

# AS PENAS ALTERNATIVAS E SUA APLICABILIDADE NOS CRIMES HEDIONDOS<sup>1</sup>

Fabiano Wallace Ferreira<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo científico busca discutir sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direito nos crimes hediondos e equiparados. Serão apresentados e discutidos os posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de substituição destas penas. Os doutrinadores favoráveis à substituição afirmam sobre o fim ressocializador das penas impostas a aqueles que são condenados, já os contrários apontam que o próprio caráter hediondo dos delitos já afasta, por si só, a possibilidade de substituir por uma pena mais branda. O artigo ainda apresenta algumas jurisprudências relacionadas ao tema nas quais a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos foi utilizada, principalmente nos crimes de tráfico de drogas, respeitando-se, sempre, todos os requisitos necessários.

**Palavras-chave:** Penas privativas de liberdade. Penas restritivas de direitos. Crimes hediondos.

**Abstract:** This article aims to discuss the possibility of replacing the custodial sentence with the restrictive ones of law in the heinous and assimilated crimes. Positions favorable and contrary to the possibility of replacing these penalties will be presented and discussed. Favorable proponents of substitution affirm the resuscitating end of the punishment imposed on those who are condemned, while the contraries point out that the very heinous character of the offenses alone, by itself, removes the possibility of substituting a more lenient punishment. The article also presents some jurisprudence related to the subject in which the substitution of the custodial sentence by the restriction of rights was used, mainly in the crimes of drug trafficking, always respecting all the necessary requirements.

**Key words:** custodial sentences. Penalties restricting rights. Heinous crimes.

## Introdução

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Seminário de Monografia I no curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

<sup>2</sup> Acadêmico (a) do curso de Direito do IPTAN.

O trabalho possui como interesse discutir sobre a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes hediondos e equiparados a estes, sendo que, existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e contrários a esta substituição.

De forma inicial, será apresentado um conceito do que sejam as penas de forma em geral e, posteriormente, o que são as penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos e quando são utilizadas, observando-se todos os requisitos necessários para a utilização de cada uma delas.

A corrente doutrinária e jurisprudencial contrária afirma que existe a impossibilidade de ser realizada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos pelo caráter hediondo, tendo em vista que estes crimes são caracterizados como mais gravosos, sendo praticados de forma mais severa contra o indivíduo e, por essa razão, não seria possível abrandar a pena do agente que pratique essa modalidade de conduta delituosa.

Já os adeptos a realização da substituição dissertam que, estando presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, a substituição mostra-se como a melhor solução, pois, as penas restritivas de direitos são uma maneira mais fácil e acessível de que o condenado a uma prisão seja ressocializado e, mesmo sendo o crime caracterizado como hediondo ou semelhante, as penas restritivas de direitos acarretam de uma forma mais real uma melhor reinserção do indivíduo na sociedade.

Será analisado, também, algumas jurisprudências que tratam sobre a possibilidade de se realizar a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes hediondos, sendo que, essa forma de substituição é muito utilizada nos delitos de tráfico de drogas, que são caracterizados como crimes equiparados aos hediondos, demonstrando quais são os entendimentos jurisprudenciais sobre a possibilidade de substituição quando estiverem preenchidos todos os requisitos necessários.

Logo, este artigo científico possui como intuito demonstrar e averiguar quais sejam os principais embates relacionados a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos nos crimes

hediondos e equiparados, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que abordam sobre este tema.

## **1. As penas**

No âmbito criminal, as penas, são utilizadas para reprimir o agente que tenha cometido algum delito e, o Estado, como ente responsável, age contra o indivíduo que tenha agido através da norma incriminadora, desta maneira, segundo os doutrinadores Capobianco e Santos (2015, p. 121), é possível concluir que a pena é a consequência jurídica do crime.

Importante se faz destacar o conceito que o renomado doutrinador Damásio de Jesus (2005, p. 519), apresenta para o que venham a ser as penas:

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

As penas possuem três principais finalidades, sendo elas; retributiva, preventiva e ressocializadora, outrossim, também são regidas pelos princípios da legalidade, anterioridade, humanidade, personalidade, individualização, proporcionalidade, proibição da dupla punição, jurisdicionalidade e inderrogabilidade.

Estas, ainda, são divididas através da sua classificação, sendo possível aplicar penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas de multa.

O presente trabalho científico possui como principal enfoque, inicialmente, apresentar quais sejam as penas restritivas de direitos e como estas são utilizadas e, posteriormente, tratar sobre sua utilização nos crimes hediondos, abordando as duas principais correntes que discutam sobre o tema, apresentando, finalmente, estudo de casos relacionados à referida abordagem temática.

### **1.1 Penas restritivas de direitos**

As penas restritivas de direitos, são caracterizadas como sendo as penas alternativas referente a substituição para as penas privativas de liberdade, sendo que essas penas restritivas de direitos buscam evitar a prisão do indivíduo que cometeu algum crime, com o intuito de buscar ressocializá-lo, através de circunstâncias que não sejam consideradas tão “violentas” e traumatizantes ao agente que tenha praticado o fato delituoso, além de diminuir a população carcerária, tendo em vista que os presídios brasileiros encontram-se cada vez mais superlotados e, em raras situações, devolvendo para a sociedade, indivíduos ressocializados que se mostrem recuperados.

Desta maneira, Damásio de Jesus (2005, p. 529), afirma que:

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais, são meios de que se vale o legislador visando impedir que o autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade.

As penas alternativas possuem como natureza jurídica serem classificadas como sanções penais autônomas e substitutivas, contudo, na atualidade, é possível afirmar que existem penas restritivas de direitos utilizadas, de forma cumulativa, as penas privativas de liberdade, como, por exemplo, o que ocorre no artigo 292 do Código de Trânsito Brasileiro.

Vale destacar que, normalmente, as penas restritivas de direitos, são determinadas na sentença condenatória, com exceção, por exemplo, do que ocorre no artigo 180 da Lei de Execuções Penais, sendo que, quando estiverem presentes os requisitos necessários, será deferido o pedido, na execução, da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

## **1.2 Espécies de penas restritivas de direitos**

O artigo 43 do código Penal afirma que:

As penas restritivas de direitos são:  
I – Prestação pecuniária;  
II – Perda de bens e valores;  
III – (VETADO);

- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

Conforme aludido no referido artigo e seus respectivos incisos, estas são as espécies de penas restritivas de direitos, sendo que, vários doutrinadores criticam sobre a nomenclatura – restritivas de direitos -afirmando que, a forma correta de se referir as possibilidades existentes, seria nomeá-las como penas alternativas.

Importante destacar a menção que Rogério Greco (2015, p. 168) realiza em sua obra, acerca da crítica que o autor Cézar Roberto Bitencourt disponibilizou, em uma de suas obras, para afirmar que nem todas as hipóteses previstas no Código Penal podem ser denominadas como espécies restritivas de direitos:

A denominação penas “restritivas de direitos” não foi muito feliz, pois, de todas as modalidades de sanções sob a referida rubrica, somente uma refere-se especificadamente à “restrição de direitos”. As outras – prestação pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária; prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana referem-se mais especificadamente à restrição da liberdade do apenado.

Além disso, o indivíduo não possui a prerrogativa de escolher qual espécie de pena alternativa de direitos ele deseja cumprir, tendo em vista que, o ordenamento jurídico já está lhe beneficiando com a possibilidade da substituição, com o intuito de que o condenado se ressocialize de forma mais rápida e menos gravosa, desta maneira, seria uma grande falácia afirmar que o agente possui o direito de escolher quais das penas deseja cumprir, seria o mesmo que afirmar que o cumprimento da pena restritiva de direitos não possui o caráter penalizador por um ato ilícito praticado.

### **1.3 Requisitos para aplicação das penas restritivas de direitos**

Para que o condenado possua direito a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, será necessário que preencha os requisitos existentes no artigo 44 do Código Penal, no qual afirma:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

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

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Estes requisitos arguidos no artigo 44 do código penalista, são de caráter tanto objetivo, quanto subjetivo, sendo que, ao magistrado responsável pelo julgamento da lide, não é cabível que estabeleça qualquer exceção que não tenha sido criada pela legislação vigente, ou seja, quando o indivíduo preencher todos os requisitos previstos no referido artigo, é um direito que possui em ser realizada a substituição das penas.

De modo geral, as penas alternativas terão o mesmo tempo de duração que teria a pena privativa de liberdade, salvo nos casos das penas de prestação de trabalhos para a comunidade, interdição temporária de direitos e

referentes à limitação de finais de semana, quando estas restrições se mostrarem superiores a um ano, seu período de cumprimento poderá ser menor lapso temporal, todavia, este tempo inferior não pode ser menor que a metade da pena privativa de liberdade estabelecida em juízo, desde que ocorra a compensação de horas.

É de suma importância ressaltar que pode ocorrer a reconversão da pena alternativa de direitos em privativa de liberdade, de forma facultativa ou obrigatória, nas situações em que o acusado não cumprir as condições que lhe foram determinadas ocorrerá a forma obrigatória, retornando a pena inicial que lhe havia sido imposta, ou seja, a pena privativa de liberdade, que, salienta-se, somente ocorrerá, quando a pena restritiva de direitos não for devidamente cumprida por motivo que seja injustificado. Lado outro, a conversão será ocasionada de maneira alternativa, quando for constatado o disposto no artigo 44, § 5º do Código Penal.

Destaca-se que, além dos artigos 43 e 44 do Código Penal, os artigos 45, 46, 47 e 48 do referido *códex*, ainda abordam sobre o tema, especificadamente, dispondo sobre as espécies de penas restritivas de direitos e suas formas de utilização.

As penas restritivas de direitos fazem com que o sentenciado possa cumprir sua obrigação com a sociedade de forma alternativa, e, ocorrendo assim, a diminuição do número de carcerários nas penitenciárias, que encontram-se, cada dia mais, superlotadas e não devolvendo cidadãos ressocializados para as comunidades brasileiras.

Portanto, estas penas precisam ser mais exploradas para que, cada vez mais, façam com que indivíduos que tenham cometido delitos consigam cumprir suas penas impostas pelo Estado de maneira mais ressocializadora, sendo que, é possível perceber que as penas restritivas de direitos são um importante recurso para caracterizar a humanização das penas existentes no sistema penal brasileiro, atingindo, assim, o principal objetivo da impetração de uma pena a um sentenciado, ou seja, sua ressocialização.

## **2. Os crimes hediondos e as penas restritivas de direitos**

Os crimes hediondos são aqueles estabelecidos no artigo primeiro da Lei nº 8.072 de 1990, sendo eles: homicídio (em todas suas formas qualificadas), lesão corporal praticada de forma dolosa e com natureza gravíssima, extorsão qualificada pela morte e também quando praticada mediante sequestro, latrocínio, estupro e, ainda, o de vulneráveis, epidemia com resultado morte, entre outros.

Deve-se mencionar que os delitos classificados como hediondos, também estão dispostos na Carta Magna, especificadamente no artigo 5º, inciso XLIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

São conceituados como hediondos, aqueles crimes que possuem um maior grau de reprovabilidade, que de forma direta ou indireta estão violando o principal bem que deve ser protegido, ou seja, a vida; desta maneira, cabe ao Estado punir de forma ainda mais rigorosa quem pratica estes determinados delitos, tendo em vista seu alto grau de reprovabilidade.

Referidos crimes que são classificados como hediondos, possuem uma série de situações e requisitos que os diferenciam dos demais, como não ser possível o pedido de fiança, graça, indulto ou anistia, seu período de cumprimento para que ocorra a progressão de regime se mostra maior, sendo de 2/5 quando o réu for considerado como primário e 3/5 quando for reincidente, entre outros aspectos.

Importante destacar que, além dos crimes previstos na Lei nº 8.072 de 1990, existem também os delitos que são classificados como equiparados aos hediondos, sendo eles o tráfico de drogas, terrorismo e tortura, ou seja, a estes delitos mencionados, é aplicada a lei que aborda sobre os crimes hediondos

em todas suas vertentes e aspectos, todavia, quando a lei que dispõe sobre estes respectivos crimes possuir uma visão diferenciada, esta será a utilizada; devendo-se ressaltar que referidos delitos não são classificados como crimes hediondos, pois, não estão previstos no rol taxativo presente no artigo primeiro da Lei nº 8.072/90, sendo classificados somente como equiparados ou assemelhados a estes.

## **2.1 Aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes classificados como hediondos**

Ocorre uma grande discussão doutrinária e também jurisprudencial acerca da utilização das penas restritivas de direitos, que foram tratadas no capítulo anterior, nos crimes de caráter hediondos, sendo que existem posicionamentos contrários e também favoráveis referentes ao respectivo tema.

O artigo 44 do Código Penal, ao apresentar quais sejam os requisitos necessários para ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos não afirmou sobre a possibilidade de referida substituição nos crimes hediondos ou equiparados, logo, a ausência de uma explanação legal sobre o tema ocasiona inúmeras discussões doutrinárias entre os adeptos ou não desta possibilidade.

Segundo o doutrinador Mirabette (2003, p. 278), que se mostra como contrário a substituição para pena alternativa, afirma que:

Seria paradoxal que, impedindo a lei que a pena imposta por um desses crimes não possa ser executada em regime aberto ou semi-aberto, se permitisse que a sanção privativa de liberdade fosse substituída por pena restritiva de direitos.

Todavia, Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 493), adepto a corrente favorável que aborda sobre o tema, analisa:

[...] a partir da Lei 9714/98 aquelas infrações definidas como crimes hediondos ou assemelhados, que satisfizerem os requisitos exigidos pelo atual art. 44 do Código Penal, admitem a aplicação de penas restritivas de direitos.

Além disso, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, em seu voto no Habeas Corpus número 82.959 (2006, s/p), disserta:

A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...) Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal stricto sensu (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica."

Insta destacar que as correntes doutrinárias favoráveis e contrárias que abordam sobre a aplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos, entre suas divergências, afirmam, os adeptos da corrente contrária, que o caráter hediondo do delito faz com que não seja possível aplicar esta substituição, tendo em vista que estes crimes são caracterizados como mais gravosos, praticados de forma mais severa contra o indivíduo e, por essa razão, não seria cabível abrandar a pena do agente que pratique essa modalidade de conduta delituosa.

Todavia, aqueles que se demonstram favoráveis à possibilidade de substituição, descrevem que as penas restritivas de direitos são uma maneira mais fácil e acessível de que o condenado a uma prisão seja ressocializado, pois, mesmo sendo o crime caracterizado como hediondo ou semelhante, as penas restritivas de direitos acarretam de uma forma mais real uma melhor reinserção do indivíduo na sociedade.

Destarte, inúmeras são as explicações para defesa ou confronto da alteração da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus número 97.256, ocorrido no Rio Grande do Sul, se posicionou acerca do tema, referente ao crime de tráfico de drogas, considerado como um crime assemelhado aos hediondos.

No referido Habeas Corpus estava sendo discutido a situação estabelecida no artigo 33, § 4º e também no artigo 44, ambos da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, sendo que respectivos artigo e parágrafo dispõe que:

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

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

Contudo, em 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal, através da Resolução nº 05, suspendeu a utilização das expressões “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do referido parágrafo, sendo que, posteriormente, referida vedação foi declarada, ainda, como inconstitucional através de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do Habeas Corpus anteriormente informado.

Importante salientar, que mesmo sendo declarada inconstitucional a vedação de conversão para penas restritivas de direito, o delito de tráfico de drogas não perdeu seu caráter de ser um crime assemelhado ao hediondo, conforme preleciona a súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Em sua discussão sobre a inconstitucionalidade acerca da vedação de aplicação de penas restritivas de direitos, o Supremo Tribunal Federal declarou sobre a necessidade de serem observados, para que ocorra a substituição, que haja a apreciação pelo magistrado responsável pelo deslinde da lide a observância dos artigos 33 e 44 do Código Penal que abordam, também, sobre as penas restritivas de direitos.

Como forma de elucidar a explicação acima realizada, se faz necessário transcrever um dos trechos afirmados pela relatora Ministra Rosa Weber, referente ao julgamento do Mandado de Segurança de número 117489:

O plenário do Supremo tribunal Federal reputa inválida, para crimes de tráfico de drogas, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Todavia, o precedente não reconheceu direito automático a esse benefício. A questão há de ser apreciada pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais. Para tanto, devem ser consideradas todas as circunstâncias do caso e do condenado, observando os parâmetros do art. 44 do CP, inclusive o previsto no inc. III do dispositivo. As circunstâncias do caso, consideradas a quantidade e a variedade da droga, não evidenciam arbitrariedade na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Logo, é possível que seja realizada a aplicabilidade da pena restritiva de direitos nos crimes hediondos ou semelhantes a estes, conforme prelecionado pelo Supremo Tribunal Federal referente aos crimes de tráfico de drogas, sendo que, para que referida substituição ocorra é preciso que seja analisado cada caso de forma isolada, para que não ocorra uma visão generalizada acerca do assunto, que merece, um análise bastante minuciosa e cuidadosa.

Para que sejam utilizadas as penas restritivas de liberdades nos crimes hediondos ou assemelhados é necessário que seja realizada uma análise sobre os princípios da proporcionalidade e da aplicabilidade, referentes a ação penal, tendo em vista que o § 4º do artigo 33 se demonstra como uma forma de tráfico privilegiado, sendo que, caso o acontecimento ocorra de forma concreta e se enquadre nas normas determinadas e, além disso, seja favorável a ocorrência da substituição, esta deverá ser realizada.

Outro aspecto importante de ser descrito, está relacionado a precisão de que o delito não tenha sido praticado com grave ameaça ou violência, e, outrossim, a pena não seja superior a quatro anos, sendo possível realizar a substituição tanto nos crimes assemelhados quanto nos conceituados como hediondos.

Portanto, mostra-se necessário que seja analisada a situação da maneira mais favorável ao acusado, tendo em vista ser este um dos princípios que regem o Direito Penal, outrossim, não é porque o indivíduo praticou um crime caracterizado como hediondo ou semelhante, que aquela conduta deverá ser analisada de forma específica, deva ser punida, exclusivamente com uma pena privativa de liberdade, sendo que, por muitas vezes, é melhor que o acusado receba a substituição para uma pena restritiva de direitos que o ajudará, de maneira significativa, reconhecer quais foram suas faltas e conseguir se ressocializar de forma mais célere, realizando, assim, o verdadeiro sentido da imposição de penas e, principalmente, do que seja justiça.

### **3 Aplicação das penas alternativas nos crimes hediondos de acordo com o sistema criminal vigente.**

Conforme demonstrado nos capítulos supra, as penas restritivas de direitos, quando cabíveis, podem vir a ser utilizadas nos crimes que possuam caráter hediondo ou equiparado a este, de acordo com o disposto na Lei nº 8.072 de 1990.

Existem aqueles que se mostram como adeptos a esta substituição de penas, bem como os que a criticam, ocorrendo, assim, inúmeras divergências doutrinárias em torno deste tema.

Destaca-se que a ausência de previsão legal no artigo 44 do Código Penal sobre a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos acarretou este leque de contradições tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais sobre sua aplicabilidade ou não.

Aos doutrinadores que se mostram como contrários à substituição fundamentam-se no fato de que o caráter hediondo, ou seja, a maior

periculosidade relacionada a este tipo de delitos, faria com que esta benesse de substituição não fosse possível, pelo simples aspecto de não se enquadrar com as características dos próprios crimes hediondos.

Lado outro, os adeptos da substituição das penas privativas de liberdade para restritivas de direito nos crimes hediondos, se fundam nos argumentos de que referidas penas restritivas de direito auxiliam para que o condenado consiga se ressocializar de forma mais célere e verídica, tendo em vista que referidas penas possuem um caráter mais humanitário.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do Habeas Corpus de número 97.256, já vem aceitando a substituição destas penas, principalmente nos delitos de tráfico de drogas que são considerados como equiparados aos crimes hediondos.

Cabe salientar que, para que referida substituição ocorra, mostra-se como necessário analisar se o agente delituoso tenha preenchido todos os requisitos existentes no artigo 44 do Código Penal, bem como aqueles que sejam específicos de delito em que o agente se enquadra.

O Superior Tribunal de Justiça, em análise sobre a discussão, disserta sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes hediondos em um de seus entendimentos jurisprudenciais:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SÚMULA 440 DO STJ. ÓBICE AFASTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990,

com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 3. Na hipótese em exame, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, o regime inicial deve ser o aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal. Incidência da Súmula 440 do STJ. 4. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. 5. Afastado o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, deve o Juízo da Vara de Execuções Criminais verificar se estão preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal e, em caso afirmativo, levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, definindo quais serão aplicadas no caso concreto. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que analise o preenchimento dos requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. (STJ - HC: 310627 SP 2014/0318240-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2015). Destaquei.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, também possui inúmeros julgados, entre eles um que afirma sobre a necessidade da análise dos requisitos:

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS- CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 - REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO - AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIABILIDADE - OBRIGATORIEDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME - IMPOSSIBILIDADE. Ainda que não se trate de objeto do recurso, incorrendo o sentenciante em equívoco ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, estas devem ser reexaminadas e reestruturada a pena aplicada. A baixa do processo há mais de 5 anos obsta a configuração da reincidência, mas não o reconhecimento dos maus antecedentes. Constatada a dedicação do réu a atividades

criminosas, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Declarada a inconstitucionalidade incidental do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 pelo Plenário do STF, que impõe o regime fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados (HC nº 111.840/ES), consoante as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal, para a fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade devem ser observadas as peculiaridades do caso concreto, a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal combinado com o art. 42 da Lei nº 11.343/06. V.v.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - POSSIBILIDADE. Em respeito ao princípio da individualização da pena, é cabível a fixação de regime prisional inicial diverso do fechado e a substituição de penas a qualquer infração penal, até mesmo aos crimes hediondos e equiparados, desde que preenchidos os requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0479.16.010277-4/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/05/2017, publicação da súmula em 29/05/2017). Destaquei.

De forma análoga, apresenta-se mais um julgado do Egrégio Tribunal do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - SEMEAÇÃO E CULTIVO DE MACONHA - MATERIALIDADE E AUTORIA - DEMONSTRAÇÃO SEGURA - DESTINAÇÃO À MERCANCIA - PRESCINDIBILIDADE - CRIME ESPECÍFICO CONFIGURADO - PENA - REDUÇÃO - NECESSIDADE - INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ARTIGO 33 § 4º DA LEI Nº 11.343/06 - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO.

- Sobejamente comprovadas autoria e materialidade do crime previsto no artigo 33, § 1º, II, da Lei nº 11.343/06, a manutenção da condenação decretada em primeiro grau é medida de rigor.
- Para aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.
- Segundo reiterada jurisprudência dos tribunais superiores, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, cuja

inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o artigo 33, §§ 2º e 3º e artigo 59, ambos do Código Penal.

- Na dicção da jurisprudência do STJ, a quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas e no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

- V. V. APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRINCÍPIO DA AMPLA DEVOLUÇÃO - REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - EXASPERAÇÃO DA PENA PELOS ELEMENTOS DO ART. 42 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - RECONHECIDO O TRÁFICO PRIVILEGIADO - BIS IN IDEN - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO - FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO - INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/90 - RÉU PRIMÁRIO - PENA INFERIOR A 04 ANOS - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - ART. 33 §§2º E 3º DO CP - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - POSSIBILIDADE - EXIGÊNCIAS DO ART. 44, CAPUT, DO CP ATENDIDAS.

- Reconhecida a causa de diminuição da pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, as circunstâncias judiciais que dizem respeito ao art. 42 da Lei Antidrogas devem influir apenas na fração de redução da minorante e não na estipulação da pena-base, evitando-se, assim, indesejável "bis in idem".

- O regime inicial de cumprimento da pena, mesmo para os crimes equiparados à hediondos, deverá ser estabelecido com base no art. 33, §§2º e 3º, do CP, uma vez que, em recentes julgados do STF, com destaque para o HC nº 111.840/ES, foi declarada, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, enaltecendo assim o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI).

- Cumpridas as exigências do art. 33, §2º, "b" e §3º, em particular, o quantum da pena e a presença de circunstância judicial favorável, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser estabelecido no sistema aberto.

- Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, mister se faz manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito. (TJMG - Apelação Criminal 1.0555.16.000919-0/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/05/0017, publicação da súmula em 19/05/2017). Destaquei.

Outrossim, o Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Flávio Batista Leite em um de seus votos como relator afirmou que:

Além de ser um contrassenso absurdo manter o regime inicial fechado ao condenado que teve a pena corporal substituída por penas restritivas de direito, é importante considerar que o STF vem declarando reiteradamente a inconstitucionalidade de dispositivos que tolhem, do cidadão, a garantia constitucional de individualização da pena, como no HC 97.256/RS, que deu causa à Resolução 05/2012 do Senado Federal.

Desta maneira verifica-se que os Tribunais de Justiça, bem como os Tribunais Superiores vem agindo de acordo com o que foi disposto pelo Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão em sede de Habeas Corpus acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Aplicar referida substituição proporciona, assim, o direito do acusado de cumprir sua pena com um caráter mais ressocializador, tendo em vista que as penas privativas de liberdade são realizadas de forma a contribuir para que o condenado consiga cumprir a pena que lhe foi imposta de forma que, no momento em que seja finalizada o pagamento da dívida que possui com a sociedade, já possua condições de estar novamente reinserindo na sociedade em que convive.

### **Considerações finais**

Este trabalho acadêmico buscou abordar sobre o tema referente a possibilidade de aplicabilidade das penas alternativas nos crimes hediondos e equiparados, sendo que referido assunto encontra-se envolvido em discussões voltadas a favor ou contra este tipo de substituição.

Os crimes hediondos e equiparados estão previstos na Lei nº 8.072 de 1990, sendo conceituados como hediondos aqueles crimes que possuem um maior grau de reprovabilidade, que de forma direta ou indireta estão violando o principal bem que deve ser protegido, ou seja, a vida; desta maneira, cabe ao Estado punir de forma ainda mais rigorosa quem pratica estes determinados delitos, tendo em vista seu alto grau de reprovabilidade.

De acordo com o que foi demonstrado neste artigo científico, foi possível perceber que existem posicionamentos contrários e favoráveis acerca da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos nos crimes hediondos ou equiparados.

Mesmo aqueles que se mostram contrários à substituição os argumentos favoráveis demonstram-se como mais valiosos e significativos, tendo em vista que o caráter ressocializador das penas restritivas de direitos auxiliam, de forma mais direta, a reinserção do condenado a sociedade.

Outrossim, o cumprimento de uma pena deve buscar, além de mostrar para o condenado os erros que cometeu, devolvê-lo para a sociedade como um indivíduo melhor, e não alguém revoltado pelo fato de ter permanecido trancado em uma cela de um estabelecimento penitenciário de que nada aumentará as chances de ressocialização do sentenciado.

Assim sendo, as penas restritivas de direitos devem ser utilizadas de modo a auxiliar e beneficiar o sistema penal brasileiro, sendo que, a existência desta modalidade alternativa de pena somente tem a acrescentar, auxiliando, de forma significativa, na ressocialização do indivíduo, sendo esta a forma mais humana e menos degradante de se reinserir o condenado à sociedade.

## **Referências**

CAPOBIANCO, Rodrigo Julio; SANTOS, Vauleidir Ribeiro. **Como se preparar para o exame de ordem, 1ª fase: penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

FEDERAL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98384>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSBRASIL. Disponível em: <  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189629434/habeas-corpus-hc-310627-sp-2014-0318240-0> >. Acesso em: 31 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTIÇA, Tribunal de. Disponível em: <  
[\*\*Vade Mecum OAB e concursos/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias Rocha\*\*. 10. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=E58C2F57285E9F44D2BED701F18D2C66.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=possibilidade+penas+restritivas+direitos+crimes+hediondos+equiparados&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar >. Acesso em: 31 mai. 2017.</p></div><div data-bbox=)