos precedentes do STF, apesar da validade científica dos argumentos dos defensores da possibilidade aqui em análise, relativamente aos princípios e garantias fundamentais consagrados em nossa Constituição.

Diante do novo enfoque que assume a atuação do direito penal, como instrumento capaz de conduzir à efetividade dos princípios e valores constitucionais de direito penal, contidos na Magna Carta de 1988, a busca do conceito de gravidade que satisfaça a conjugação dos princípios da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) e do tratamento mais rígido aos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII), deve pautar-se pela avaliação concreta das diversas situações.

Conforme se vê da redação do artigo 44 do Código Penal nada impede a concessão da substituição das penas privativas de liberdade em penas alternativas, desde que satisfeitos os requisitos, ademais, inferindo que a presente Lei é posterior a Lei dos Crimes Hediondos.

Especificamente, para efeitos de concessão da substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, de acordo com as recentes alterações introduzidas no art. 44 do CP, cabe ao juiz avaliar a hediondez concreta do fato e suas circunstâncias, de modo que, ao cabo desta avaliação, possa aquilatar se a gravidade concreta autoriza ou não a referida substituição.

O próprio art. 44, inciso III, do CP, com a nova redação introduzida pela Lei n. 9.714/98, aparelha o juiz para tal tarefa, ao dispor que, além dos demais requisitos contidos nos incisos I, II e III, do mesmo artigo, as penas restritivas de direitos substituirão as privativas de liberdade, se também as circunstâncias o indicarem.

Estas circunstâncias, por sua vez, salvo melhor juízo, possuem alcance maior do que aquele que as vincula diretamente à prática do crime em si, e que está delimitado no art. 59 do CP.

Afinal, no art. 59, que trata das circunstâncias judiciais, o legislador, expressamente, dispõe que aquelas são circunstâncias do crime, ao passo que no inciso III do art. 44, após enumerar todas as circunstâncias subjetivas ligadas ao autor do fato (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), apenas acrescenta que será concedida a substituição se “as circunstâncias indicarem” que ela seja suficiente.

Vale dizer, além do limite temporal da pena aplicada e do fato de o delito praticado ser ou não classificado como hediondo, ainda cumprirá aferir se as circunstâncias, aí incluindo-se a gravidade concreta do fato, indicam a suficiência das penas restritivas de direitos em lugar da privativa de liberdade.

Em outro prisma e corroborando com o que fora mencionado em capítulos anteriores, concluímos por não merecer vingar o entendimento por muitos abraçado, segundo o qual a aplicação de penas substitutivas estaria a ferir o princípio da especialidade. É que justamente como antes dissemos a Lei dos crimes Hediondos restringe aos autores de tais delitos benefícios de ordem processual, antes da efetivação da pena e, ao depois, quando da própria execução impedindo a progressão de regime. Claro que é sabido de todos que o STF já consolidou entendimento no sentido de admitir a progressão a quem comete esta espécie de delitos, fazendo necessário a edição de lei que tratasse de tal situação, fato esse antes citado nesse estudo.

Entretanto mesmo quando vigente o impedimento de progressão de regime, notoriamente se percebia pela clara distinção entre o momento de cumprimento da pena e o momento de sua cominação, pois se tratam de momentos processuais claramente distintos e que em hipótese alguma se confundem.

Pela estrutura lógica do sistema legal chegamos à conclusão de que se aplica a Lei n.º 9714/98 aos crimes hediondos, claro, quando possível.

Por certo que a lei dos crimes hediondos, fala de regime prisional a ser aplicado ao cumprimento da pena, porém, não fala em vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa. Se não fala, não veda.

É regra primária de hermenêutica que as normas que restringem direitos individuais devem ser interpretadas restritivamente. Se a Lei n.º 8.072/90 não vedou expressamente a substituição da pena, o hermeneuta não pode lançar mão de interpretação dilatória ou ampliativa, para fazer incluir no rol de proibições de direitos e garantias elencadas no referido texto legal mais esta restrição.

Inexiste, outrossim, incompatibilidade de natureza lógica entre a norma do art. 2º,

§ 1º e a substituição da pena, já que não há nenhuma correlação entre regime de cumprimento de pena e este instituto.

Regime penitenciário está relacionado com o local em que se dará o cumprimento da sanção penal, referindo-se também às regras a que ficará sujeito o apenado durante a execução da pena privativa de liberdade. De acordo com o disposto na Lei dos Crimes Hediondos ele não poderá, durante a execução, avançar para um regime menos rigoroso (passar do fechado para o semi-aberto e deste para o regime aberto). Determinação esta que já caiu por terra como dito alhures, o que logicamente já traz a tona mais uma incoerência da referida lei.

Ou seja, pode-se concluir também com o desenrolar do presente estudo que, com o aparecimento da possibilidade de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, nada mais contraditório do que o julgador restringir a substituição da pena, haja vista que, além da afronta já mencionada aos princípios consagrados na Constituição, estaria se caindo num contra senso pois estaria negando a latente compatibilidade existente entre os regimes semi-aberto e aberto.

Se o condenado pode cumprir pena fora do presídio, nestes regimes acima mencionados, nada mais lógico do que em observância as circunstâncias dos artigos aqui já referidos do Código Penal, o apenado poder ter sua pena substituída, estando o julgador em sua função de aplicador do direito, respeitando a estrutura lógica de nosso sistema jurídico.

Dessa maneira, só pelos argumentos anteriormente expostos, pode-se firmemente, contrariar a utilidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito aos condenados pela prática de crimes hediondos, para o atendimento das finalidades e objetivos primordiais da reprimenda penal.

Em virtude disso, é preciso se ater ao fato de que a norma que não é útil, não é eficaz para a busca da justiça. Assim não pode se utilizar do ordenamento jurídico como instrumento, devendo a interpretação restritiva de direitos individuais ser excluída do sistema legal, em nome como já antes dito, da racionalidade contextual.

Por isso, a Lei 9.714/98 trouxe cores novas às orientações majoritárias existentes na jurisprudência, indicando uma nova posição a ser tomada daqui para frente, buscando intensamente a justiça pelo direito mais adequado a espécie.

Deve-se, portanto admitir a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito aos delitos hediondos e a eles assemelhados, em observância contextualizada do nosso ordenamento jurídico, observando as características de cada caso concreto e de cada indivíduo que vá contra o ordenamento jurídico e as mais

consagradas normas de conduta espalhadas em nosso meio social, buscando assim a mais próxima aplicação do direito à justiça, não enquadrando infratores que cometem crimes diferentes, de formas diferentes e possuidores de personalidades na maioria das vezes antagônicas, numa maneira de punir uniforme e causadora de injustiças, o que não possibilitaria uma justa realização dos direitos inerentes ao ser humano.

Primeiramente, em obediência aos requisitos objetivos de aplicação das penas restritivas de direito, podemos concluir o trabalho definindo as espécies de crimes passíveis desta substituição.

Por fim, mais uma vez em observância aos critérios objetivos de aplicação da pena, concluímos pela possibilidade de aplicação de medidas restritivas, de acordo com o inciso VII-B do artigo 1º da Lei 8.702/90, que menciona serem hediondos os crimes descritos nos artigos 1º, 2º e 3º da lei 2.889/56, lei essa que regula os crimes de genocídio, entretanto é importante mencionar que a permissão aqui descrita está relacionada a algumas modalidades de genocídio, mais precisamente as seguintes figuras típicas:

Lei 2.889/56

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

(...)

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

(...)

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c; (Art. 270 §2º)

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

E os artigos 2º e 3º desta mesma lei quando se referir as mesmas figuras típicas citadas acima.

Por fim, está clara a possibilidade de substituição atinente ao crime descrito no artigo 8º, e parágrafo único da lei 8.702/90, que consiste no crime de quadrilha ou bando

previsto no artigo 288 do Código Penal, havendo ainda a possibilidade de diminuição da pena em virtude da presença do instituto da delação premiada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo. Saraiva, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LÚCIO, Vicente Carlos. *Crimes Hediondos*. Bauru, SP: Edipro, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.