

## ARTIGO

# Crimes hediondos e penas restritivas de direitos

ROBERTO DELMANTO,  
ROBERTO DELMANTO  
JUNIOR E FABIO M. DE  
ALMEIDA DELMANTO

Com o advento da Lei nº 9.714/98, que alterou os artigos 43 e seguintes do Código Penal, ampliando as modalidades e a incidência das penas restritivas de direitos, surgiu a questão de se saber se elas podem substituir as penas privativas de liberdade impostas aos crimes hediondos ou ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Cremos que essa substituição é perfeitamente possível, desde que, como em qualquer outro delito, es-

tejam preenchidos os requisitos do art. 44, incisos I, II, III, e § 3º da lei substantiva penal, verbis: "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 culposo; 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... § 3º — Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime."

Como se verifica da leitura deste art. 44, ele não traz limitação quanto à sua aplicação aos crimes hediondos ou ao tráfico ilícito de entorpecentes, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

Neste sentido, se posicionam Raquel Freitas de Souza e Hélio Egydio de M. Nogueira (A Aplicabilidade das Penas Restritivas de

Direitos ao Condenado por Tráfico Ilícito de Entorpecentes, in *Bol. IBCCr* 77, pp. 6-7) e Mário de M. Papaterra Limongi (As Penas Alternativas e o Traficante, in *Bol. IBCCr* 75, p. 11). Na mesma esteira, lembrando hipóteses de crimes hediondos ou assemelhados cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena aplicada seja igual ou inferior a quatro anos, como o tráfico de drogas, a falsificação de alimentos e a tentativa de falsificação de remédios, manifesta-se Luiz Flávio Gomes (*Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, RT, 1999, pp. 111-112).

No que toca ao requisito sub-

---

*"Se os tribunais têm admitido a concessão de sursis aos crimes hediondos e assemelhados, não há porque negar-se a substituição dos arts. 43 e 44 a esses delitos"*

---

jetivo do inciso III, do art. 44, observe-se que eventual restrição deverá ser suficientemente fundamentada, não podendo se basear na própria "gravidade" do crime. De outra parte, se, por exemplo, o magistrado fixou a pena-base no mínimo legal, atendendo aos critérios do art. 59 do Código Penal, diante da similitude entre as redações deste artigo 59 e do art. 44, III, não haverá razão para negar a substituição. Nessa linha de raciocínio, quanto ao crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, salientam Raquel Freitas de Souza e Hélio Egydio de M. Nogueira que "o entendimento apriorístico de que todo e qualquer traficante, apenas por ostentar tal rótulo, não preenche as condições subjetivas para receber como sanção alguma pena restritiva de direitos, não se coaduna com o princípio constitucional da individualização da pena e afasta-se da culpabilidade do fato" (*idem, ibidem*).

Por outro lado, a previsão de regime fechado integral para os crimes hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), a par de sua inconstitucionalidade e revogação tácita pelo art. 1º, § 7º, da Lei de Tortura — Lei nº 9.455/97, também não constitui óbice à substituição.

Com efeito, é de se lembrar que, se os tribunais têm admitido a concessão de sursis aos crimes hediondos e assemelhados (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Súmula nº 7), não há porque negar-se a substituição dos arts. 43 e 44 a esses delitos. Além disso, de

acordo com a exegese dos arts. 59 e 68 do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos antecede a fixação do regime de cumprimento de pena e

não se confunde com ela. A propósito, o Tribunal de Justiça mineiro, na apelação nº 148.247-8, julgada em 29/6/99, em acórdão do qual foi relator o des. Zulmar Galdino, bem observou que "uma coisa é substituição da pena, outra, diversa, é sua execução".

Por derradeiro, diante do fato da Constituição da República dar tratamento paritário aos crimes hediondos, à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, o argumento de que o regime fechado integral impediria a substituição cai por terra. Isto porque a Lei de Tortura estipula, para esse crime, apenas regime inicial fechado, admitindo-se a progressão. Assim, não resta dúvida de que o mesmo tratamento deve ser estendido aos outros crimes mencionados no art. 5º, XLIII, da CR/88.