

TESE: 66

Proponente: Genival Torres Dantas Junior

Área: Criminal

Súmula: Cabe ao defensor público pleitear a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ao assistido processado pela prática de algum dos delitos previstos de tráfico ilícito de entorpecentes, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão desse benefício, em que pese a vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006.

ASSUNTO:

A Lei nº 8.072/1990 que disciplina os denominados "crimes hediondos" e a Lei 11.464/2007 que a alterou, em nenhum momento, veda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em relação a esses delitos, quando presentes os requisitos legais para a sua concessão.

Entretanto, o artigo 44 da Lei 11343/2006 que cuida dos delitos de tráfico de entorpecentes, equiparados pela Constituição Federal aos crimes hediondos (artigo 5º, inciso XLIII), proíbe expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Artigo 5º, inciso IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Existe uma manifesta contrariedade entre as referidas normas, o que causa uma situação de aplicação de uma diferente solução jurídica para duas situações semelhantes, ou seja, há uma manifesta violação ao princípio da isonomia.

Nesse sentido, é a doutrina de Rogério Sanches Cunha em sua obra *Lei de Drogas Comentada*, sob Coordenação de Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, páginas 233/234:

"(...) Contudo, havendo na Lei 11.343/2006 a proibição expressa de restritiva de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício somente para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O art. 44 da Lei 11.343/2006 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial revoga a geral), parece-nos que restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico é ferir de morte o princípio da isonomia." (grifo nosso)

Outrossim, também depreende-se a existência de uma manifesta violação ao princípio da proporcionalidade, pois se permite uma restrição sobremaneira gravosa ao direito de liberdade do réu, com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito, não se permitindo ao magistrado prolator da sentença analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto.

No compasso do alegado, o entendimento manifestado por Amaury Silva, em sua *Lei de Drogas Anotada*, Editora JH Mizuno, 2008, página 279:

"Inconstitucionalidade da restrição aos outros institutos: 'sursis', liberdade provisória e conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos: Sua incidência ofende ao princípio da proporcionalidade e mesmo da ubiqüidade do Poder Judiciário, em relação a todos os crimes previstos no art. 44, porque não há encaixe com a regra excepcional da CF, art. 5º, XLIII. A criação legislativa não pode a par de uma generalidade, buscar na primeira fase de individualização da pena, criar mecanismos específicos baseados em presunção de gravidade de delito ou de periculosidade do autor, anestesiar ou restringir a fórmula de julgamentos pelo Poder Judiciário. O ideal é que cada caso concreto seja analisado com a 'performance' realista que apresentar, cabendo ao magistrado de maneira fundamentada deliberar a respeito da privação da liberdade ou não, utilizando-se as proibições legais se compatíveis e necessárias.

A precedente manipulação legislativa da atividade jurisdicional é uma espécie de dirigismo que leva, se aplicada literalmente, a decisões artificiais como meros conglomerados declaratórios de um absolutismo impróprio ao sistema democrático. É inconcebível supor que de antemão uma tentativa de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º c/c art. 14, II, parágrafo único, CP) pode irromper no 'sursis', e uma ação delituosa periférica do complexo problema do tráfico de drogas não receba o mesmo tratamento. Do mesmo modo que uma condenação por concussão ou corrupção passiva simples (art. 316, 'caput' e art. 317, caput, CP), proporcione a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, e os crimes mencionados no art. 44, Lei 11.343/2006 não se sujeitam a tal consideração."

Nem se diga que nesse caso deveria prevalecer o princípio da especialidade, já que os princípios costumeiramente utilizados para solucionar os conflitos aparentes de normas cedem, ante o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano que sempre deve ser aplicado, independentemente de um lei ser hierarquicamente superior, especial ou posterior a outra.

É importante realizar algumas considerações a respeito do princípio da aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*) que também pode incidir na situação retratada no presente texto.

Em princípio, vale citar um trecho de um texto dos consagrados doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, qual seja, *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução*, disponível em <http://www.lfg.com.br> 27 de maio. 2009, em que estes fazem importantes considerações a respeito do tema, *in verbis*:

(...) Há três critérios de solução das antinomias normativas (hierárquico – norma superior revoga a inferior-, especialidade – lei especial derroga a lei geral - e cronológico ou posterioridade – lei posterior revoga a anterior).

(...) Mas esse critério não é intransigente (não é absoluto). Porque em matérias de direitos humanos valem também outros critérios, destacando-se: (a) o da vedação do retrocesso, ou seja, uma norma nova não pode retroceder ou diminuir direitos conquistados em norma anterior (fala-se aqui em efeito clique da lei anterior mais protetiva); (b) princípio "pro homine" (que conduz ao diálogo entre as várias fontes normativas).

(...) No plano material, quando se analisa o Direito dos Direitos Humanos, os três ordenamentos jurídicos que o contempla (Constituição Federal, Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam – eles "dialogam").

Em outras palavras, no plano material devemos partir da hierarquia entre as normas de Direitos Humanos, mas ela não é inflexível (absoluta). Por quê? Porque por força do princípio ou regra 'pro homine' sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o 'status' ou posição hierárquica que vale sempre, sim, o seu conteúdo (porque irá preponderar a que mais amplia o exercício do direito ou da garantia) (...).

A ilustre internacionalista Flávia Piovesan, com o brilhantismo que lhe é peculiar, explicita com clareza o significado do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, em sua obra *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 10ª edição, Editora Saraiva, 2009, p. 102:

(...) no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito Interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.

Insta salientar que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano é previsto expressamente nos artigos 5º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 29, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose

da Costa Rica), todos instrumentos normativos de índole internacional ratificados pelo Brasil.

Não se pode olvidar o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que o Pretório Excelso reconheceu a natureza supralegal dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que estão em posição hierárquica inferior à Constituição Federal e superior às leis infraconstitucionais.

Assim, esta tese tem embasamento nos seguintes preceitos legais: Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, Artigo 5º, incisos XLIII e LIV também da Carta Magna, Artigo VII Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Artigo 5º, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Artigos 24 e 29, "b" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA:

Caso acolhida a presente tese se permitirá que o defensor público pleiteie, por exemplo, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ao réu primário, com bons antecedentes e que tenha feito jus aos benefícios da redução da pena, com base no disposto no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006.

Ora, o que se busca é se corrigir uma situação extremamente injusta, desigual e desproporcional, pois enquanto um réu condenado a uma pena de quatro anos por qualquer outra espécie crime, exceto o que envolva violência ou grave ameaça, mesmo que seja reincidente não-específico pode fazer, em tese, jus ao benefício, caso o magistrado entenda que a medida é socialmente recomendável e que estejam presentes os requisitos legais, um outro condenado por tráfico de drogas, a uma pena de um ano e oito meses, primário e com todas as circunstâncias favoráveis favoráveis, não pode fazer jus a essa benesse.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:

Pleitear o benefício em tela em sede de alegações finais. Caso não seja deferido o pedido, recorrer ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e se, não houver êxito, impetrar *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça e, caso seja necessário, ao Supremo Tribunal Federal.