

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

RONALDO RAIMANN RIBEIRO

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA O ATUAL
SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL**

**PORTO ALEGRE
2014**

RONALDO RAIMANN RIBEIRO

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA O ATUAL
SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como exigência parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito
na Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul – UFRGS. Orientador Prof.
Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

PORTO ALEGRE
2014

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA O ATUAL
SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Monografia apresentada como exigência parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito
na Universidade Federal do Rio Grande do Sul –
UFRGS - Faculdade de Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Ângelo Roberto Ilha Da Silva

Prof. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Prof. Vanessa Chiari Gonçalves

AGRADECIMENTOS

PRIMEIRAMENTE A DEUS, QUE ME DEU A VIDA, SABEDORIA E HUMILDADE PARA CHEGAR ATÉ MEUS OBJETIVOS. A TODA A MINHA FAMÍLIA, QUE SÃO OS PILARES DA MINHA VIDA.

AOS PROFESSORES, POR TODA JORNADA ATÉ AQUI, POR TODO CONHECIMENTO DIVIDIDO. EM ESPECIAL AO PROF. ÂNGELO ROBERTO ILHA DA SILVA POR TODO APOIO E ORIENTAÇÃO.

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho a minha querida
mãezinha, esposa e filho, que sempre acreditaram,
incentivaram e encorajaram, para que eu fosse
persistente em meus objetivos.*

RESUMO

O atual Sistema Penitenciário Brasileiro passa por uma grande crise, visto que as penitenciárias de todo o país, não fornece as mínimas condições físicas e, associadas à superlotação, favorece constantemente conflitos internos entre os apenados, causados pela ausência de tratamento médico, atividades laborativas entre outras. Nesse sentido a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como um mecanismo de desafogar o sistema prisional e ressocializar o apenado, vem ganhando força, como uma possível solução dessa relação conflituosa, conforme a Lei 9.714/98, que alterou os artigos 43,37, 55 e 77 do Código Penal Brasileiro, criando estas novas espécies de penas restritivas de direitos e ampliando as hipóteses de cabimento. Para isso foi realizado uma pesquisa bibliográfica com os principais doutrinadores que versão sobre a matéria, com base nos últimos entendimentos jurisprudenciais. A fim de atingir os objetivos a que se propôs a pesquisa apresenta-se em três capítulos.

Palavras Chaves: Penas; Privativa de liberdade; restritiva de direitos; Ressocialização.

ABSTRACT

The current Brazilian penitentiary system is undergoing a major crisis, because the prisons across the country, does not provide the minimum physical conditions associated with overcrowding, constantly favoring internal conflicts among inmates, caused by the absence of medical treatment, work activities between other. In this sense the replacement of deprivation of liberty for penalties restricting rights, as a mechanism to relieve the prison system and re-socialize the convict has been gaining momentum as a possible solution to this conflicting relationship, as the law 9.714/98, which amended Articles 43,37, 55 and 77 of the Brazilian Penal Code, creating these new kinds of penalties restricting rights and increasing the chances of appropriateness. For it was performed a literature search with key scholars that version on the matter, based on the latest jurisprudential understandings. In order to achieve the goals it has set the research is presented in three chapters.

Key Words: Pens; Custodial; restriction of rights; Resocialization.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DAS PENAS | 10 |
| 1.1 A PENA NA ANTIGUIDADE | 11 |
| 1.2 A PENA NA IDADE MÉDIA | 18 |
| 1.3 A PENA NA IDADE MODERNA | 20 |
| 1.3.1 Da prisão-custódia à prisão-pena..... | 22 |
| 1.3.2 Os reformadores Beccaria, Howard e Bentham | 23 |
| 1.4 EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL | 29 |
| 2 FINALIDADE E FUNÇÃO DAS PENAS NO SISTEMA PENAL | 34 |
| 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO..... | 39 |
| 2.2 A REFORMA PENAL DE 1984 E OS SEUS RESULTADOS - LEP | 42 |
| 2.2.1 Os referenciais teóricos da reforma | 43 |
| 2.2.2 Pena Privativa de Liberdade | 47 |
| 3 PENAS ALTERNATIVAS | 52 |
| 3.1 ESPÉCIES DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO | 52 |
| 3.1.1 Prestação Pecuniária | 54 |
| 3.1.2 Perda De Bens e Valores | 56 |
| 3.1.3 Prestação De Serviços À Comunidade Ou Entidades Públicas..... | 57 |
| 3.1.4 Interdição Temporária De Direitos..... | 58 |
| 3.1.5 Limitação De Fim De Semana | 63 |
| 3.2 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO PARA AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO | 64 |
| 3.3 PENA DE MULTA | 65 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 70 |
| REFERÊNCIAS | 73 |

INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário Brasileiro encontra-se em total colapso e exige medidas sérias e urgentes que visam ao abrandamento dos conflitos internos, causados pela ausência de respeito aos presos, atividades laborativas e a superpopulação carcerária. Colaborando para sucessivas rebeliões nos presídios e ao crime organizado, e a reincidência dos mesmos.

Embora a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III assegura a todos os cidadãos “a dignidade da pessoa humana”, isso não se constata quando se fala sobre o sistema prisional brasileiro, vista que não oferece condições mínimas de ressocialização do condenado. Neste viés, o direito penal visa proteger os bens e as vidas, não podendo se deter em sua pura e simples aplicação, ou seja, não adianta punir por punir, sem educar ou reeducar.

Atualmente o sistema carcerário brasileiro está praticamente falido, pois o aumento da massa carcerária e a ineficiência estatal para resolver o número de vagas cada vez se agravam mais. A degradação social elevou o número de delitos e o estado não tem recursos para construir e gerir novos presídios. Neste viés prisão e encarcerados tornam-se binômios de referência, no qual representa uma ameaça a sociedade, onde as falhas são sempre justificadas pela ausência de recursos materiais e humanos, onde a segurança e a vigilância são os principais objetivos deste sistema.

A importância desse estudo justifica-se pela crise que passa o sistema prisional brasileiro que necessita mudanças urgentes, porque a grande maioria dos estabelecimentos prisionais, não cumpre com a sua função prevista na legislação. Diante da situação atual, torna-se, pois, imprescindível um estudo mais aprofundado sobre a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como um mecanismo de desafogar o sistema prisional e ressocializar o apenado.

Nesse entendimento a substituição das penas privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, seria uma alternativa para que o Estado cumpra sua missão não só com o apenado, mas com toda a sociedade. Com base no exposto, a escolha do tema visa abrir discussão sobre as penas restritivas de direitos, para isso foi realizado uma pesquisa jurisprudencial onde pode-se verificar a eficácia das penas, de forma positiva e negativa e analisar a sua aplicação conforme o entendimento normativo.

A fim de atingir os objetivos a que se propôs o presente estudo, este trabalho apresenta-se em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta a evolução histórica das penas

desde a antiguidade até os dias de hoje. O segundo capítulo apresenta as finalidades e função das penas no sistema penal, contemplando a reforma penal de 1984 e seus resultados (LEP), além de apresentar os principais teóricos dessa reforma, como Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, sobre a função da pena e seu caráter retributivo, preventivo e unificador.

O terceiro capítulo trata das penas alternativas, suas espécies, os requisitos para sua concessão e as penas de multa com base em atuais entendimentos jurisprudenciais. E por último as considerações finais deste estudo.

1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DAS PENAS

O surgimento das penas é tão remoto quanto à antiguidade de acordo com Cesar Roberto Bitencourt¹, sendo extremamente difícil conseguir localizá-la no tempo e em suas origens.

Para Oswaldo Henrique Duek Marques², ao se reportar à era primitiva, desta que o homem primitivo, mantinha fortes raízes com sua comunidade, uma vez fora dela sentia-se desprotegido e a mercê dos perigos imaginários. Nesse ponto o autor destaca que é possível perceber certa formação jurídica primitiva, chamado “vínculo de sangue”, representado pela recíproca tutela de interesses comuns grupais.

Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques³, se “[...] um membro de um clã é morto por alguém não pertencente a ele, todo o clã do assassinado se une no pedido de satisfação pelo sangue que foi derramado”. Por outro lado se um componente de um determinado clã fosse atingido por um grupo estrangeiro, a “[...] vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor. Passava a existir, assim, uma reunião de várias famílias, que formavam o grupo de reação, com o interesse comum da vingança coletiva”.

Contudo se a ofensa fosse praticada por membro do mesmo grupo destaca Giorgio Del Vecchio⁴, o ofensor seria expulso, tendo por objetivo desfazer a ação do malfeitor, por banimento do grupo. Por sua vez a vingança baseada em derramamento de sangue entre as famílias/clãs sem nenhum controle externo gerava intermináveis guerras, não poupando, crianças pessoas doentes até mesmo coisas ou animais. Por esse motivo passou posteriormente ser regulada por um poder central, constituindo-se em crime “fazer justiça com as próprias mãos”, ou seja, passou a ser uma infração penal segundo Oswaldo Henrique Duek Marques⁵.

Nessa seara a vingança no seu aspecto primitivo durou aproximadamente até a entrada vagarosa das penas públicas, que será visto a seguir nas penas na Antiguidade.

¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da Pena de Prisão. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 9-10.

³ Op. Cit., p. 10.

⁴ VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. 4 ed.

⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10-11.

1.1 A PENA NA ANTIGUIDADE

As penas públicas de acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques⁶, originaram-se do fortalecimento das bases sociais, haja vista o progresso político dos povos que passaram a ter mais autonomia, e desta forma restringiam-se ações dos grupos e da família, afastando gradualmente a vingança privada como forma de punir. O repasse da punição para um poder central ocorreu em virtude não somente do abrandamento da vingança, mas sim, com o cunho de manter um certo controle social e evitar guerras entre grupos.

Conforme Oswaldo Henrique Duek Marques⁷, a transferência da punição para um particular e desse para um poder central, a mesma passou ser aceita no contexto social e incorporada nos sistemas punitivos. No entanto, embora o desejo de vingança tenha abrandado, o mesmo ainda persistiu em algumas legislações, como o Código de Hamurabi, no século XXIII, a.C, “talião”. Com base nessas legislações, houve um sistema jurídico que abrandava a vingança, mas não afastá-la definitivamente.

As antigas civilizações orientais eram reguladas pelos sacerdotes e pelo estado “teológico”, “[...] onde a pena encontra justificativa em fundamentos de cunho religiosos, que tinha por finalidade satisfazer a divindade ofendida pelo crime”.⁸

Nessa época, segundo Oswaldo Henrique Duek Marques⁹, com a “[...] necessidade de apaziguar determinada divindade ofendida” pelo delito, os povos antigos passaram a utilizar o sacrifício como uma maneira de atenuar a ira dos deuses e purificar a alma, em virtude a uma violação de um mandamento ou preceito divino.

De acordo com Felipe Machado Caldeira¹⁰ “[...] com o desenvolvimento dos grupos sociais e o seu apego à religião, advém o período da vingança divina, quando as normas possuíam natureza religiosa”

Uma expressão muito popular segundo Oswaldo Henrique Duek Marques¹¹, naquela época, e utilizada até nos dias de hoje, é o “bode expiatório”, um costume muito popular pelos judeus da antiguidade, onde eles amarravam na figura do “bode” um pergaminho com seus

⁶MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10-11.

⁷Idem.

⁸Op. Cit., p. 23.

⁹Op. Cit., p. 25.

¹⁰CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. 2013, p. 9. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_06/anexos/a_evolucao_historica_da_pena.pdf. Acesso 12.04.2013.

¹¹Op. Cit., p. 25.

pecados, e depois o soltavam ao deserto, para vagar e por fim morrer, com a intenção de expirar seus pecados. Essa fase de delegação divina mais tarde se repercutiu na Idade Moderna, período da fase humanitária do Direito Penal.

Já no Direito Egípcio, ressalta Oswaldo Henrique Duek Marques¹², de caráter de cunho religioso, a justiça era tratada pelos sacerdotes. Caso a decisão dos sacerdotes fosse à condenação do réu, os considerados culpados ficavam aguardando presos, à decisão do faraó para lhe imputar a punição. Por sua vez, no Antigo Egito a prática de vários crimes era punida com a pena de morte, fato este controverso, uma vez que se tem notícias que o faraó Sabacon (Shabak) havia abolido a pena de morte, e criado uma colônia penitenciária chamada de Cidade dos Malfeitores.

Conforme o autor Cezar Roberto Bitencourt¹³, na antiguidade desconhecia-se totalmente a pena de privação de liberdade, no final do século XVIII a prisão serviu apenas como um período de contenção, guarda dos presos, até o momento em que seriam julgados ou executados. Recorriam-se frequentemente a pena de morte, as penas corporais (mutilação e açoite) e às infamantes. Nas civilizações antigas como (Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia, entre outros) a prisão tinha o caráter de custódia e tortura.

Por sua vez segundo Guilherme de Souza Nucci¹⁴, os povos e as civilizações mais antigas, como o Egito, Pérsia, Babilônia e Grécia deixaram como vestígio, as prisões com a finalidade primitiva de custódia e tortura. O direito germânico não vislumbrava a prisão com caráter de pena, pois a predominância era a pena capital e as penas corporais.

Nessa perspectiva o Direito Germânico, com seus reflexos consuetudinários, caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, que no entender de Guilherme de Souza Nucci¹⁵, fazia-se uso de ordálias ou Juízos de Deus, que se tratava de testes aos qual o acusado era submetido para saber se era culpado, tais como, por exemplo, submergir o acusado em um lago com uma pedra amarrada aos pés. Caso sobrevivesse, era considerado inocente.

Nessa seara demonstrava o Direito Germânico a inexistência de ampla defesa dos réus, pois o infrator devia a sua vida, quando submetido a um teste, e a forças espirituais advindas do além. Isso porque sobreviver ao teste era impossível devido ao grau de dificuldade a que

¹²MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 26.

¹³BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61-62.

¹⁵Op. Cit., p. 62.

era submetido para comprovar a sua inocência, o que leva a considerar todos sempre culpados¹⁶.

No século X a.C, os hindus dominados por uma doutrina religiosa, a principal fonte do direito Hindu eram costumeiras, que segundo Oswaldo Henrique Duek Marques¹⁷, completavam as regras emanadas nos livros sagrados. A principal lei Penal da Índia foi escrita no livro de “Manu”. As penas para os Indus era a garantia de cumprimento dos deveres recíprocos entre as quatro castas. Para Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer¹⁸ o Código de Manu “[...] distinguia os crimes de furto e de roubo, e previa três tipos de sanções: a purificação; a expiação e a pena propriamente dita, nesta incluía penas corporais e pecuniárias”. O caráter religioso dos Hindus destinava a pena de morte somente para alguns crimes graves realizados para a purificação da alma de forma espontânea.

Para Antônio Maria Iserhard¹⁹ a religião foi a matriz da penalidade,

[...] e sendo a religião comum a qualquer grupo social, portanto, pública, os crimes praticados eram considerados atentados contra a divindade, cuja ira devia ser aplacada pelos demais integrantes do grupo social, através da inflicção do castigo ao causador do atentado à ordem sagrada estabelecida, sob o fundado temor de que o sobrenatural fizesse recair a punição sobre toda a coletividade.

Para os Hebreus de acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques²⁰, as fontes do direito estavam inseridas nos cinco livros da Bíblia, onde Deus dita a Moises as leis a serem impostas ao povo. O crime constituía-se um pecado e deveria ser punido perante Deus (êxodo, nº. 21).

Todavia de acordo com Antônio Maria Iserhard²¹, as penas sofreram várias transformações ao longo da idade primitiva, em diferentes culturas e civilizações, tais como a fase do período da vingança privada; vingança divina; vingança pública e posteriormente o período humanitário da pena. Com tudo cabe ressaltar que as penas não nasceram exatamente nessa ordem cronológica, “[...] a pena nasceu com a marca nitidamente religiosa, que vai cedendo lugar ao que podemos denominar de publicização da pena, decorrência da organização política da sociedade sem, no entanto, extingui-la”.

¹⁶ Idem.

¹⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 28.

¹⁸ FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. História do direito penal: crime natural e crime plástico. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

¹⁹ ISERHARD, Antônio Maria. Caráter vingativo da pena. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 19.

²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008p. 29-30.

²¹ ISERHARD, Antônio Maria. Caráter vingativo da pena. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 22.

Nessa seara segundo Oswaldo Henrique Duek Marques²², o fundo religioso das penas desde os primórdios da antiguidade, a vingança primitiva contribuiu para legislações futuras, como foi o caso da Lei de Talião, onde citava no Pentateuco os seguintes termos: “17, *todo aquele que ferir mortalmente um homem, será morto*”; “18 *quem tiver ferido de morte um animal doméstico, dará outro em seu lugar (vida por vida)*”; “19, *quem um homem ferir o seu próximo, assim como fez, assim se lhe fará a ele*”; “20, *fratura por fratura, olho por olho e dente por dente: ser-lhe-á feito o mesmo que ele fez ao seu próximo*”; “21, *quem matar um animal, restituirá outro, mas o que matar um homem será punido de morte Levítico n.24*”.

A Lei de Talião segundo Zaffaroni e Pierangeli²³, muito influenciou o período antigo. Deixou reflexos até os dias de hoje em civilizações onde a pena de morte é admitida. No entanto, a forma de aplicação do direito é distinta na atualidade. Antigamente, a punição dava-se por meio dos chamados suplícios, ou seja, o corpo dos homens era alvo de punição pelas práticas delituosas cometidas. Michel Foucault²⁴, expõe que:

[...] inexplicável talvez, mas certamente não irregular nem selvagem. O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação - que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício - até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento.

Na Grécia Heroica seu caráter também de cunho religioso, sua principal fonte do direito encontravam-se nos poemas épicos de Homero, “[...] que relatavam um Estado teocrático, no qual não se distinguia religião e direito. As vontades dos Deuses eram os únicos encarregados de elaborar as leis, e os juízes não passavam de meros instrumentos da vontade divina”²⁵.

Posteriormente entre os séculos VIII e VI a.C com o enfraquecimento das ideias teocrática do Estado, como assevera Oswaldo Henrique Duek Marques²⁶, houve a necessidade de leis escritas e sua principal fonte foi o Código de Dracon, de 621 a.C, contribuindo para

²²MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008p. 29-30.

²³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Volume 1. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

²⁴FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 44.

²⁵Op. cit., p. 33.

²⁶MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35-36.

afastar a vingança divina das práticas penais, abrindo caminho para as doutrinas de Sócrates, Platão e Aristóteles. Para Sócrates era necessário afastar os fundamentos jurídicos da religião e dos costumes, o Direito seria instrumento de coesão social dotado, de bem comum. Essa teoria pouco a pouco foi dando um novo sentido a pena, se outrora era atribuída à divindade, esta feita seria uma ofensa à própria comunidade e diante desta buscar fins construtivos.

Já para Platão (427-347 a.C), segundo Cezar Roberto Bitencourt²⁷, a lei tinha origem divina e a justiça seria a harmonia entre as diversas virtudes da alma. Ele propunha três tipos de prisão conforme o livro nono de “As seis leis”: “[...] uma na praça de mercado que seria a custódia; outra denominada *fonisterium*, situada dentro da cidade, que seria de correção, e a última destinada ao suplício, com o objetivo de amedrontar, deveria constitui-se em um lugar deserto e sóbrio, mais longe da cidade”.

Da mesma forma, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt²⁸, Platão já apresentava duas formas da privação de liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia. Por outro lado os Romanos só conheceram o encarceramento com fins de custódia. O Direito germânico “[...] da mesma forma não conheceu a prisão com caráter de pena, uma vez que predominava a pena capital e as penas corporais”²⁹.

Na era de Aristóteles (384-322 a.C) embora discípulo de Platão, de acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques³⁰, Aristóteles tinha entendimento que a pena “[...] era uma forma de atingir o fim moral pretendido pela convivência social”, sustentando que o “[...] delinquente que foge da dor deve ser castigado”, dessa forma a “[...] pena tinha por objetivo restabelecer a igualdade entre os indivíduos, violada pelo ato delituoso, dentro de uma proporção aritmética, entre o justo e o injusto”

Nesse sentido, observa-se que as penas aplicadas na Antiguidade sempre apresentavam traços de violência. Foram evoluindo aos poucos, mas sem deixar de ser uma forma horrenda e cruel de punir.

Na Grécia e em Roma, em tempos remotos, a pena sempre foi concebida como meio de retribuição, intimidação e expiação. Na época alguns filósofos tinham diferentes formas de ver a punição de acordo com Edilson Bonfim e Fernando Capes³¹, que destacam:

Importante, porém, frisar que os fins utilitaristas e de prevenção social já eram defendidos por alguns dos principais filósofos da época. Pitágoras

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

²⁸ Idem.

²⁹ Op. Cit., p. 30

³⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 38.

³¹ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 47.

entendia a punição como a contraposição do mal da pena ao mal do delito. Platão (428-348 a.C) concebia a pena como útil à sociedade, pelo exemplo que servia a outros possíveis infratores; para ele, funcionava como meio de defesa social, muito embora também a entendesse como útil ao condenado, no sentido de corrigi-lo, atuando assim como uma medicina da alma. Em seu diálogo com Sócrates (470-399a.C), pretendia que, 'se alguno falatare em algo, fuere em lo que fuere, es precido castigarle'.

Na Antiguidade, destaca Cezar Roberto Bitencourt³², a pena privativa de liberdade era praticamente desconhecida. A prisão dos delinquentes sempre existiu, mas não com caráter de pena. Até o fim do século XVIII, ela “[...] serviu para a contenção e guarda dos réus, para que fossem preservados fisicamente até serem julgados ou executados³³”, por meio dos suplícios. Usava-se a tortura para descobrir-se a verdade. A prisão era usada como ante-sala para quem seria submetido a um suplício, o que perdurou por muito tempo. As civilizações antigas utilizavam-se da prisão principalmente como meio de custódia. Os cárceres em que eram mantidos os acusados até a celebração do julgamento não eram construídos com arquitetura penitenciária, mas eram usados como prisões os calabouços dos castelos, torres, palácios e outros lugares de má percepção para a época. Utilizava-se no período a “[...] pena de morte, as penas corporais, como açoites e mutilações e as infamantes”³⁴.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt³⁵, além da prisão como meio de custódia, a Grécia detinha devedores no cárcere até que pagassem suas dívidas. Ainda, o devedor ficava à disposição do credor, como escravo, para garantir o crédito. A princípio essa prática era privada, após foi adotada como prática pública, como medida de coerção, para forçar o devedor a saldar o seu débito.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci³⁶ o Direito Romano foi dividido em etapas. A princípio, o chefe de família (*pater familias*) sancionava seu grupo como bem entendia. Na fase do reinado, a pena passou a ter caráter sagrado, consolidando a vingança pública. No período republicano, a pena perdeu seu caráter de expiação, pois culto e Estado separaram-se, destacando-se talião e a composição.

³² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 14.

³³ Idem.

³⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 30-31.

³⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 14.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61-62.

Com o avanço político-social, a Lei das XII Tábuas teve a atribuição de igualar os sancionados, ou seja, os destinatários das penas, conforme Guilherme de Souza Nucci³⁷:

[...] durante o Império, a pena tornou-se novamente mais rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados. Se na República a pena tinha caráter predominantemente preventivo, passou-se a vê-la com o aspecto eminentemente repressivo.

Sendo o primeiro código escrito em Roma, a Lei das XII Tábuas apresentava ainda desproporcionalidade entre delito e pena, mas a *contrario sensu* foi desmistificando a antiguidade, fazendo com que as penas aplicadas e a justiça não mais dependessem de forças místicas espirituais.

A punição que de acordo com Michel Foucault³⁸, se dava por meio dos suplícios, que consistiam em espetáculos em praça pública, nos quais os criminosos eram castigados, por meio de vexames, castigos físicos, açoites, mutilações e morte em público e de rituais preestabelecidos, mudou em decorrência do tempo.

[...] No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração.³⁹

A ideia do corpo ser alvo de repreensão penal vai desaparecendo, como aponta Michel Foucault⁴⁰, cuja exposição do condenado na forma dos suplícios se manteve na França até 1831, mesmo recebendo muitas críticas, mas foi abolida somente em 1848. A punição torna-se, aos poucos, um fato escondido do processo penal, o que provoca inúmeras consequências, passa a ter consciência abstrata e o seu acontecimento, a ser visto pela sua execução, não pela sua intensidade visível. A certeza do homem ser punido é o que deve desviá-lo do crime, não o suplício público inevitável. Por essas mudanças, a justiça começa a não mais tornar pública a violência ligada ao seu exercício.

Considera Michel Foucault⁴¹, que nem todos os cantos do mundo aboliram a violência pública ao mesmo tempo. As mudanças foram lentas, conforme retrata o autor:⁴²

³⁷ Idem.

³⁸ MICHEL FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 11.

³⁹ Op. Cit., p. 12.

⁴⁰ Op. Cit., p. 13.

⁴¹ Idem.

[...] a marca a ferro quente foi abolida na Inglaterra (1834) e na França (1832); o grande suplício dos traidores já a Inglaterra não ousava aplicá-lo plenamente em 1820 (Thistlewood não foi esquartejado). Unicamente o chicote ainda permanecia em alguns sistemas penais (Rússia, Inglaterra, Prússia). Mas, de modo geral, as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação - que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos - são penas 'físicas': com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo.

Assim, o corpo não mais era instrumento de penalização aos criminosos por meio do sofrimento físico e da dor. Esse tipo de castigo passou então para uma economia de direitos suspensos, penetrando-se na época da sobriedade punitiva.⁴³ Desse modo a sociedade tinha o dever de penalizar sem atingir diretamente o corpo, mas por meio de outros tipos de penas, como pecunia e privações, que atingiam o corpo de forma indireta.

As formas repressivas foram mudando. Da Idade Antiga para a Idade Média, pode-se observar algumas alterações, permaneceu ainda em alguns cantos do mundo a punição corporal por meio dos suplícios. Mas a influência da religião no direito fez com que as penas evoluíssem e se voltassem para a influência divina.

1.2 A PENA NA IDADE MÉDIA

Na Idade Média, com o predomínio do direito germânico, dominavam ainda as penas corporais, tendo as penas privativas de liberdade uma função meramente custodial. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt⁴⁴, “[...] as sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do status social a que pertencia o réu”.

Para Edson Mougenot Bonfim e Fernando Capez⁴⁵, da Idade Média até o Iluminismo, houve duas fases na evolução das penas: na primeira vigorava o sistema de ‘ordalías’, quando o criminoso deveria provar a sua inocência por meio de jogos místicos; na segunda, o direito penal não era mais aplicado pelos deuses, mas sim por representantes terrenos, em

⁴² Idem.

⁴³ MICHEL FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 11

⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 18-19.

⁴⁵ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 49.

decorrência da forte expansão do poder político das monarquias ocidentais, reis sobrepondo-se aos senhores feudais, passando a ter a tarefa de fazer justiça.

Conforme os estudiosos, o poder eclesiástico vinha ascendendo, trazendo profundas transformações para o período como assevera Edson Mougenot Bonfim e Fernando Capez⁴⁶:

[...] inquisitivo, sigiloso, comprometido desde o início com a tese acusatória, tendo a tortura como principal meio de obtenção da 'verdade', o inquérito aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesiásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas; o seu fundamento era o poder papal e o direito de vigilância sobre os fiéis que o mesmo compreendia, o que, por sinal, harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter toda a sociedade a seu controle (Bonfim e Capez, 2004, p. 51).

Todavia, aos poucos, a privação da liberdade segundo Cezar Roberto Bitencourt⁴⁷, foi sendo instituída como um instrumento espiritual de castigo, pelo Direito Canônico, em virtude da Igreja ver o delito como uma forma de pecado e daí a necessidade de sujeitar-se à penitência para se redimir da culpa. Contudo, ante a crescente violência e delinquência, que se abateu e se alastrou por toda a Europa durante os séculos XVI e XVII, a pena de morte, deixou de ser solução adequada. Nesse sentido foi a partir de meados do século XVI, que surgiu o desenvolvimento das penas privativas de liberdade e criações de prisões para o cumprimento da pena.

A Idade Média foi caracterizada, de acordo com José Antonio Paganella Boschi⁴⁸ “[...] por penas cruéis e desproporcionais, seja na imposição, seja na execução”, com a utilização da morte na roda, guilhotina e fogo. Para Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹, como um sistema desumano e ineficaz, mas nela destacou-se a influência penitencial canônica, pois o arrependimento e a correção do infrator por meio do isolamento celular são propostas iniciais para a reabilitação do delinquente, que é um antecedente da prisão moderna. Dessa forma a *pena medicinal* (da alma) encontra seu conceito nas bases canônicas, pois a reclusão tinha como objetivo o arrependimento do pecador de seus pecados e pregava que somente através da oração o infrator alcançaria compreensão da gravidade das suas culpas, explica o estudioso.

⁴⁶ Op. Cit., p. 51.

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 21-22.

⁴⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 60.

⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.21- 22.

No mesmo sentido, destaca Guilherme de Souza Nucci⁵⁰, que o Direito Canônico exprimiou o caráter sacro da punição, que era muito severa e, mesmo assim, visava à regeneração do criminoso. A ligação entre o poder e a religião era muito forte, a ponto de a heresia ser considerada crime de Estado. A *Santa Inquisição* valia-se de tortura para extrair a confissão e punir pública e cruelmente os culpados, medida esta que ultrapassava os limites humanísticos. Não havia proporcionalidade entre a punição e o crime cometido.

Não se pode negar, então, a importância do Direito Canônico para o surgimento da prisão moderna. Trata-se de uma prévia do que se tornaria a prisão, tendo em vista a visão que se tinha sobre a reforma dos delinquentes.⁵¹

1.3 A PENA NA IDADE MODERNA

Destaca Cezar Roberto Bitencourt⁵², que, na modernidade, em decorrência da pobreza, durante os séculos XVI e XVII e em razão da subsistência, os desafortunados praticavam atos de delinquência, o que ocorria diariamente. Como tentativa de corrigi-los, experimentou-se a punição de diversas formas, que não deram certo. Não sabiam ao certo como agir com os mendigos; então passaram a identificá-los fisicamente: raspavam seus cabelos, por exemplo, e após os expulsavam da cidade.

Já na segunda metade do século XVI, refere o mesmo autor⁵³, começaram a desenvolver, mas não em sua forma atual, a pena privativa de liberdade, com a construção de prisões organizadas, com o intuito de corrigir os apenados. Na época, foi empregado um sistema intitulado mão de ferro, que consistia na reforma dos delinquentes por meio da disciplina e do trabalho, para que estes pudessem se manter por meio da pecunia que recebiam e para servirem como exemplo a vadios e ociosos. Após a experiência serviu para outros lugares do mundo onde a ideia foi aplicada e esses tipos de cadeias passaram a ser chamadas de 'casas de trabalho' ou 'casas de correção'. Esse tipo de coerção era utilizada para pequenos delitos, pois os mais graves obtinham outro tipo de pena, como açoites e exílio⁵⁴.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5.ª edição. São Paulo 2008, p. 116.

⁵¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.37.

⁵² Idem.

⁵³ Op. Cit., p. 38.

⁵⁴ Op. Cit., p. 39.

Em Amsterdam, em 1596, foi criada uma casa de correção para homens, chamada de *Rasphuis*; em 1597, uma casa de correção para mulheres, intitulada *Spinhis*, e em 1600, uma seção para jovens. Essas instituições serviam para tratar da delinquência de forma leve. Aos que praticavam delitos graves aplicavam-se penas como açoite, exílio e pelourinho, por exemplo, refere o mesmo autor⁵⁵. Em meados do século XVII, criou-se uma obra de extrema importância sob o ponto de vista penitenciário, o *Hospício de San Felipe Néri*, que se destinava à reforma de crianças errantes. Mais tarde o lugar admitiu jovens rebeldes e desencaminhados. Um dos importantes indicadores da reforma carcerária e do objetivo ressocializador e educativo da pena privativa de liberdade foi o "Clemente XI", uma vez que elas foram usadas pela Casa de Correção de São Miguel, em Roma, que abrigava jovens delinquentes para sua correção e ao mesmo tempo servia como asilo de órfãos e anciãos⁵⁶.

De acordo com Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez⁵⁷, os primeiros protestos às atrocidades cometidas partiram de grandes doutrinadores, como: “[...] Voltaire (1694-1778), Montesquieu (1689-1755), La Metrie (1709-1751), Diderot (1713-1784), D' Alembert (1717-1783), Helvetios (1715-1771), D' Holbach (1723-1789) e Rousseau (1712-1778)”, que trouxeram esperanças para o final do século XVIII. Esse movimento chamou-se Iluminismo.

Em concordância, destaca Guilherme de Souza Nucci⁵⁸, que o processo de modernização do direito penal teve início com as ideias de grandes pensadores da época, no início do Iluminismo, tais como Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália).

Expõe Guilherme de Souza Nucci⁵⁹, que houve preocupação com a racionalização das penas, com a inspiração contratualista: O intuito era banir o terrorismo punitivo, pois a tarefa de punir passou a ser do Estado e os cidadãos desistiram de parte de sua liberdade para tanto. O Estado deveria obedecer aos limites da defesa social. Com isso a pena passou a não ter caráter de castigo, mas sim de prevenção dos delitos.

Em decorrência dessas mudanças, afirma Guilherme de Souza Nucci⁶⁰, que o pensamento Iluminista inaugura em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem. Esses princípios espalharam-se pela Europa, registrando-se a denominada Reforma Leopoldina de

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.41.

⁵⁷ BONFIM, Edílson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 60-61.

⁵⁹ Op. Cit., p. 60.

⁶⁰ Idem.

1786, introduzida na Toscana, mitigando penas e conferindo proporcionalidade entre delito e sanção, eliminando a tortura e o sistema da prova legal.

A prisão com o intuito de custódia vai se extinguindo, cedendo lugar à prisão com objetivos punitivos, ou seja, a prisão como pena.

1.3.1 Da prisão-custódia à prisão-pena

A prisão como meio de custódia perdurou por muito tempo na história. Somente na primeira metade do século XVII, essa realidade foi-se modificando, como explicam Melossi e Pavarini *apud* Cezar Roberto Bitencourt⁶¹:

É na Holanda, na primeira metade do século XVII, onde a nova instituição da casa de trabalho chega, no período das origens do capitalismo, à sua forma mais desenvolvida. É que a criação desta nova e original forma de segregação punitiva responde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista que à generalidade individual de algum reformador.

Os modelos punitivos da época, afirma Cezar Roberto Bitencourt⁶², não têm propósitos idealistas ou de melhorar as condições da prisão, mas sim de não desperdiçar a mão-de-obra, ao mesmo tempo em que ela é controlada e regulada de acordo com a valoração do capital. Os salários eram baixos e o trabalho era controlado. Por isso, alega-se que a casa de trabalho é mais complexa do que taxar o salário livre, pois é encarada como forma de controle da força de trabalho. Pode-se até falar em *domesticação* do trabalhador.

Conforme Melossi e Pavarini *apud* Cezar Roberto Bitencourt⁶³, a prisão aparece com o surgimento das casas de correção holandesas e inglesas, que não tinham propósitos mais ou menos idealistas e humanitários, mas sim a necessidade de se ter uma forma de reformar ou reabilitar o delinquente e ao mesmo tempo submetê-lo ao regime capitalista dominante na época.

Em verdade, o que predominava nas casas de trabalho holandesas era o desejo de que o trabalhador aprendesse a disciplina capitalista de produção, como explica Cezar Roberto Bitencourt⁶⁴. Ainda a religião, especialmente no caso da Holanda, servia para reforçar a ideologia que fortalecia a hegemonia da burguesia capitalista. Não interessava se o

⁶¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.43.

⁶² Idem.

⁶³ Op. Cit., p. 44.

⁶⁴ Op. Cit., p. 46.

delinquente seria reabilitado, mas que se submetesse ao sistema de forma obediente, para que a produção fosse eficaz, expõe o autor.

Segundo menciona Cezar Roberto Bitencourt⁶⁵, seria tolo pensar que o surgimento da pena privativa de liberdade se deve à crise da pena de morte, ou à procura de uma pena que melhorasse o processo geral de humanização, ou que visasse a recuperar o criminoso. Existem várias maneiras de explicar o surgimento da pena de prisão, dentre elas pode-se citar: o ponto de vista das ideias a partir do século XVI, quando a liberdade passou a ser mais valorizada e o racionalismo imposto; a consciência pesada que faça com que se procurem meios de substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha; a ocorrência de mudanças socioeconômicas na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, gerando crescimento alarmante da pobreza e conseqüentemente aumento de delinquentes e a queda do prestígio da pena de morte, porque não respondia mais aos anseios de justiça; e, por fim, a razão econômica.

Então, a prisão não surge como meio de ressocializar o criminoso, eis que por trás das razões do surgimento da pena privativa de liberdade existiam interesses capitalistas de fomentar a mão-de-obra barata com inexistência de direitos trabalhistas e a obediência absoluta por parte dos detentos.

Pode-se observar pelo exposto, que, desde os primórdios, o homem busca incessantemente por justiça. A princípio, a punição era severa, utilizando a morte e o sofrimento como forma coercitiva, até que, por meio de reformas, chegou-se a desenvolver meios de punição baseados na privação da liberdade e do trabalho, que tinham por objetivo ajustar a conduta dos delinquentes, o que também não foi eficaz. Cabe salientar que a história das penas teve grande marco por meio de pensamentos inovadores de grandes reformistas que tiveram fundamental importância no direito penal: Beccaria, Howard e Bentham.

1.3.2 Os reformadores Beccaria, Howard e Bentham

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶, o advento do Iluminismo e as ideias dos reformadores Beccaria, Howard e Bentham deram destaque à crise da sanção penal, cuja

⁶⁵ Op. Cit., p. 61-64

⁶⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 52.

função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não era eficaz, pois provocava a reincidência.

Cesare Beccaria⁶⁷, em sua obra "Dos Delitos e das Penas", discutiu tópicos de extrema importância para o direito, tais como a origem das penas e o direito de punir, a interpretação das leis e sua obscuridade, a prisão, a tortura, a moderação das penas, a pena de morte e outros pontos fundamentais que na época aspiravam mudanças urgentes.

Considerando o que será exposto esclarece-se um pouco sobre a vida de Beccaria e sua importância para o direito penal moderno Saiz Cantero *apud* Cezar Roberto Bitencourt⁶⁸:

[...] Cesar Bonessana, Marquês de Beccaria (1738-1794), publica em 1764 seu famoso *Dei Delitti e delle Pene*, inspirado, basicamente, nas ideias defendidas por Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke. Os postulados formulados por Beccaria marcam o início definitivo do Direito Penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia, bem como o da Escola Clássica de Direito Penal.

A obra de Cesare Beccaria⁶⁹, em seu capítulo intitulado "Da obscuridade das leis", expõe que enquanto as leis não estiverem escritas de forma compreensível, em linguagem conhecida pelo povo, o cidadão ficará dependente de um pequeno número de homens, os depositários e intérpretes de leis, pois não poderá assim saber por si só as consequências que terão os atos que praticar. Ainda, quando o pensador refere-se à prisão, afirma que deve ser estabelecido de maneira fixa pela lei, por quais indícios de um delito o acusado poderá ser preso, e que, na medida em que as penas forem mais suaves e a prisão deixar de ser tenebrosa e um apelo à fome, quando o homem tiver mais compaixão e humanidade, as provas mais fracas satisfarão as leis para pedir-se a prisão de um indivíduo.

Com isso, pode-se ressaltar que atualmente são empregadas as ideias de Beccaria nas legislações mundiais, as quais são mais compreensíveis hoje pela maior parte da população, do que a séculos atrás. O terrorismo das prisões de antigamente deixou de existir em parte a fome não é mais o cenário dos sistemas carcerários e os indícios passaram a serem analisados com mais cuidado durante o processo.

Alguns doutrinadores consideram Beccaria como um dos primeiros a pensar em defesa social, porque sempre destacava em vida que "é melhor prevenir o crime do que castigar",

⁶⁷ BECCARIA, CESARE. Dos delitos e das penas. Campinas: Russel, 2006, p. 24-34.

⁶⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 52-53.

⁶⁹ BECCARIA, CESARE. Dos delitos e das penas. Campinas: Russel, 2006, p. 34.

conforme expõe Cezar Roberto Bitencourt⁷⁰. O autor afirma que as ideias de Beccaria são uma associação do contratualismo com o utilitarismo. Seu grande mérito foi ter se dirigido ao grande público, não só a grupos de pessoas dotas. Isso estimulou os praticantes do direito a solicitarem reforma urgente aos legisladores.

Cezar Roberto Bitencourt⁷¹, afirma que outros pensadores também sugeriram as propostas de Beccaria, mas ele teve destaque, porque construiu o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma teoria bem elaborada, construindo um sistema criminal que substituiria o sistema abusivo e desumano que vigorava na época. Cezar Roberto Bitencourt⁷², explica que

A Europa estava preparada para receber a mensagem do livro em 1764. Serviu para destroçar muitos costumes e tradições da sociedade do século XVIII, especialmente através da ação dos protagonistas da nova ordem. Inegavelmente Voltaire impulsionou muitas das ideias de Beccaria. Não é exagero afirmar que o livro de Beccaria teve importância vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos.

Cesare Beccaria⁷³ lutou pela moderação das penas. Acreditava que as penas não deveriam ser cruéis, pois assim não atingiriam o objetivo de prevenir o delito, somente serviriam para impressionar o povo por meio de espetáculos bárbaros. A pena, segundo Beccaria, deve ser humana e proporcional ao delito. Também se revoltou contra a pena de morte, por não entender como o ser humano era tão frio e cruel a ponto de igualar-se ao praticante de um crime ao aplicar a pena de morte em seu semelhante.

Hodiernamente, a pena de morte foi abolida em diversos países, mas ainda existe até em países de primeiro mundo como os Estados Unidos da América, que aplica a pena capital prevista em suas leis penais.

Anuncia Cezar Roberto Bitencourt⁷⁴, que o reformista Beccaria menciona o *contrato social* nos dois primeiros capítulos de sua obra. O contrato social historicamente foi um marco ideológico para a proteção da burguesia, que insistia em recompensar a atividade proveitosa e castigar os criminosos. Beccaria possuía uma visão utilitarista da pena, querendo dar exemplos para o futuro com a pena aplicada, não apenas vingar o passado, defendendo a proporcionalidade entre as penas e sua humanização. Segundo Beccaria, a prevenção não

⁷⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 55.

⁷¹ Idem.

⁷² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 53

⁷³ BECCARIA, CESARE. Dos delitos e das penas. Campinas: Russel, 2006, p. 34.

⁷⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 56-57.

necessitava ser obtida por meio do terror, como era feito, mas com a certeza e eficácia da punição, não admitindo a vingança. Ainda, “[...] não renunciava à ideia de que a prisão tem um sentido punitivo e sancionador, mas já insinuava uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade”⁷⁵.

Beccaria trouxe benefícios à reforma do direito penal, com sua sensatez e humanidade que segundo Cezar Roberto Bitencourt⁷⁶:

Beccaria pugnou por um Direito penal leigo, preventivo, com bases e limites, pela prévia legalidade de crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, pela pureza e certeza da prova, pelo direito de asilo, pela proporcionalidade entre crime e pena, pela abolição da prisão preventiva, da pena de morte, da tortura, da infâmia, do banimento, do uso de pôr a cabeça a prêmio, do 'suplício da incerteza', pela aplicação da pena somente em caso de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias (Lyra *apud* Edilson Mougnot Bonfim; Fernando Capez).⁷⁷

Cesare Beccaria⁷⁸ conclui a sua obra afirmando que: “[...] para que a pena não seja um ato de violência contra o cidadão, deve ser pública, de modo essencial, pronta, necessária, proporcional ao delito, a menor pena possível dada às circunstâncias e determinada por lei antecipadamente”.

Além de Cesare Beccaria, John Howard foi um pensador de extrema importância para o direito penal, principalmente no que tange aos sistemas penitenciários. John Howard (1725-1790), aponta Cezar Roberto Bitencourt⁷⁹, foi nomeado como *sheriff de Bedford*, após como *alcaide* do referido condado (1773), motivando a preocupação com os problemas carcerários. Foi de forma involuntária iniciador de uma corrente preocupada com a reforma carcerária, que se preocupava com a construção de estabelecimentos propícios para o cumprimento das penas privativas de liberdade, tendo conceitos vindicativos e retributivos.

Sua obra, intitulada *The state of prisons in Englannd and Wales with na account of some goregn*, destacou-se pelo seu sentido humanitário e o entusiasmo em relação à reforma penal. O que incentivou Howard foi a viagem que fez a Portugal para ajudar as vítimas de um terremoto em 1755, ocasião em que teve primeiro contato com as prisões, pois foi capturado pelos *berberes* e encarcerado no Castelo de Brest e após na prisão de Morlaix.

⁷⁵ Op. Cit., p. 57

⁷⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 72.

⁷⁷ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 72.

⁷⁸ BECCARIA, CESARE. Dos delitos e das penas. Campinas: Russel, 2006, p. 147

⁷⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

Howard, impulsionado pelo sentido humanístico, não aceitava as condições horríveis das prisões inglesas, não admitia o sofrimento desumano, tinha anseios pela reforma carcerária, mesmo que para a época esse tema não fosse interessante para o Estado, salienta Ceazar Roberto Bitencourt⁸⁰. Acreditava o estudioso que as prisões não necessitavam em decorrência do desenvolvimento económico e das condições do mercado de trabalho, produzir "bons proletários" como instrumento de intimidação e controle político.

Segundo Ceazar Roberto Bitencourt⁸¹, dentre outras ideias, Howard acreditava que o trabalho obrigatório e penoso era meio de regeneração moral, com sentido reabilitador ao delinquente. Essa ideia foi muito discutida e vigora até os dias atuais. Mesmo que Howard não tenha conseguido grandes mudanças na realidade penitenciária de seu país, suas ideias foram bastante avançadas para seu tempo, tais como a de que as prisões deveriam oferecer ao apenado um regime higiênico, alimentar e de assistência médica que o auxiliassem em suas necessidades básicas.

O revolucionário, explica o autor, acreditava na influência religiosa na recuperação do preso, propôs o isolamento como maneira de reflexão e arrependimento, classificou o encarceramento da seguinte maneira, considerando três classes:

- a) para os processados propunha um regime especial, já que prisão só servia como meio assecuratório e não como castigo. Tal proposição continua sendo lembrada pelos que analisam os problemas penitenciários contemporâneos, visto que em muitas prisões do mundo ainda não se tem conseguido a separação apropriada entre preventivos e sentenciados; os condenados, que seriam sancionados de acordo com a sentença condenatória imposta; e os devedores⁸²

Howard propôs a necessidade de que se nomeassem carcereiros honrados e humanos:

Essa inquietação tinha íntima relação com a ideia de Howard sobre a função reabilitadora da prisão. Embora atualmente já não se fale em carcereiros - mais por eufemismo - na verdade continua sendo importante que o pessoal, além de outras qualidades, seja honrado e possua elevado sentido humanitário. Howard pôde captar a importância do pessoal penitenciário na execução da pena privativa de liberdade.⁸³

⁸⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 56-57.

⁸¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 58.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

Cuello Calón *apud* Cezar Roberto Bitencourt⁸⁴, refere que Howard defendia, além da ideia de que o sistema penitenciário tivesse carcereiros humanistas, que ainda existissem vistorias mensais, trimensais todos os anos, feitas por um inspetor eleito pelo parlamento, para que visitasse os presos, falasse com eles, ouvisse reclamações, se existissem, e atendesse pedidos.

O idealizador Howard divide o direito penal da execução penal, cita Cezar Roberto Bitencourt⁸⁵. Sob seu ponto de vista devia manter-se o sistema retributivo e intimidativo da pena, acreditando como possível a reforma do delinquente durante a execução penal.

É perceptível a grande influência de John Howard para o direito penal e para o processo penal atuais. Suas ideias humanitárias foram de fundamental importância para o sistema carcerário, tendo em vista que o sistema atual vislumbra até hoje, como Howard afirmava, a ressocialização do detento, para que este possa ser devolvido à sociedade de forma inclusiva. Ao que refere aos sistemas de controle dos presídios, também hodiernamente se busca humanidade e eficácia dos agentes penitenciários e administração carcerária, o que mostra suas avançadas teorias.

Jeremy Bentham (1748 -1832) contribuiu para o campo da Penologia, destaca, Cezar Roberto Bitencourt⁸⁶. Não faz muitas recomendações positivas, mas suas ideias são corretas no que se refere aos castigos desumanos. Procurou um método de controle social, para que o comportamento humano fosse ético. Tal princípio foi proporcionado pelo utilitarismo, que se traduzia na procura da felicidade maior.

Ao falar-se em fins preventivos da pena, foi o primeiro a tratar da importância da arquitetura penitenciária, ao expor suas ideias sobre o famoso "Panóptico", dando importância especial à prevenção com o propósito exemplificante da pena. Utilizava os termos "prevenção geral" e "especial", explica o mesmo autor. Dava importância aos aspectos externos e cerimoniais da pena, buscando crueldade apenas aparente, sendo coerente com a importância que concebia ao objetivo preventivo geral da pena. Acreditava na retribuição da pena, com predomínio da finalidade preventivo-geral. Suas ideias traziam objetivos reabilitadores à pena privativa de liberdade.

Destacou Bentham inconformidade com as condições prisionais e os problemas penitenciários. Considerava que as prisões, ao menos a maioria delas, infestavam o corpo e a alma de seus detentos:

⁸⁴ Op. cit., p. 59.

⁸⁵ Op. cit., p. 60.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 34.

Em seus comentários sobre a prisão, Bentham sugeria uma ideia incipiente sobre o que atualmente se denomina *subcultura carcerária*. Nesses termos afirmava: 'A opinião que nos serve de regra e de princípio é a das pessoas que nos cercam'. Estes homens segregados assimilam linguagem e costumes, e por um consentimento tácito e imperceptível fazem suas próprias leis, cujos autores são os últimos dos homens: porque em uma sociedade semelhante os mais depravados são mais audazes e os mais malvados são mais temidos e respeitados.⁸⁷

Foucault, no capítulo intitulado "O Panoptismo", de sua obra "Vigiar e Punir", explica como interpretou as ideias de Bentham e a composição arquitetural de sua figura conhecida como panóptico:

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se, exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções - trancar, privar de luz e esconder - só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha..⁸⁸

Grande esforço foi feito por Bentham para que as suas ideias se materializassem, mas não teve sucesso sempre. Segundo Lewis Gilin *apud* Cezar Roberto Bitencourt⁸⁹, alguns dos seus fracassos provocaram grande perda da sua fortuna pessoal. Mas, depois de muitos esforços, em 1916, na Inglaterra, inaugurou Millbank, uma prisão inspirada nas suas ideias.

As ideias de Beccaria, Howard e Bentham originaram a formação dos regimes penitenciários Clássicos, com sistemas diferenciados de reabilitação, os quais tiveram ascensão a partir do século XX, menciona Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁰.

Até a atualidade, no entanto, ainda não foi encontrado um modelo prisional que atendesse a expectativa social, pois as sanções previstas na legislação e os sistemas prisionais

⁸⁷ Op. cit., p. 44

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 24 ed. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 165-166.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 44.

⁹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 40.

existentes não chegam aos resultados esperados, tendo em vista a crise dos sistemas carcerários, resultando na falta de recuperação de seus detentos.

1.4 EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL

Na colonização do Brasil, os indígenas eram habitantes das terras descobertas. Viviam em tribos que apresentavam diferentes estágios de evolução. As suas ideias de direito penal estavam ligadas ao direito consuetudinário, refletidas na vingança privada, na vingança coletiva e no talião.⁹¹

Em consonância, Guilherme de SouzaNucci⁹² refere que os índios habitavam as terras descobertas pelos portugueses. Esses primitivos não conheciam o direito penal e nem a civilização. Aplicavam penas aleatórias como a vingança privada e penalidades cruéis, como torturas, morte e banimento.

Com o descobrimento do Brasil, no ano de 1500, passou a vigorar o Direito lusitano, afirma Cezar Roberto Bitencourt⁹³. Já no período colonial, no país, vigoravam as Ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), as quais posteriormente foram substituídas pelo Código de D. Sebastião (até 1603). Depois passaram a vigorar as Ordenações Filipinas, que ajuizavam o direito penal igual ao período medieval, pelas quais o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, por isso os vistos hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores eram punidos severamente. As penas tinham o objetivo de aterrorizar o povo; eram cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras etc), refere Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁴.

Tais ordenamentos não tiveram sucesso em razão das peculiaridades que reinavam na colônia. Havia uma inflação de leis e decretos reais que serviam para solucionar problemas, criando com isso uma realidade jurídica bastante delicada, tendo em vista os poderes que eram conferidos com as cartas de doação:

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos

⁹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p.40.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5.ª edição. São Paulo 2008, p. 44.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. p. 44.

⁹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes.⁹⁵

Em verdade, a prisão em si, na época ainda não existia. Tinha caráter somente preventivo para evitar a fuga do autor do crime até ser julgado. A prisão também era usada como cativado aos devedores, até que estes pagassem suas dívidas, menciona o doutrinador. A privação de liberdade como sanção propriamente dita era pouco utilizada. A pena de morte ainda era utilizada de maneira cruel e sanguinária.

Com a Proclamação da Independência, a Constituição de 1824 pedia que fosse elaborada nova legislação penal, sendo no ano de 1830, sancionado o Código Criminal do Império. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁶:

De índole criminal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos.

Cezar Roberto Bitencourt⁹⁷, expõe que o Código Criminal do Império influenciou o Código Penal espanhol de 1848 e o Código Penal português de 1852, pela sua boa elaboração, clareza e apuro técnico. Somente em 1832, surgiu o Código de Processo Criminal.

Em 1890, com a Proclamação da República, o estatuto básico passou a ser chamado de Código Penal, sendo alvo de críticas, destaca Júlio Fabbrini Mirabete⁹⁸. A pena de morte foi abolida, e o sistema penitenciário de caráter correccional foi instalado. Por diversas vezes e por inúmeras leis o código foi modificado, por ser mal sistematizado, até que todos os diplomas legais foram reunidos na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213/1932.

Acrescenta Cezar Roberto Bitencourt⁹⁹, sobre o tema que nesse período vigeu um péssimo código (1890-1932), por isso vários projetos foram apresentados para substituí-lo, tais como o de João Vieira de Araújo, em 1893, que não teve êxito. Em 1913, Galdino Siqueira, que foi um grande penalista, elaborou um projeto, que não foi apreciado pelo Parlamento, e em 1928, foi publicado, por Virgílio de Sá Pereira, um projeto completo de

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 45-46.

⁹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 43.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 46.

⁹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 46.

código penal, que também não teve resultados. Durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado teve o seu projeto de código criminal brasileiro apreciado pela Comissão Revisora, que o sancionou por decreto de 1940, Decreto n° 2.848/40, como Código Penal, o qual vigora desde 1942, sendo reformado posteriormente.

Em 1969, considera Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁰, houve uma tentativa de modificação do Código Penal, mas os militares estavam no poder e editaram o Decreto-lei 1.004/69, que permaneceu *vacatio legis* por em torno de nove anos, sendo revogado pela Lei 6.578/78.

O Código Penal sofreu diversas reformas. Refere Cezar Roberto Bitencourt¹⁰¹, que desde o ano de 1940, diversas leis modificaram nosso vigente Código Penal, mas duas merecem destaque: a Lei n° 6.416/77, que procurou atualizar as sanções penais, e a Lei n° 7.209/84, que instituiu uma nova parte geral, com nítida influência finalista.

O Projeto Nelson Hungria, de 1963, esclarece o autor, que vislumbrava a substituição do Código de 1940, foi promulgado pelo Decreto-lei n° 1.004/69 e retificado pela Lei n° 6.016/73. O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada, até final revogação pela Lei n° 6.578/78, constituindo o exemplo tragicômico da mais longa *vacatio legis*.

A Portaria n° 1.043/1980 instituiu uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei sob coordenação de Francisco de Assis Toledo e constituída por penalistas. Essa comissão apresentou seu trabalho defendendo *onullun crimen sine culpa*, e a ideia de reformulação das penas. Algumas inovações foram:

1. A reformulação do instituto de erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes da culpabilidade.
2. A norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir-se a responsabilidade objetiva.
3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime.
4. A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor gravidade.
5. A criação da chamada multa reparatória.
6. O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.¹⁰²

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5.ª edição. São Paulo 2008, p. 44.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 46.

¹⁰² MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 44.

Foi encaminhado, pela câmara de deputados, para o Congresso o Projeto de Lei nº 1.656-A, de 1983, que foi aprovado sem qualquer modificação, passando então à Lei nº 209/84, para vigor seis meses após a data da publicação. A nova lei resulta da mentalidade humanista, pois procurou implantar novas medidas penais para crimes de menor potencial ofensivo, evitando o encarceramento dos autores de delitos por um espaço curto de tempo, destaca Júlio Fabbrini Mirabete.

Guilherme de Souza Nucci¹⁰³, considera que existem diversas contradições nos dispositivos legais do Código Penal atual e também na Lei de Execução Penais. Acredita que a legislação deveria sofrer uma reforma uniforme e sistematizada, para que possa ser aplicada de maneira lógica e inteligível e não dependa tanto da interpretação do juiz, caso a caso.

O Brasil tem em sua legislação bom embasamento sobre as penas alternativas à pena privativa de liberdade, mas falta vontade política do governo, já que a infra-estrutura do sistema carcerário torna inviável a melhor aplicação da política criminal. Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁴ comenta que:

A falta de estrutura do sistema, de certa forma, empobreceu a criatividade dos Judiciários - estadual e federal - na busca de solução de meios adequados para operacionalizar a aplicação, pelo menos, da prestação de serviço à comunidade, nos limites de reserva legal. Essa alternativa, a que melhor êxito tem na Europa, a partir da bem sucedida experiência inglesa (1972), não demanda maiores custos, como bem demonstra a extraordinária experiência utilizada com sucesso na área metropolitana de Porto Alegre desde 1987.

As últimas e demoradas mudanças, com o vigor da Constituição Federal de 1988, foram a criação de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), criminalidade organizada (Lei nº 9.034/95) e crimes de especial gravidade. Adveio a Lei nº 9.099/90 disciplinando os Juizados Especiais Criminais, trazendo a transação penal, destacando a composição cível e instituindo a suspensão condicional do processo, Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁵.

No Brasil, aplicam-se as penas seguindo-se as sanções previstas no Código Penal atual. É importante ressaltar qual é a função da pena no Estado Democrático de Direito, previsto em nossa Carta Magna, e conhecer quais as teorias existentes e qual a teoria vigente no Brasil.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5.ª edição. São Paulo 2008, p. 46.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 48.

¹⁰⁵ Op. Cit., p. 49.

2 FINALIDADE E FUNÇÃO DAS PENAS NO SISTEMA PENAL

O sistema penal ao longo da história da humanidade passou por uma grande evolução. E numa visão evolutiva histórica das diversas teorias que explicam o sentido e a função da finalidade da pena, para fins de estudos acadêmicos interessa abordar as três principais teorias: a) a teoria absolutas, b) teoria relativas e c) teoria Mista, tendo o legislador brasileiro adotado este posicionamento híbrido, que se passará a analisar.

a) Teoria Absolutas

Segundo César Roberto Bitencourt¹⁰⁶, a teoria absolutas também é conhecida como retributiva da pena, posto que a característica mais significativa do Estado absolutista era a identidade entre o soberano e Estado. Com o surgimento do mercantilismo, surge um Estado Burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. Nesta esteira aparece à divisão dos poderes, e com uma concepção mais liberal do Estado.

[...] a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena e a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens.¹⁰⁷

A função da teoria absoluta da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como guardião da justiça, em um conjunto de ideias, morais, na fé, na capacidade do homem se auto-determinar e na ideia que o Estado deve se limitar a proteção da liberdade individual. Entre os defensores das teses absolutistas ou retributivas da pena destacam Kant e Hegel pelo cunho filosófico que denota essa teoria.¹⁰⁸

A princípio o homem tinha livre arbítrio; era livre para escolher entre o bem e o mal. Após, o Cristianismo impôs ao homem que o destino não é determinado, é construído pelo

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82-82.

¹⁰⁷ Op. Cit., p. 83.

¹⁰⁸ Op. Cit., p. 84.

sacrifício e boas ações. O fundamento da Escola Clássica era de que a pena deveria ter conteúdo de retribuição moral, salientam Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez¹⁰⁹.

Explica César Roberto Bitencourt¹¹⁰, que com o surgimento do mercantilismo, o Estado adota uma concepção liberal, na qual a pena não pode manter-se ligada à entidade entre Deus e soberano, religião e Estado, passando então a ser vista como a retribuição a uma perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e aplicada pelas leis.

Conforme o autor¹¹¹, por causa dos objetivos políticos e de acordo com a teoria do contrato social, o Estado acaba reduzindo sua atividade em matéria jurídico-penal e passa a ter obrigação de evitar a desordem entre os indivíduos membros do chamado consenso social. O indivíduo era intitulado traidor, caso contrariasse o contrato social, pois deveria manter a organização social. Era também excluído da sociedade como rebelde, cuja culpa podia ser retribuída como pena. No esquema retribucionista a tarefa de realizar Justiça era exclusiva da pena, que tinha como fim fazer justiça, nada mais.

Os principais defensores das teses retribucionistas ou absolutas foram Kant, que expressou suas ideias em sua obra *A metafísica dos costumes*, e Hegel, que, inspirado com a teoria, escreveu *Princípios da Filosofia do Direito*, destaca Cezar Roberto Bitencourt¹¹².

Cezar Roberto Bitencourt¹¹³, aponta que, mesmo Kant e Hegel sendo defensores das ideias retributivas ou absolutas da pena, diferenciam-se em alguns aspectos: Kant apresenta fundamentação de ordem ética e Hegel de ordem jurídica.

As ideias de Kant podem ser observadas no exposto:

Para Immanuel Kant (1724-1804), a lei penal é um 'imperativo categórico', apenas uma justa retribuição, não podendo ser considerada *meio* para qualquer *fim*. Sua linha de doutrina transportou ao campo do direito penal o sentido ético das coisas. Reagiu contra o utilitarismo e proclamou a liberdade de querer do homem, considerando a pena uma exigência de justiça absoluta, que não pode deixar de ser aplicada por motivos de conveniência ou utilidade, já que se trata de exigência da moral (portanto, um imperativo categórico). A *teoria da justiça absoluta* de Kant é viabilizada por seu idealismo e resgata o retributivismo mais apurado, denotando a ninguém ser dado o direito de desobediência ao Estado, pena de inevitável punição.¹¹⁴

¹⁰⁹ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 63.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82.

¹¹¹ Idem.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 72-74.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 48.

¹¹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 64.

Kant defende que o réu deve ser castigado por ter delinquido, sem consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os outros integrantes da sociedade. Com essa ideia Kant nega qualquer função preventiva da pena, conclui Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁵.

Já Hegel tem suas próprias considerações:

A pena não é alguma coisa de estranho ao crime, mas um desenvolvimento deste. O que deve ser objeto de consideração no crime não é o dano causado pelo criminoso, mas o injusto (*Unrecht*) contido no crime. O crime é a negação do Direito e a pena, que é a negação do crime, é a reafirmação do direito. Essas duas negações devem ser iguais, para que a segunda anule a primeira.¹¹⁶

Então, a teoria retributiva tem por fim a reação punitiva, sancionar o mal praticado (delito) com outro mal imposto ao autor do delito. Além dessa teoria, pode-se ressaltar a teoria preventiva ou relativa da pena, vista a seguir.

b) Teoria Relativas

Também conhecida como preventiva visa evitar a prática de novas infrações penais. Segundo Valter Kenji Ishida¹¹⁷, fala-se em prevenção geral, no sentido de que todos não pratiquem infrações. De modo geral a finalidade da sanção (pena) é garantir a eficácia da norma.

Conforme Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹¹⁸, as teorias relativas são opostas às absolutas, pois concebem a pena como meio para obtenção de objetivos anteriores. São subdivididas em prevenção geral e prevenção especial. Na primeira, a pena surte efeito sobre os integrantes da sociedade jurídica que não cometeram crimes. Na segunda, age-se sobre o condenado, sendo a pena vista como uma ameaça que deve configurar coação psicológica para afastar as pessoas dos delitos.

A teoria preventiva geral foi defendida por pensadores renomados, tais como Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach, segundo Cezar Roberto

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 48.

¹¹⁶ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 65

¹¹⁷ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. Parte Geral e Especial. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 265.

Bitencourt¹¹⁹. Essa teoria é fundamentada em suas ideias básicas: a ideia da intimidação e a ponderação da racionalidade do homem.

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹²⁰, o caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos. Subdividido em: a) preventivo positivo - cuja aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; e b) preventivo negativo- cuja pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal. O especial também se subdivide em dois aspectos: a) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. b) preventivo negativo: significa voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.

Neste viés segundo César Roberto Bitencourt¹²¹, a teoria da prevenção geral positiva apresenta duas subdivisões: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora. A primeira impõe ao indivíduo de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites dos *ius puniendi*, tanto formal como material, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

Para Guilherme de Souza Nucci¹²², a prevenção geral positiva pode ser considerada com fundamento da pena, através dela restabelecer a confiança no direito como mecanismo regulador das condutas e formador da consciência jurídica coletiva.

E a segunda, a prevenção geral positiva limitadora, segundo César Roberto Bitencourt¹²³, tem por principal finalidade, a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente. A pena sob este ponto de vista teria por finalidade a prevenção geral e especial, devendo respeitar os limites de um direito social e democrático.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 45.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: RT. 2009, p.57.

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82-83.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: RT. 2009, p.83

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82-83.

Para Cezar Roberto Bitencourt¹²⁴, o interesse jurídico-penal não é a intimidação geral dos membros da sociedade. A pena tem novo sentido nesta concepção: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito é acima de tudo um dano social, não uma simples violação da ordem jurídica, e o delinquente é um perigo para a sociedade, pois a põe em risco.

Existem, no entanto, argumentos opostos sob diversos pontos. Argumenta-se que o fim da prevenção especial seria eficaz ou anulado diante dos delinquentes, pois, apesar do fato grave cometido, talvez o infrator não precise de intimidação e reeducação, por não haver possibilidade de reincidência. Isso levaria à impunidade do autor, aponta Mir Puig *apud* Cezar Roberto Bitencourt¹²⁵.

c) Teoria Mista

Toledo e Ubieto *apud* Cezar Roberto Bitencourt¹²⁶, mencionam que as teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, pela discordância com as teorias retributivas e preventivas. Sustentam que a unidimensionalidade mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves aos direitos fundamentais do homem.

A sanção punitiva não deve superar a proporção do fato praticado, qual seja o delito. No entender de Cezar Roberto Bitencourt¹²⁷:

Com esta afirmação, afasta-se um dos princípios básicos da prevenção geral: a intimidação da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos. E, com o mesmo argumento, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, onde esta, como já vimos, tem como base aquilo que o delinquente 'pode' vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente *biológico ou social*. .

A teoria unificadora é a junção de propósitos da teoria retributiva e da teoria preventiva. A teoria unificadora ou mista é a utilizada no Brasil. O Código Penal Brasileiro adotou essa teoria, que pode ser observada no art. 59, permitindo assim a inserção da prevenção e da punição, bem como a implementação de medidas de segurança para atender cada processo criminal.

¹²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 78.

¹²⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1., p. 90.

¹²⁶ Op. Cit., p. 92.

¹²⁷ Op. Cit., p. 95.

O Brasil adotou segundo Vilmar Velho Pacheco Filho¹²⁸, a Teoria Mista tendo em vista o que dispõem nos artigos 59; 121, parágrafo 5º; 129, parágrafo 8º, do Código Penal¹²⁹, no art. 1º da LEP¹³⁰.

Nessa seara, segundo Valter Kenji Ishida¹³¹, as penas se caracterizam em: a) personalíssima: atingindo só o autor (não pode atingir por exemplo seus parentes): regra do art. 5º XLV da CF; b) disciplina por lei: o art. 1º do CP não há pena sem prévia cominação legal: é o princípio da legalidade; c) inderrogável certeza de aplicação): comprovada a infração, não pode o juiz deixar de aplicar a pena; e d) proporcional ao crime: A pena deve ser proporcional à gravidade do crime.

O Código Penal vigente O Código Penal vigente no país adota três tipos de penas, que estão previstas no artigo 32 do dispositivo: a pena privativa de liberdade (artigos 33 a 39), a pena restritiva de direito (artigos 42 a 48) e a pena de multa (artigos 49 a 52).

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O atual sistema penal brasileiro está baseado na valorização do ser humano, proibindo-se a pena de morte, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis, de acordo com o 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

O sistema prisional brasileiro está regulamentado pela Lei de Execuções Penais (LEP nº 7.210 de 11/07/1984) e alterada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que reconhece os direitos humanos dos presos, e estabelece como ponto central a ressocialização das pessoas condenadas.

A LEP determina como deve ser executada e cumprida a pena de privação de liberdade e restrição de direitos. Contempla os conceitos tradicionais da justa reparação,

¹²⁸ PACHECO FILHO, Vilmar Velho. Direito Penal. 3 ed. Curitiba, IESDE Brasil S.A, 2009, p. 17-18.

¹²⁹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art 121. Matar alguém: § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.(Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)

¹³⁰ Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

¹³¹ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. Parte Geral e Especial. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

repreensão pelo crime que foi cometido, o caráter social preventivo da pena e a ideia da reabilitação.

O Direito Penitenciário surgiu em meados do século XVII. Contudo no Brasil a primeira legislação penal segundo Ney Moura Teles¹³², veio do direito penal português, especialmente das Ordenações Filipinas, e manteve-se vigente de 1603 até 1830, com o advento do Código do Império.

Nesse período das Ordenações das Filipinas as punições eram praticadas com severidade, com requinte de crueldade, e inexistia o princípio da reserva legal e direito de defesa, as penas eram arbitrárias, havendo inclusive: pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além da transmissão da infâmia aos descendentes do criminoso, que revelavam o grau de crueldade e desumanidade desse direito. Por exemplo dessa punição tem-se Joaquim José da Silva Xavier – Tiradentes (1746-1792), que foi enforcado em 21 de abril de 1792, sendo seu corpo esquartejado e sua cabeça decapitada erguida em um poste em Vila Rica.¹³³

Nessa seara para René Ariel. Dotti:¹³⁴

[...] foi sob a inspiração e comando daquele Direito Penal do terror que se processaram e condenaram os mártires da Inconfidência Mineira, tendo à frente Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. Sendo as penas corporais e infamantes aplicadas sob o fundamento e o pretexto de uma ideologia da salvação dos costumes sociais e religiosos ditados pelos poderosos.

Com o advento da Constituição de 1824 foram abolidas as penas de açoite, a de tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis e costumes punitivos, determinados pelas Ordenações do Reino de Portugal. Foi determinado em seu (art. 179, XIX), que as cadeias fossem “[...] seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”¹³⁵. Para Júlio Fabbrini Mirabete¹³⁶, no “[...] art. 179 já se enunciava algumas recomendações de interesse sobre a execução das penas privativas de liberdade”.

Contudo, no Código Criminal do Império de 1830, art. 60 tratava que se o acusado era escravo e que não incorresse a pena de morte ou galés, deveria receber a reprimenda de açoites e, após entregue ao seu proprietário, para que este inserisse um ferro em seu pescoço

¹³² TELES, Ney Moura. Direito Penal; Parte Geral – I. 1 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 86.

¹³³ Op. Cit., p. 98

¹³⁴ DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 47.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

pelo tempo que o juiz determinasse. Com isso apesar de extinta a tortura em 1924 para os cidadãos brasileiros ela se manteve para o negro, que só veio a conquistar a libertação e se livrar de qualquer tipo de tormento em 1888, com a extinção jurídica da escravidão, o que obrigou o constituinte a alterar parte dos dispositivos do Código Criminal de 1830, culminando com a elaboração do Código de 1890.

No entanto, antes da vigência do novo Código, 1890, o Governo Provisório do Ministro da Justiça Campos Salles editou o Decreto nº. 774 de 20 de setembro de 1890, abolindo a pena de galés, onde fixou em 30 (trinta) anos o tempo da antiga prisão perpétua e estabeleceu a prescrição das penas.

O novo Código previa as seguintes modalidades de penas privativas de liberdade, segundo René Ariel Dotti¹³⁷:

[...] o Código de 1890 criou outras medidas privativas de liberdade individual, mas de aplicação mais restrita: reclusão, para os crimes políticos, em fortalezas, praças de guerra ou presídios militares; prisão disciplinar, para menores vadios até a idade de 21 (vinte e um) anos, em estabelecimentos industriais; e prisão com trabalhos, para vadios e capoeiras, bailarinos da rasteira e do berimbau, em penitenciárias agrícolas.

O elenco de sanções abrangia também o banimento, a interdição, a suspensão e a perda de emprego público e a multa, sendo abolidas formalmente as penas de morte e prisão perpétua.

Para Fragoso *apud* Ney Moura Teles¹³⁸, o código de 1940 com o surgimento do novo Código Penal, por meio do Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro, que entrou em vigor no dia 1º/01/1942, que efetivamente incorporou um direito punitivo democrático e liberal, elegendo a privação da liberdade como pena principal, figurando a pena de reclusão e detenção para os crimes, a prisão simples para as contravenções penais, e as medidas de segurança para os considerados incapazes.

Com efeito, a década de 1980 foi marcada por inúmeros problemas no sistema penitenciário, provenientes de uma superpopulação carcerária em virtude de inúmeros mandatos de prisão, sendo que muitos deles nem puderam ser cumpridos por impossibilidade de absorver um novo contingente carcerário. Com base nesse cenário, em 1984 a parte geral que trata dos princípios básicos no Código Penal, foi integralmente reformada, consolidando um novo sistema de cumprimento de penas, como a possibilidade de progressão e regressão

¹³⁷ DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

¹³⁸ TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99.

de regimes e a possibilidade de penas alternativas, como a prestação de serviço à comunidade e a de restrição de direitos. Ainda no mesmo ano foi editada a Lei nº. 7.210/84, a chamada Lei das Execuções Penais, que reformulou ampla e positivamente a execução penal e posteriormente em 1º de dezembro de 2003, foi alterada pela Lei nº 10.792.¹³⁹

Para Júlio Fabbrini Mirabete¹⁴⁰, a finalidade da execução penal está esculpida no artigo 1º da LEP, sob duas ordens de finalidade: primeiro, trata da correta aplicação dos mandamentos existentes na sentença, servindo para reprimir e prevenir os delitos; segundo, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. Dando guarida ainda, à “Declaração Universal dos Direitos do Preso Comum”, sendo constituída através das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos e da Organização das Nações Unidas, editadas em 1958, como se verifica na disposição do art. 1º “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A reinserção social ainda segundo Júlio Fabbrini Mirabete¹⁴¹, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração.

2.2 A REFORMA PENAL DE 1984 E OS SEUS RESULTADOS - LEP

No final da década de 1980, o então ministro da justiça, instituiu uma comissão para reformar a legislação penal e processual penal, tendo como objeto de reformulação a parte geral do Código Penal de 1940. Em dezembro de 1983 o projeto teve sua votação final no plenário.

O sistema de medidas anticriminais do Direito Penal brasileiro, constituído de penas criminais e de medidas de segurança, foi o principal objeto da reforma penal de 1984, que gerou a mudança nas penas, nas medidas de segurança e nas relações entre ambas. Nessa seara o sistema penal brasileiro adota o instrumento repressivo, que se divide em três

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11 ed. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

¹⁴¹ Op. Cit., p. 27.

categorias de penas criminais art.32, I,II,III¹⁴² Código Penal: a) pena privativa de liberdade, representada pela reclusão e detenção, art. 33 CP; b) penas restritivas de direito, nas modalidades de prestação pecuniária; de perda de bens e valores; de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; de interdição temporária de direitos e de limitação de fim de semana, art. 43, I-IV CP; c) pena de multa, com quantidades entre 10 e 360 dias-multas e valores entre 01 (um) trigésimo do salário mínimo e 5 (cinco) salários mínimos por dia-multa, art. 49 e § 1º do CP.¹⁴³

Os ditames que nortearam a reforma do Código Penal em 1984 foram alicerçados: contra a pena de morte; a manutenção da prisão, que constava de pena privativa de liberdade com reclusão, para os ilícitos graves, e detenção, para os ilícitos menos graves. Quanto a pena de multa, esta deveria ser destinada ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. A perda de função pública, de cargo ou de mandato eletivo passou a ser um dos efeitos da condenação, que constam agora no art. 92 do CP. As alterações no que tange aos apenados seriam de recuperação e o tratamento, com revisão das medidas de segurança: determinando a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como também a sujeição a tratamento ambulatorial e a introdução da noção das penas restritivas de direito: prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

O projeto então foi sancionado pelo Presidente da República João Batista de Figueiredo em 11 de julho de 1984 sob a forma da lei 7.209.

Com efeito, no mesmo dia foi sancionada a Lei de Execução Penal, Lei 7.210, cujo projeto de lei da Câmara de 29 de junho de 1983 teve sua exposição de motivos escrita pelo Ministro da Justiça da época Ibrahim Abi-Ackel, que precede a Lei de Execuções Penais, denominada de Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983. Tendo como objetivo o art. 1º: “A Execução Penal tem por objeto efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

¹⁴²Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

¹⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 3 ed. Curitiba: ICPC, 2008, p. 519-520.

2.2.1 Os referenciais teóricos da reforma

Os referenciais teóricos que inspiraram a reforma do sistema penal repousam sua origem na criminologia.¹⁴⁴ Com efeito, na era iluminista, e sob o olhar da racionalidade atribuiu-se a Hugo Grotius a negação da origem divina do direito natural, dando início a um movimento liderado por Cesare Beccaria e seu grupo Voltaire, Montesquieu e Rousseau no final do séc. XVIII, que iniciava uma nova etapa da Justiça Penal denominada Escola Clássica. Baccaria embasou o Sistema Penal na legalidade pura, concluindo segundo Reale Junior¹⁴⁵ que “[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contato social”, expungindo, assim, o arbítrio do juiz. Montesquieu por seu turno defendia o direito de punir proveniente do Estado que deveria ser limitado pela lei.

Dessa forma tem-se a base da doutrina sustentada na legalidade e a liberdade e no pacto social defendido por Rousseau no “Contrato Social” que sustentava o direito de punir do Estado quando os indivíduos transgredissem as normas de condutas necessárias para a ordem social.¹⁴⁶

As idéias da Escola Clássica foram difundidas, até ingressarem na corrente filosófica do positivismo, no início do séc. XIX liderada por Augusto Comte, após a Revolução de 1789, reduzindo a tarefa do jurista ao comentário dos estudos legais. Nessa perspectiva percebe-se a desvinculação do direito positivo de suas origens jusnaturalistas, prevalecendo o formalismo jurídico. O processo de codificação, segundo a preconizada reforma penal, iniciou-se:

[...] antes da Revolução Francesa, na Toscana, Lombardia e na Austria, e consagrando-se, no direito francês, com a edição do Código Penal de 1791, elaborado por Le Peletier de Saint-Fargeau e posteriormente com o Código Penal napoleônico de 1810, que constituiu, para tantos países, um modelo.¹⁴⁷

De corrente positivista, César Lombroso desenvolve a tese da antropologia criminal, em seu livro “O Homem Delinquente”, onde defendia que o homem não comete crime por opção, mas sim por um fenômeno biológico e de natureza hereditária. A visão antropológica

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p. 43-44.

¹⁴⁵ REALE JUNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 6.

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p. 42-43.

¹⁴⁷ REALE JUNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 7.

de Lombroso seria depois ampliada por Garófalo, com acentuação dos fatores psicológicos e por Ferri os fatores sociológicos em 1905. O delito segundo a visão da Escola positiva, era reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. O sistema penal por seu turno fundamentava, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação da tipologia dos autores. Buscando assim, a explicação da criminologia na anomalia dos agentes.¹⁴⁸

A responsabilidade moral é substituída na visão de Ferri pela responsabilidade “social”. Desse modo Ferri agrega a pena todo o sistema de meios preventivos de defesa da sociedade contra o crime, pune-se o delinquente em defesa da sociedade. A pena deixa de ter caráter retributivo para servir de esteio à defesa social, podendo ser aplicada antes mesmo da prática delituosa.¹⁴⁹

Com a ocorrência da Primeira e Segunda Guerra Mundial, surgiram várias mudanças nas Escolas que ora abrandavam e ora dava tratamentos mais severos aos delituosos, surgindo novas correntes como a de Carnevale na Itália, chamada de Terceira Escola ou Positivismo Crítico, e na Alemanha à figura de Von Listz em crítica ao positivismo, luta para separar o direito penal da criminologia. Outras Escolas ainda se formaram representando o neoclassicismo, outras o neopositivismo dentre elas a Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal que teve como grande guia Vicente Manzini e Arturo Rocco, que exerceram forte influência sobre o direito penal brasileiro, que atribuía a figura do juiz somente a função de interpretar e aplicar as leis.¹⁵⁰

No entanto durante esse tempo, uma nova corrente em formação veio sedimentar a Escola da Nova Defesa Social. Para Marc Ancel¹⁵¹, a primeira acepção, hoje totalmente ultrapassada de Defesa Social consistia em proteger a sociedade do crime, através de uma repressão vigorosa das infrações cometidas. Beccaria¹⁵² considera que o indivíduo, ao entrar na sociedade, cedia seu próprio direito de defesa a essa Sociedade, reconhecendo o direito de

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p. 43-44.

¹⁴⁹ CAPELA, Fábio Bergamin. Pseudo-evolução do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>>. Acesso em: 06.04..2010, s.p.

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002, p. 44-45 .

¹⁵¹ ANGEL, Marc. A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 6-7.

¹⁵² BECCARIA, Cesar. Dos Delitos e das Penas. TRD. Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell, 2006, p. 24.

punir em nome de todos. Tratava-se, pois de uma defesa social limitada por aquilo que Bentham chamou de fundamento da pena e sua utilidade – sua necessidade.

Para os positivistas o termo “defesa social”, seria o novo objetivo que se deve atribuir a pena desde que esta não mais se constitua na retribuição de falta, segundo os princípios da responsabilidade moral. Que na visão de outros criminalistas, a defesa social, seria a doutrina na expressão de J. A. Roux *apud* Angel¹⁵³, “[...] meio de medidas de recuperação ou de proteção, a prevenir a reincidência do delinqüente”. O problema não seria, propriamente, criminal, e sim social, inserindo-se, aí, o direito criminal não como o único, instrumento de defesa social.

Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel¹⁵⁴, defensores da “Nova Defesa Social”, instituíram um movimento humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora). A finalidade das penas privativas de liberdade, quando aplicadas, segundo Cunha Luna¹⁵⁵, é: “[...] ressocializar, recuperar, reeducar ou educar o condenado, tendo uma finalidade educativa que é de natureza jurídica”. Que no entender de Ricardo Antunes Andreucci¹⁵⁶ a ideia de reeducação, sujeita o condenado ao Estado por tempo indeterminado e, portanto, ao arbítrio, motivo pelo qual os totalitarismos sempre optaram pela defesa social, e não pela retribuição. Pois o Estado democrático não pode impor ao condenado os valores predominantes na sociedade, mas apenas propô-los ao recluso, e este terá o direito de refutá-los, se entender o caso, de não conformar-se ou de recusar adaptar-se às regras fundamentais coletivas. Sendo assim, o direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, cuja ideia central de ressocialização inclui oferecer ao apenado medidas de permissão de saídas, o trabalho externo e os regimes aberto, em substância o fortalecimento das relações familiares, a fim de afastar os condenados da delinquência, na qual contempla o a Lei 7.210/84.

Nessa seara diz Reale Junior¹⁵⁷ a Exposição dos Motivos da nova lei:

[...] o condenado deixa de ser objeto de medidas terapêuticas para, mantendo os valores de sua personalidade, aceitar ou rejeitar o regime de execução que

¹⁵³ ANGEL, Marc. A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 6.

¹⁵⁴ ANGEL, Marc. A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 8.

¹⁵⁵ LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 324.

¹⁵⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Fundamentos da reforma. Fac. Dir. UFG, 5(1-21), jan/dez, 1981. Disponível em: <http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/11715/7698>. Acesso 10.02.2014.

¹⁵⁷ REALE JUNIOR, Penas e medidas de segurança no novo código. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 60.

lhe foi deferido. Na lição de Anabela Rodrigues, “a reinserção social pressupõe a liberdade e vontade do delinqüente-recluso nesse sentido. Terá sempre a liberdade de ser diferente e nunca o dever de aprender a ser igual; o máximo que se lhe pode exigir é que não pratique crimes.

Mesmo os que não acreditam no efeito ressocializador da pena como o teórico Manoel Pedro Pimentel¹⁵⁸, os mesmos não negam a necessidade de sua humanização por meio de políticas de educação e de assistência ao preso, que lhe facilite, o acesso aos meios capazes de permitir-lhe o retomo à sociedade em condições de convivência normal.

Nesse sentido o trabalho do condenado é textualmente declarado na Lei de Execução Penal art. 28 como “dever social e condição de dignidade humana” tendo “finalidade educativa e produtiva”. Nesse caso segundo Reale Junior¹⁵⁹ trata-se de uma disposição harmônica orientada “[...] para alcançar o objetivo de reinserção social.”

Desse modo para Julio Fabbrini Mirabete¹⁶⁰, a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso.

Com efeito, o sistema de medidas anticriminais do Direito Penal brasileiro constituído de penas criminais e de medidas de segurança, foi o principal objeto da reforma de 1984, cuja política penal da legislação brasileira utiliza como instrumento repressivo três categorias de penas criminais (art. 32, I, II, III CP), quais sejam: penas privativas de liberdade; penas restritivas de direito; e penas de multa.¹⁶¹

2.2.2 Pena Privativa de Liberdade

A pena privativa de liberdade consiste em duas formas: reclusão e detenção. Para Juarez Cirino dos Santos¹⁶², a pena de reclusão, refere-se a crimes mais graves, é executada

¹⁵⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 129.

¹⁵⁹ REALE JUNIOR, Penas e medidas de segurança no novo código. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 65.

¹⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei 7.210/84. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 24.

¹⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 3 ed. Curitiba: ICPC, 2008, p. 518-519.

¹⁶² Op. Cit., p.521.

nos regimes fechado (art. 33, caput, CP¹⁶³), semi-aberto e aberto. Já a detenção é considerada em crimes menos graves e é executada nos regimes semi-aberto, e aberto. A execução da pena privativa de liberdade no sistema penal, sob forma de reclusão ou de detenção, nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto, exige definição dos regimes de execução e das formas de progressão e de regressão entre os regimes de execução, que marcam a passagem do condenado pelo sistema penal, instituída pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que implantou o modelo jurisdicional de execução penal no Brasil.

Para Guilherme de Souza Nucci¹⁶⁴, o regime fechado caracteriza-se pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, a, CP),¹⁶⁵ destinando-se à pena de reclusão. As penas fixadas acima de oito anos estabelece a lei que deve ser iniciadas em regime fechado art. 33 §2º, a¹⁶⁶. Contudo nada impede aos condenados por penas inferiores, o mesmo regime fechado inicial, desde que seja respeitado o processo de individualização (art. 33, § 3º). Da mesma forma o Código Penal estabelece a obrigatoriedade de início da pena no regime fechado a todos os condenados reincidentes, mesmo que a pena fixada seja inferior a oito anos, art. 33, § 2º, b e c.

Para Juarez Cirino dos Santos¹⁶⁷, na hipótese de condenação por dois ou mais crimes, o regime respectivo é determinado pela soma ou unificação das penas, observada a detração, art. 42¹⁶⁸ Código penal, e a remissão penal art. 126 LEP¹⁶⁹, se for o caso, na superveniência de condenação no curso da execução, prevalece o critério da soma da nova pena com a pena restante, art. 111 e parágrafo único da LEP¹⁷⁰.

¹⁶³ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 270-271.

¹⁶⁵ § 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

¹⁶⁶ § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

¹⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 521.

¹⁶⁸ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁶⁹ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. § 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição. § 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

¹⁷⁰ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

A lei estabelece que o condenado ao regime fechado, fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. Tendo em vista que o trabalho é um direito do preso, segundo o inciso II do art. 41 da Lei de Execução Penal. Por essa razão, se o Estado, em virtude de sua incapacidade administrativa, não lhe fornece trabalho, não poderá o preso ser prejudicado por isso, uma vez que o trabalho gera o direito à remição da pena, fazendo com que para cada três dias de trabalho o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado. Se o Estado não está permitindo que o preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remição de sua pena. Assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivo trabalho.¹⁷¹

No caso de viabilizado o trabalho, este será cumprido dentro do estabelecimento prisional, na conformidade das aptidões ou ocupação anteriores do condenado, compatível com a execução da pena. Desse modo o trabalho externo só será permitido para presos em regime fechado se for realizado em obras públicas, por órgãos públicos da administração direta e indireta, ou em entidades privadas, desde que sejam tomadas cautelas contra a fuga e em favor da disciplina art. 36 da LEP^{172, 173}.

Como regra, a execução penal tem início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo pena privativa de liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, expedindo o juiz da condenação à guia de recolhimento (art. 105, LEP). Na hipótese de condenação por dois ou mais crimes, o regime respectivo é determinado pela soma ou unificação das penas, observando a detração e a remissão penal, se for o caso; na superveniência de condenação no curso da execução, prevalece o critério da soma da nova pena com a pena restante (art. 111¹⁷⁴ parágrafo único LEP)¹⁷⁵

O cumprimento da pena deve ser concretizado em forma progressiva, passando-se do regime mais severo (fechado) aos mais brandos (semi-aberto e aberto). A progressão deve

Parágrafo único. Sobrevida condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime lei 7.210/1984.

¹⁷¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte geral, 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 508.

¹⁷² Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

¹⁷³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte geral, 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 509.

¹⁷⁴ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevida condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

¹⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 521.

contar dois fatores fundamentais: o cumprimento de pelo menos um sexto no regime anterior (requisito objetivo) e merecimento (requisito subjetivo).¹⁷⁶

O Código Penal, pelo seu art. 33, § 2º¹⁷⁷, determina que as penas privativas de liberdade sejam executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e fixa os critérios para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena. A determinação desse regime inicial está inserida no art. 33 § 3º que “far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 CP”¹⁷⁸.¹⁷⁹

O movimento de progressão e regressão do preso através dos regimes de execução pressupõe a verificação de condições específicas e depende de decisão judicial motivada, precedida da manifestação do Ministério Público e da Defesa, art. 112¹⁸⁰ LEP.¹⁸¹

As exceções legais são concernentes ao art. 2º § 1º da Lei 8.072/90¹⁸², mas com direito ao livramento condicional. A regressão nesse caso significa a transferência do preso para

¹⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3 ed. Rio de Janeiro: RT, 2007, p. 940.

¹⁷⁷ Art. 33: § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) 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;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

¹⁷⁸ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.210, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.210, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.210, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.210, de 11.7.1984)

¹⁷⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 499.

¹⁸⁰ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

¹⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 526.

¹⁸² Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

regime de maior rigor punitivo, e pode ocorrer nas hipóteses dos art. 118, I,II, §§ 1º e 2º da LEP¹⁸³. Que na visão de Juarez Cirino dos Santos¹⁸⁴ :

[...] os regimes de execução das penas privativas de liberdade foram concebidos para cumprir várias funções: a) condicionam a recuperação de cotas de liberdade suprimida, segundo duas variáveis: o tempo de prisão como variável quantitativa e o esforço do condenado como variável qualitativa (art. 33, §2º, CP); b) reforçam a justificação da privação de liberdade sob o argumento de maior adequação aos objetivos preventivos da pena criminal; c) finalmente, revalorizam a atividade judicial, vinculando o regime inicial de execução à sentença criminal condenatória, erigida em prognóstico de ressocialização (art.33, §3º, CP).

Com efeito, determina a Lei de Execução Penal que os lugares para o cumprimento da pena nos regimes fechado sejam cumpridos em presídios, com lotação compatível com sua estrutura e finalidade, havendo o controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária art. 85 o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura finalidade da LEP¹⁸⁵.

¹⁸³ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

¹⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 526.

¹⁸⁵ Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

3 PENAS ALTERNATIVAS

As Penas restritivas de direitos e multa de acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁸⁶ são consideradas alternativas privativas de liberdade, quando expressamente previstas em lei, tendo a finalidade de evitar o cárcere de alguns criminosos, autores de infrações penais leves, afim de promover-lhe a reeducação através da restrição de direitos. Salienta-se que nem todas as penas alternativas são restritivas de direitos, como por exemplo, restritiva de liberdade condicionada como limitação de fim de semana; restritivas de direito como a proibição de frequentar determinados lugares; e, pecuniárias, tendo a multa, como espécie.

Devido a esta natureza, elas são autônomas, como espécie independente de pena, existente ao lado das penas privativas de liberdade e da pena de multa, cuja execução extingue a pena privativa de liberdade; são substitutivas, porque são aplicáveis como alternativas da pena privativa de liberdade aplicada (a única exceção é a interdição de direitos nos crimes com violação de deveres de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, em que a pena restritiva de direitos atua como autêntica pena acessória); são reversíveis, porque admitem, em determinadas hipóteses, reaplicação da pena privativa de liberdade substituída, como garantia de eficácia da pena restritiva de direitos aplicada.¹⁸⁷

3.1 ESPÉCIES DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Estas penas tem a função de substituir as penas privativas de liberdade, tendo sua origem histórica na Rússia desde 1926, período no qual os presos já realizavam trabalhos a comunidade. As penas restritivas são genéricas, porque suscetíveis de aplicação independentemente da natureza do crime ou da espécie de pena privativa de liberdade, desde que a exceção dos crimes culposos não ultrapasse quatro anos; autônomas, pois não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade, substitutivas, porque são executadas no lugar destas últimas, isolada ou cumulativamente com a multa em dias/ multa.

¹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, P.294.

¹⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 542.

Com a reforma penal de 1984 a pena restritiva de direitos, impõem obrigações, limitam direitos e reduzem a liberdade do condenado temporariamente. De acordo com Diogo Marques Machado¹⁸⁸

[...] com a reforma do Código Penal de 1984, foram introduzidas com a lei 7.209/84 as penas restritivas de direitos em nosso ordenamento jurídico pátrio, entre elas a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Essas penas são de caráter substitutivo, que a sociedade apelidou de "Penas Alternativas". Quatorze anos mais tarde, a lei 9.714/98 reformulou dispositivos do Código Penal, introduzindo mais duas penas restritivas de direitos – a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

As penas restritivas de direitos possuem tríplice caráter, art. 44, incisos e parágrafos e art. 54 CP.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁸⁸MACHADO, DiogoMarques. Penasalternativas .Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 30/10/2013.

Para Diogo Marques Machado¹⁸⁹ a pena restritiva de direitos

[...] apesar de atingir o prestígio que a pessoa em questão detém, ela visa, implicitamente, proteger a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental esculpido na Constituição Federal, que observa a necessidade de proporcionar a estas condições para uma vida digna, com destaque para o aspecto econômico.

Conforme o código penal em seu artigo 43, prevê cinco espécies de penas restritivas de direitos: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; d) interdição temporária de direitos e e) limitação de fim de semana, de acordo com Juarez Cirino dos Santos¹⁹⁰, que será objeto de estudo a seguir.

3.1.1 Prestação Pecuniária

A teor dos artigos 43, I, e 45, parágrafo 1º, do Código Penal, tem-se que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vítima ou dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de um valor fixado pelo Juiz, entre o mínimo de 1 (um) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, como reparação do dano resultante do crime (art. 45, §1º e 2º, CP).¹⁹¹

No particular, ver-se que o magistrado devera fixar tal quantia com o suporte apenas nos dados constates do processo, inexistindo previsão geral de procedimentos específicos, na mesma relação processual, para o cálculo dos prejuízos suportados pela vítima. Ao fixar o valor da prestação pecuniária, o julgador também define as condições de satisfação, o que inclui a possibilidade de parcelamento, à vista da situação financeira do réu.

Ratifica tal entendimento a decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁹²:

¹⁸⁹Idem.

¹⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 544-549.

¹⁹¹ Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

¹⁹² BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça, HC 98.820/RJ 5ª Turma, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado 27/04/2009 e publicado no DJe 18/05/2009

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS, INICIALMENTE, A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E MULTA, PELA PRÁTICA DE FURTO

DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 155, § 4o. II E IV DO CPB). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: **SERVIÇOS Á COMUNIDADE E PRESTAÇÃO** PECUNIÁRIA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL A QUO, DA FORMA TENTADA DO DELITO. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MANUTENÇÃO, TODAVIA, DO QUANTUM RELATIVO À **PRESTAÇÃO** PECUNIÁRIA E À PENA DE MULTA.

POSSIBILIDADE (PRECEDENTE DO STJ). VALORES QUE SE DESTINAM À REPARAÇÃO DO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA, COM BASE NOS ELEMENTOS COLIGIDOS NOS AUTOS. IMPROPRIEDADE DA VIA DO WRIT PARA A CONFIRMAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FORMULADAS NA IMPETRAÇÃO, QUANTO AO BAIXO NÍVEL DE RENDA DOS RÉUS (PRECEDENTE DO STJ). PENA DE MULTA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (VALOR E NÚMERO DE DIAS). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a lei, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz ao aplicá-la (...). Assim, de forma sumária, a juiz deve fixar o quantum da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime (Júlio

Fabbrini Mirabete in Código Penal Interpretado. 4a.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 353).

2. O Juiz, ao fixar o quantum para o pagamento da pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP), deve-se pautar pelo prejuízo causado à vítima consequência do ato ilícito cometido, em razão de seu caráter eminentemente reparatório ou indenizatório (HC 17.582/MS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU 04.02.02).(grifo nosso)

3. Conforme anotado no parecer ministerial, a lei não estabelece nenhuma correlação entre a diminuição da pena privativa de liberdade de liberdade.

4. A redução da pena restritiva de direitos, assim como a pena de multa, fixadas pelo Magistrado singular com base nos dados coligidos nos autos, sob alegação de que se trata de condenado de baixa renda, demandaria atividade investigatória incompatível com a estreiteza cognitiva da via do writ.

5. Tanto o número de dias-multa, como seu valor, foram fixados no mínimo legal, não havendo, portanto, como reduzi-los, sob pena de infringência ao § 1o. do art. 49 do CPB.

6. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

7. Ordem denegada.

Identificado o dono causado pelo infrator, o valor fixado será alcançado à vítima ou, em ausência, a seus dependentes. Não sendo possível, a prestação pecuniária será destinada a uma entidade pública ou privada com finalidade social.

Já em havendo a propositura de ação de reparação civil, o valor da prestação pecuniária pago será abatido daquele que vier a ser fixado no Juízo Cível.

Observa-se, ainda, que o artigo 45, parágrafo 2º, do Código Penal estabelece que, com a aceitação do beneficiário, a prestação poderá conter natureza distinta da pecuniária, tal como o oferecimento de cestas básicas, a entrega de algum tipo de produto ou alguma obrigação de fazer, exemplificativamente.

Segundo Damásio Jesus¹⁹³:

O §2º do art. 45, não apresenta caso de interpretação analógica, em que a disposição expõe um rol casuístico seguido de uma fórmula genérica (ex. : crime continuado do artigo 71 do CP), em que as hipóteses de ampliação devem ter a mesma natureza do enunciado exemplificativo. No referido parágrafo, o legislador fala em prestação de “ outra natureza”. Para nós de qualquer natureza, pecuniária a ou não. Ex.: obrigação de fazer. “de outra natureza” significa: que não tenha cunho pecuniário e mais : que não seja privativa de liberdade. Tanto que a exposição de motivos do projeto de lei n.º 2.684/96, elaborada pelo ministro da justiça Nelson Jobim , deu como exemplo os casos de mão de obra (obrigação de fazer) e doações de cestas básicas.

Como já se poderia prever, o parágrafo 2º do art. 45, do Código Penal, é alvo de críticas da doutrina nacional, pois autoriza ao julgador a imposição de uma sanção criminal que não está devida e previamente especificada, o que vai de encontro ao princípio da reserva legal, do qual desponta , entre outros, o brocardo “*nulla poena sine lege*¹⁹⁴”

3.1.2 Perda De Bens e Valores

Na forma do artigo 43, II, § 3º, do Código Penal, constitui pena restritiva de direito a perda de bens e valores, em favor do Fundo Penitenciário Nacional , cujo teto será o montante do prejuízo ou proveito decorrentes da prática do crime o que for maior.

¹⁹³ JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2000 p.148

¹⁹⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 150

A respeito da perda de valores Julio Fabbrini Mirabete¹⁹⁵ utiliza a expressão “confisco” em favor do Fundo penitenciário Nacional, para este autor, entretanto, os bens e valores devem ser destinados preferencialmente aos lesados ou ao terceiro de boa-fé, consoante o artigo 91,II, do Código Penal.

Tal dispositivo tem recebido severas críticas por parte da doutrina penal, a exemplo Cesar Roberto Bittencourt¹⁹⁶, para quem a pena de perda de bens e valores seria uma “odiosa pena de confisco”.

Por outro lado o referido autor Cesar Roberto Bittencourt¹⁹⁷, considera que, se a perda de valores prevista no artigo 43,II, do código Penal não possui sentido equivalente a perda de bens, então a disposição seria inconstitucional, já que a Carta magna de 1988 apenas prevê a perda de bens além do que tal medida poderia violar o princípio da personalidade da pena, atingindo patrimônio de cônjuges, herdeiros e sucessores.

Propõe ainda uma distinção entre o confisco - efeito, cujo objeto são os instrumentos e produtos do crime, destinados á União, nos moldes do artigo 91, II, do Código Penal, e o confisco - pena que envolve o patrimônio do condenado, nos termos do artigo 45, § 3º do mesmo diploma legal, conclui este que a reparação do prejuízo e o proveito do crime não se enquadram em nenhuma dessas espécies, servindo apenas como parâmetro para quantificação.

3.1.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas

De acordo com os ditames do artigo 43, IV, 46, *caput* do Código Penal, a prestação de serviços a comunidade ou entidade pública é espécie de pena restritiva de direito, podendo ser aplicada em caso de condenações superiores à 6 meses de privação de liberdade. Tal pena consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (artigo 46 paragrafo 1º, do Código Penal), em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (paragrafo 2º do mesmo dispositivo legal).

¹⁹⁵MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP / Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 25.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2006., São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto, Novas Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98. 3ª ed. revista rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006 p. 138.

¹⁹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto, Novas Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98. 3ª ed. revista rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006 p. 138.

Essas atividades gratuitas devem ser estipuladas de acordo com as habilidades do condenado, correspondendo uma hora de serviço a um dia de condenação, fixadas de modo não prejudicial à jornada de trabalho do condenado (parágrafo 3º), em exame a ser procedido pelo juiz da execução.

Nesse diapasão, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁸:

HABEAS CORPUS. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. CONDIÇÕES.

ENTIDADES BENEFICIÁRIAS.

1 - O Poder Judiciário não pode ser destinatário da pena de prestação pecuniária prevista no art. 45, parágrafo 1º do Código Penal.

2 - Nos termos do art. 46, parágrafo 2º, a pena de prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

3 - O horário de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade deverá ser fixado de forma a não prejudicar a atividade profissional do condenado.

4 - Ordem concedida.

Quanto ao horário das atividades atribuídas ao condenado, Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁹⁹ comentam:

[...] ao estabelecer que os serviços sejam prestados fora de horários normais da pessoa, objetiva-se não alterar a vida do apenado e nem privá-lo do seu meio de sustento e causar prejuízo a sua família, fazendo com que, ao mesmo tempo, a pessoa compreenda esse compromisso de seu tempo livre como uma contra motivação para a sua conduta futura.

De outra parte, no concernente à gratuidade das atividades exercidas pelo apenado, Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁰⁰, anotam:

Como as tarefas devem ser gratuitas, um elementar princípio ético impõe que as mesmas revertam em benefício da comunidade ou de instituições que prestam serviços aos setores mais carentes da população, e em atividades estatais ou comunitárias, ou seja, que o Estado não se beneficie patrimonialmente à custa do trabalho gratuito do apenado. A gratuidade do trabalho não contraria os princípios democráticos ou republicanos, porque não se trata de uma tarefa orientada pela finalidade de ensinar o apenado a trabalhar, nem de criar uma contra motivação ao condenado, o que não poderia ocorrer se o trabalho fosse remunerado.

¹⁹⁸ BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça, HC 17.142/PE 6ª Turma, Ministro Relator Fernando Gonçalves, julgado 20/11/2001 e publicado no DJe 04/02/2002.

¹⁹⁹ ZAFARONNI, Eugênio Raúl e PIERANGELI. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo revista dos Tribunais, 2004. p. 767-9

²⁰⁰ Idem.

3.1.4 Interdição Temporária De Direitos

A interdição temporária de direitos, pena restritiva de direito prevista nos artigos 43 V, e 47, incisos I a IV, do Código Penal, importa, de acordo o texto legal, na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e de mandado eletivo; de profissão atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, bem como na proibição de frequentar determinados lugares.

Conforme Mauricio Antonio Ribeiro Lopes²⁰¹, tal medida “é a mais significativa dentre as penas restritivas de direitos, pois se trata da única que se traduz numa limitação da capacidade jurídica do condenado, destituindo-o de um ou mais direitos”.²⁰²

No que se refere às penas restritivas de direito previstas no artigo 47, I e II, do Código Penal relativas a proibição de atividades elaborais de diversas espécies, inclusive de cargos, funções ou atividades publicas e de mandado eletivo considera-se que tais modalidades possuem um reflexo financeiro, pois “ao proibir que o sentenciado realize sua tarefa laboral, naturalmente remunerada, reduzira sensivelmente seus vencimentos”²⁰³.

Da mesma forma, comunga deste entendimento Manuel Pedro Pimentel²⁰⁴ “[...] a sanção atinge fundo os interesses econômicos do condenado, sem acarretar os males representados pelo recolhimento a prisão em curto prazo”.

Quanto a essas espécies de interdição temporária de direitos, JESUS²⁰⁵, adverte que a aplicação dessas sanções necessita de que o delito tenha sido cometido com violação dos deveres funcionais ou daqueles relativos à atividade desempenhada, o que, alias, esta previsto no artigo 56 do Código Penal²⁰⁶. Em caso da interdição atingir a profissão, ofício ou

²⁰¹ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. Penas Alternativas. In DOTTI, René Ariel ... [et al.]Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 7.714 de 22.11.1998. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1999, p 381.

²⁰² LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. Penas Alternativas. In DOTTI, René Ariel ... [et al.]Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 7.714 de 22.11.1998. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1999, p 381.

²⁰³ BITENCOURT, Cesar Roberto, Novas Penas alternativas: análise politico-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98. 3ª ed. revista rev. e atual . São Paulo: Saraiva 2006 pag 146

²⁰⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: Saraiva 2006 p.146

²⁰⁵ JESUS,

²⁰⁶ Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada

determinada atividade ressalta-se que a proibição somente se restringirá a ela, não impedindo que o condenado, possa exercer outra atividade ou até mesmo função pública.

Acerca do tema, colhe-se a seguinte decisão do tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁰⁷:

APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATOS. ADVOGADO. PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1 - O advogado que exige da vítima, seu cliente, valores mensais para fins de depósito judicial (prometendo sucesso em ação revisional de financiamento de veículo) não autorizado pelo juízo, induz a vítima em erro para obter vantagem financeira, praticando, assim, diversos estelionatos (mês a mês). 2 - A proibição do exercício da advocacia (pena substitutiva) mostra-se exacerbada no caso concreto, porque retira do réu, que é primário, o seu meio de sustento. De mais a mais, a condenação penal à pena de reclusão já surte o efeito inibidor desejado. Com base no Princípio da Razoabilidade, afasta-se tal pena por outra restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade). APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70056959976, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 04/12/2013)

Quanto à suspensão da autorização ou de habilitação para dirigir veículo para dirigir, prevista no artigo 47, III, do Código Penal, trata-se de sanção destinadas aos crimes culposos de trânsito, conforme previsto no artigo 57 do mesmo diploma legal, que recebeu fortes críticas por parte da doutrina por sua brandura, como bem observa Jorge Henrique Schaeffer Martins²⁰⁸:

Em nosso país sabidamente existe um absurdo índice de acidentes de circulação, matando-se e mutilando-se um numero muito maior de pessoas, do que em muitos conflitos bélicos. A pretensão de se aplicar não a pena prisional, mas uma apenação mais branda, que impedisse o agente de continuar a dirigir veículos automotores, sofreu críticas pela falta de rigor por muitos, assim considerada como também pela circunstancia de inexistir um controle nacional de emissão das carteiras de habilitação, oque não impedia um condenado em um determinado estado, viesse a requerer sua carteira de habilitação em outra unidade da federação.

Neste mesmo entendimento segue a jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul²⁰⁹ :

normal de trabalho. § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

²⁰⁷BRASIL,TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, Apelação Crime Nº 70056959976, 5ª Câmara Criminal. relator desembargador Francesco Conti, Julgado em 04/12/2013 e publicado no Dje 11/12/2013

²⁰⁸ MARTINS, Jorge Henrique Shaefer. Penas alternativas. 2ª Ed. amp e atual. Curitiba: Juruá, 2001, p.34

²⁰⁹BRASIL,TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, Apelação Crime Nº70051343655, 1ª Câmara Criminal. relator desembargador Júlio Cesar Finger, Julgado em 11/12/2013 e publicado DJe 18/12/2013

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ART. 302, CAPUT, C/C PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTB. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. PENA REDUZIDA. 1. O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 302, caput, c/c parágrafo único, I, da Lei 9.503/97, à pena de 04 anos e 08 meses de detenção, em regime inicial aberto, e proibição/suspensão de se obter permissão/habilitação para dirigir veículo automotor por 01 ano e 08 meses. Em recurso, alega, em síntese, que inexistem provas contundentes de que o acidente tenha sido causado por negligência, imprudência ou imperícia do acusado. Indica que o sinistro ocorreu devido às condições da pista. Alternativamente, postula a concessão do perdão judicial ao acusado, em face do profundo sofrimento do réu pela perda de sua esposa. Por fim, requer o redimensionamento da pena para o mínimo legal, aduzindo que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 são inerentes ao tipo ou presumidas como neutras, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 2. Emerge seguro dos autos que o acidente narrado na inicial foi causado por imprudência do acusado, que, ao conduzir o veículo com velocidade incompatível com a manobra que visava realizar, perdeu o controle, invadiu a contramão e colidiu com um automóvel que trafegava em sentido contrário, causando, com isso, a morte da esposa. Culpa comprovada. 3. Merece reforma a sentença no que diz respeito à pena aplicada. As circunstâncias, quando utilizadas para caracterizar a infração e não extrapolam o tipo, não ensejam aumento da pena-base. Pena reduzida. 4. Não há prova suficiente nos autos de que as consequências do delito causaram sofrimento intenso no acusado a justificar o perdão judicial, tratando-se de medida excepcional. 5. Não cabe a substituição, no caso, por ser o réu reincidente e não ser a medida recomendável e suficiente. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70051343655, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 11/12/2013)

Vale salientar, ainda, que tal interdição temporária de direito tem sido rechaçada por parte minoritária da jurisprudência, em caso do condenado ser motorista profissional o que poderia ocasionar prejuízos a seus familiares.

Nesse sentido, vejam-se exemplificadamente, alguns precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹⁰:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. Recurso defensivo. Arguição de nulidade. A ausência do auto de necropsia não macula o processo, se neste consta a certidão de óbito da vítima e a menção à sua causa mortis, atestada pelo médico que a atendeu. Prova acusatória clara e inequívoca em relação ao agir imprudente do acusado, um motorista profissional que, na direção de um caminhão, ultrapassou a motocicleta

²¹⁰BRASIL, TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, Apelação Crime Nº70003307154, 2ª Câmara Criminal. relator desembargador Antônio Carlos Netto de Mangabeira, Julgado em 27/11/2013 e publicado DJe 04/12/2013

conduzida pela vítima e determinou a sua queda. Materialidade e autoria comprovadas, absolvição vedada. Em Direito Penal, não se admite a compensação de culpas. Fato praticado antes da vigência da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos - prestação de serviços à comunidade e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo mesmo prazo da sanção substituída (01 ano e 06 meses de detenção). Acusado motorista profissional. Redução do prazo da pena restritiva de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 02 meses. Negaram provimento ao apelo. De ofício, diminuíram o prazo da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 02 meses, mantidas as demais disposições sentenciadas. Unânime. (Apelação Crime Nº 70003307154, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Netto de Mangabeira, Julgado em 27/11/2003)

Destaca-se, ainda, que as penas restritivas de direitos de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e de mandado eletivo, e da suspensão da autorização ou de habilitação para dirigir veículo não se confundem os efeitos específicos da condenação previstos no artigo 92, I e III, do código Penal.

No que tange à proibição de frequentar determinados lugares, com previsão no artigo 47, inciso IV, do Código Penal, trata-se de sanção que deve ser aplicada em consideração ao local em que cometido o crime, a exemplo de bares, estádios, estádios hospitais entre outros, devendo o magistrado especificá-lo na sentença condenatória²¹¹.

Acerca da matéria, vale conferir ainda a lição de Cesar Roberto Bittencourt²¹², pela sua percuente análise:

Precisa-se ter presente que, para se justificar a proibição de frequentar determinados lugares, é indispensável que exista em tese, uma relação de influência criminógena com o lugar em que a infração penal foi cometida e a personalidade ou conduta do apenas e que, por essa razão pretende-se proibir a frequência do infrator beneficiário da alternativa a pena privativa de liberdade.

Na verdade, essa proibição pressupõe que lugar determinado exerceu ou possa exercer alguma relação ou influencia criminógena sobre o infrator. Por tanto não será qualquer lugar em que uma infração foi cometida que poderá ser objeto dessa sanção proibitiva, mas será fundamental que o lugar não tenha sido meramente ocasional, circunstancial ou acidente na ocorrência do fato delituoso.

Da mesma forma não será qualquer infração penal que poderá sofrer essa espécie de sanção mas somente aquela que por algum motivo, possa ter alguma relação com o local em que acabou sendo praticada. Finalmente não

²¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 3ª Ed. São Paulo :saraiva, 2000 p.127

²¹² BITENCOURT, Cesar Roberto, Novas Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98. 3ª ed. revista rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006 pag 146.

será qualquer infrator que poderá receber essa indigitada sanção como é o caso do criminoso ocasional, para quem o lugar do crime será meramente um detalhe accidental sem qualquer influencia criminógena na formação socialização ou ressocialização do infrator.

Como se vê, a proibição de frequentar determinados lugares é de aplicação restrita, devendo considerar o lugar e o local do crime cometido além das características do infrator, que possibilita o exame pelo magistrado da existência ou não de influência criminógena do local sobre o condenado.

No tocante a pena restritiva de direito de interdição temporária de direito, cumpre salientar que, a imagem do que ocorre com a pena de prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, a duração da pena deve corresponder ao tempo fixado da pena privativa de liberdade substituída, a teor do artigo 55 do Código Penal.

3.1.5 Limitação de Fim de Semana

Prevista nos artigos 43 VI e 48 *caput* e parágrafo único, do Código Penal a pena restritiva de fim de semana consiste na imposição de obrigação ao condenado de permanecer aos sábados e domingos, por 5(cinco) horas diárias, em casa de abrigo ou em outro estabelecimento adequado, em que poderá participar de cursos e atividades educativas além de assistir tarefas.

Conforme discorre Eduardo Roberto Del-Campo²¹³:

[...] A limitação de fim de semana corresponde a uma espécie de prisão descontínua ou interrompida, onde o sentenciado cumpre as penas nos dias de descanso ou lazer mantendo convívio com sua família com estudos e suas atividades habituais.

O principal fundamente de prisão descontínua baseia-se em evitar o efeito maléfico que o encarceramento produz sobre o preso, que afasta o caráter ressocializador e preventivo da pena e acaba por estimular a criminalidade (fator criminógeno). Além disso, mantendo o preso em contato com seu meio, evita que os efeitos sobre a condenação caiam sobre a família do condenado acabam por sofrer ainda que por indiretamente os efeitos da reprimenda condenatória.

²¹³ CAMPO, Eduardo Roberto A. Del. Considerações sobre a Lei n. 9.714, de 25-11-1998. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 76

Embora apenas a permanência do condenado nas casas de albergue ou em outros estabelecimentos adequados, os cursos atividades educativas e palestras apesar do oferecimento facultativo são fundamentais para a concretização do papel ressocializador da pena, garantindo sentido a aplicação da pena em discussão, o que passa necessariamente pela estruturação das casas de albergue. Em meados da década de 1980, Francolino Neto²¹⁴, já nos advertia

A permanência constitui norma obrigatória. Entretanto, ministrado cursos e tarefas ao condenado ou atribuírem-se-lhe atividades educativas é simples faculdade. O verbo poder comanda a ação quando deveria a ação ser comandada por força do verbo dever, evitando-se que o condenado compareça à caba do albergado, e, ali que dar-se nos mais insípidos ou corruptores lazeres prejudiciais ao interesse do sistema criminal.

[...].

Como obrigação decorrente da adoção da pena delimitação de fim de semana, urge serem edificadas casas do albergado, atendendo ao disposto no artigo 95 da citada Lei 7.2/84²¹⁵. Além disto, as comarcas devem cuidar com urgência da formação do conselho da comunidade, exigência também da referida lei de execução penal em seu artigo 80²¹⁶; e conseqüentemente formação de pessoal técnico, suficientemente capacidade a ministrar cursos, proferir palestrar, etc, para que assim impeça o congestionamento do sistema penal.

Nesse sentido o juízo da execução cientificará o condenado, o local de cumprimento da pena, art. 151 da LEP²¹⁷, bem como o estabelecimento designado para o cumprimento da pena se responsabilizará em emitir relatórios mensais, comunicando a ausência ou faltas disciplinares art. 153 da LEP²¹⁸.

²¹⁴ NETO, Francolino. *Penas Restritivas de Direito Na Reforma Penal artigos 43 a 48 da Lei n. 7.209/84*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 14.

²¹⁵ Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

²¹⁶ Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

²¹⁷ Art. 151. Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento

²¹⁸ Art. 153. O estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado.

3.2 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO PARA AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Temos três requisitos objetivos e um subjetivo decomposto em vários itens vide artigo 44 do código penal²¹⁹. No que tange a duração da pena aplicada, a restrição de um teto de quatro anos somente se dá no tocante aos crimes dolosos, os culposos por sua vez não possuem limites.

Não pode caber exceções não criadas por leis, tal disposição engessa o poder jurisdicional do juiz uma vez que esta discorrido em lei. Só estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. Em regra não cabe a substituição de pena de liberdade por restritiva de direitos, por falta do requisito objetivo: a pena é superior a quatro anos ou o delito é cometido com emprego de violência ou grave ameaça a pessoa.

3.3 Pena de Multa

Pena de Multa é uma sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei que se destina ao Fundo Penitenciário.

Conforme a Secretaria de Justiça, não questionado pela União, entende-se que a Lei Complementar Federal 79/94 preceitua em seu artigo 2º, V, ao criar o Fundo Penitenciário

²¹⁹Art. 44. 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 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
 § 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.

Nacional, constituindo-se através de recursos oriundos das multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com transito em julgado. Todavia não há conferência exclusiva ao Fundo Penitenciário Nacional como sendo destinatário único das multas criminais aplicadas até então. Afinal, a matéria vincula-se também ao direito penitenciário, proporcionando a Constituição competência concorrente para legislar sobre o assunto tanto a União quanto aos Estados e ao Distrito Federal²²⁰.

Em síntese o que se vislumbra é a possibilidade de a União e os Estados legislarem, concorrentemente sobre o direito penitenciário, matéria que versa sobre a destinação do valor da multa, de forma que a mera criação do fundo penitenciário nacional não faz destinar todas as penas pecuniárias para os cofres da união, sendo indisponível que haja expressa previsão legal para isso se dar, como ocorre na lei de Tóxicos²²¹.

A individualização da Pena Pecuniária deve obedecer ao critério bifásico: a) firma-se o numero de dias-multa (mínimo de 10 máximo de 360), valendo-se das circunstancias do artigo 59 do Código Penal; b) estabelece-se o valor do dia multa (piso de 1/30 do salário mínimo e teto de 5(cinco) vezes esse salário), conforme a situação econômica do réu.

Portanto, em regra e exemplificando um réu com maus antecedentes e péssima conduta social de personalidade agressiva e cruel que tenha praticado um crime com requinte de perversidade, merece uma multa compatível com a sua pena privativa de liberdade, caso o juiz fixe uma pena de 7(sete) anos de reclusão, poderá estabelecer uma multa de 50 ou mais dias-multa. Em seguida, verificando que a situação do acusado é precária pode este determinar o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia. Por outro lado caso haja um réu com bons antecedentes, e sem qualquer uma outra circunstancia desfavorável mencionada no artigo 59 do Código Penal, recebendo pena privativa de liberdade de no mínimo 4 anos no caso de roubo-, merece receber apenas 10(dez) dias-multa.

Verificando-se que sua situação financeira encontra-se a cima da media poderá ter o valor de cada dia estabelecido em mais de um salário mínimo²²².

Para fixação da Pena de Multa, o critério norteador e prioritário é, como determina a lei, a situação econômica do réu vide conforme discorre o artigo 60, *caput*, e § 1 do código penal: *Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação*

²²⁰Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

²²¹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2 ed. ver. atual e ampli. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006, p.410

²²²COSTA, Tailson Pires. Penas Alternativas reeducação adequada ou estímulo a impunidade. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.80

econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo

Isto quer dizer que a multa deve obedecer ao critério bifásico mencionado e, excepcionalmente, quando se notar que é insuficiente para ajustar-se com harmonia a situação do acusado, pode o juiz deixar de observá-lo. Pode haver exceção ao critério do dia-multa, desde que estabelecidas expressamente em lei. Exemplo artigo 244 do Código Penal que é o abandono matéria que fixa a pena em salário mínimo “detenção de um a quatro anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país”.

A quantidade de dias-multa: varia entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, conforme art. 59, CP²²³, circunstâncias legais inculpidas nos art. 61, 62 e 65, CP e causas especiais de aumento ou de diminuição de pena que compõem o processo trifásico de aplicação da pena.²²⁴

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003); i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

Segundo Gilberto Thums²²⁵, o juiz deverá analisar conjuntamente o art. 62 e 65 e optar se aumenta, diminui ou mantém a pena no patamar fixado na pena-base do art. 59.

²²³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 551.

²²⁵ THUMS, Gilberto. Código Penal anotado: abordagem objetiva. Porto Alegre: Sapiens, 2010, p. 75.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou

A execução da pena de multa ocorre pelo pagamento respectivo, realizável no prazo de 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, art. 50, CP²²⁶, podendo ser feita em parcelas mensais. Bem como poderá ser descontado sobre os vencimentos salariais do condenado, se a pena de multa é aplicada isoladamente, ou cumulativamente com pena restritiva de direitos ou com pena privativa de liberdade suspensa condicionalmente, art. 50 § 1º e alíneas a, b, c, CP²²⁷. O desconto por derradeira será limitado em face as necessidade de recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família, art. 50 § 2º CP²²⁸.

²²⁶Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. O requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²²⁷ § 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) aplicada isoladamente;
b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
c) concedida a suspensão condicional da pena.

²²⁸ § 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Já na hipótese de aplicação cumulativa com pena privativa de liberdade não suspensa condicionalmente, cabendo ao juiz determinar o desconto proporcional sobre os salários do condenado, art. 170²²⁹ da LEP.²³⁰

Para Fernando Galvão²³¹, o julgador ao estipular o valor do dia-multa tem por escopo: “[...] ajustar a pena às condições econômicas do condenado, de modo que a reprimenda tenha caráter retributivo, qualquer que seja a condição econômica do agente”.

A aplicação da pena de multa segundo Juarez Cirino dos Santos²³², determina a quantidade de dias-multa, e o valor do dia-multa, definido conforme a capacidade econômico-financeira do autor. Com efeito, a pena de multa é o produto aritmético da multiplicação da quantidade de dias-multa, art. 49, CP²³³ e pelo valor do dia-multa, art. 49, §1º, CP²³⁴, atualizável pelos índices de correção monetária, na época da execução, art. 49, §2º, CP²³⁵.

Há quem sustente ser inconstitucional o estabelecimento de sanção penal valendo-se do salário mínimo como base do cálculo pois, o artigo 7º, IV, da Constituição teria vedado a sua vinculação para qualquer fim entretanto, essa não é a posição majoritária da doutrina. É nítida a finalidade do artigo 7º se o salário mínimo é nacionalmente unificado e deve atender as necessidades básicas de quem o recebe além de dever ser ajustado com periodicidade para lhe preservar o poder aquisitivo, é certo que a vedação para vinculá-lo a qualquer fim tem o objetivo de impedir a sua utilização como índice econômico. Conforme Vicente Greco Filho²³⁶ “[...] se pensarmos em dia-multa, queremos, vincular o valor da pena à um período salarial ou de trabalho do acusado, de modo que a sanção corresponda não apenas a uma quantidade de dinheiro mas também uma parcela de esforço pessoal do réu”.

²²⁹ Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168).

§ 1º Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo.

§ 2º Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena.

²³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 552-553.

²³¹ GALVÃO, Fernando A. N. Aplicação da Pena. Belo Horizonte : Del Rey , 1995, p. 98.

²³² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008, p. 551.

²³³ Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²³⁴ § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²³⁵ § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²³⁶ GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 73

Quanto à atualização monetária da multa, a quem defenda ser inconstitucional a incidência de correção monetária sobre a pena de multa, pois isto seria equivalente a estabelecer uma pena indeterminada ferindo assim o princípio da legalidade, sendo assim o réu na ocasião da prolação da sentença não saberia, o *quantum* a que estaria obrigado a pagar. Também alega-se *bis in idem*, uma vez que o salário mínimo é variável e a correção também, sendo assim uma atualização da atualização. Tal entendimento é minoritário na doutrina uma vez que o salário mínimo é o vigente a época do fato criminoso sendo assim não há atualização da atualização, descaracterizando o *bis in idem*, pois ocorre uma única atualização monetária a partir da data do fato em diante, não variando, ao mesmo tempo o salário mínimo e a correção monetária.

O §1º do artigo 49 do código Penal estabelece com base no salário mínimo levando em conta o salário vigente a época do fato, sendo assim é perfeitamente natural que se atualize a multa, para que ela não decresça seu montante ligado a valorização da moeda.

Com a modificação do artigo 51 do Código Penal feita pela lei 9.268/96 passou-se a considerar a multa uma dívida de valor, aplicando-se assim normas relativas a dívida da fazenda pública.

O intuito era pretender evitar a conversão da multa em prisão, que anteriormente era possível, não se deve com isso imaginar que a multa transfigurou-se perdendo sua identidade, ainda possui em sua natureza o caráter de sanção penal e não civil. Tanto assim que ocorrendo a morte do agente a cobrança da multa não é repassada aos herdeiros respeitando o desposto constitucional que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, (artigo 5º XLV, CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal é regulador social, tendo origem como direito carrasco, vingativo, extremamente violento até chegar num Direito Penal onde, salvo em caso de guerra, a pena máxima é a perda da liberdade, no caso do Brasil, na medida em que tipifica determinadas condutas consideradas como crime, pela sociedade, é imposto uma sanção ao infrator conforme a relevância do bem jurídico a ser protegido e do entendimento do legislador, que assim tipificou no código penal. Assim, o direito penal exerce o papel de ordenador social, aplicando a sanção ao infrator, prestando assim a segurança social, que tem caráter retributivo e preventivo, muitas vezes o bem jurídico protegido é a vida, o patrimônio, entre outros.

Não se questiona o Direito Penal como forma de controle social, pois é de fato a forma mais importante de controle social, atualmente, em virtude de não termos legisladores dignos, capazes de fazer um sistema penal e de aplicação penal condizente com a atual realidade brasileira.

O presente trabalho teve como objetivo principal a questão da análise da Aplicação das Penas Restritivas de Direitos em face da pena privativa de liberdade, e, como sendo um meio de reeducação e reinserção social do apenado, mostrando uma contribuição direta para a diminuição da superlotação carcerário do sistema, evitando o aumento da criminalidade e recrutamento das organizações criminosas através do convívio prisional.

Nesse interim cabem perfeitamente as palavras do ilustre Cesare Beccaria que versou que “a prevenção depende mais da certeza da punição que da medida de sua intensidade”. Após analisar as palavras de Cesare Beccaria é possível perceber que o atual sistema prisional é falho, um direito penal ineficaz, inoperante, o que afronta a dignidade da pessoa humana e descaso com a sociedade.

O atual sistema penitenciário visa garantir aos cidadãos, que os indivíduos que infringem a lei passem por sanções em estabelecimento digno, tendo a oportunidade de educar-se e ressocializar-se novamente, uma vez que ao praticar o delito, não se faz notar uma

educação aceitável para um convívio social harmônico. Contudo, no Brasil há um sistema penitenciário falido, que submete o apenado a condições desumanas, tendo que viver em cela que ferem a dignidade de qualquer ser humano, além de serem superlotadas, dividindo-se esse espaço com apenados de graus de periculosidades infinitamente maiores, sendo essas prisões um local de aperfeiçoamento do crime, ou muitas vezes o local é responsável pela mágoa do apenado estar pior do que quando ali chegou, devido aos grandes sofrimentos, humilhações de todos os tipos acabam criando um animal ao invés de ressocializar ou educar o apenado. A punição tem rigor, entretanto não tem reeducação, ocasionando a revolta do indivíduo fazendo com que ele tenha um retorno violento na sociedade. Essa ressocialização do apenado, não se pode condenar o réu a uma pena altíssima sem esquecer em algum dia, por mais demorado que pareça ser, ele irá retornar ao convívio social, diante disto temos que dar subsídios para que esse apenado tenha condições de ter um retorno digno ao convívio social, e nos casos em que o apenado nunca sequer teve educação, devemos educá-lo e caso sua educação seja péssima devemos reeducá-lo, ressocializa-lo.

A pena de prisão deve ser a *ultima ratio* da aplicação *ad* lei penal, pois conforme analisado neste trabalho, as penas alternativas são mais eficazes e condizentes com os dias atuais, não para todos os crimes, mas sim para os quais as mesmas estão enquadradas. Com a reforma penal de 1984 a pena restritiva de direitos, impõem obrigações, limitam direitos e reduzem a liberdade do condenado temporariamente, conforme disposto no artigo 44 do CP.

Uma das soluções imediatas, e até o presente momento a mais plausível em todos sentidos, pode ser encontrada na Legislação Criminal. Trata-se da aplicação das Penas Alternativas ao invés de Penas Privativas de Liberdade, esta é uma sanção penal autônoma e substitutiva, já que a pena restritiva de direitos proporciona ao apenado uma oportunidade de continuar uma convivência social, ter convívio familiar, não tendo que deixar o trabalho, sendo ainda uma forma de prevenção do aumento da criminalidade e redução da reincidência; uma vez que a pena privativa de liberdade restringe o direito à liberdade do apenado, fora o ônus de carregar o estigma de ex-presidiário, que dificulta veementemente a ressocialização e aumenta o índice de reincidência, muito também em virtude da discriminação sofrida por carregar este estigma.

A falta de controle jurídico, social, penitenciário pode ocasionar problemas de reincidência, e isso é perigoso, pois leva a ineficiência de todo o sistema, torna-se algo banalizado ao invés de retributivo e preventivo, tanto por parte do apenado que acaba sendo encorajado a cometer mais delitos em virtude do abrandamento do sistema penal pela sociedade que não tolera mais impunidade e abrandamento com a criminalidade .

Diante de tudo que foi exposto ao longo do trabalho, ressalta-se que as Penas Alternativas são um instrumento que contribua para a impunidade frente a criminalidade. O público atingido pelas penas alternativas, em virtude de seus pré-requisitos impostos pelo Código penal é um público que comete delitos de natureza mais leve, frente à criminalidade existente no país, são delitos muitas vezes culposos e delitos não tão graves, pois são com penas inferiores a quatro anos de prisão, este público certamente sairia muito pior do sistema penitenciário do que após o cumprimento das penas alternativas, que também é um meio de desafogar o cárcere existente no Brasil.

Podendo-se concluir, que o Brasil não precisa de um sistema Penal mais rígido, mas sim de uma política social mais forte, educando, socializando e também punindo, mas ao mesmo tempo que ofereça oportunidades reais de uma vida mais digna para aos apenados.

REFERENCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Fundamentos da reforma**. Fac. Dir. UFG, 5(1-21), jan/dez, 1981. Disponível em: <http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/11715/7698>. Acesso 10.02.2014.

ANGEL, Marc. **A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista**. Belo Horizonte: ed. Forense, 1979.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. TRD. Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell, 2006.

BITENCOURT, Cesar Roberto, **Novas Penas alternativas**: análise politico-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98. 3ª ed. revista rev. e atual . São Paulo: Saraiva 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte geral. São Paulo, Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1998.** VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Penal.** VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2013.

BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça, **HC 98.820/RJ** 5ª Turma , Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado 27/04/2009 e publicado no DJe 18/05/2009

BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça, **HC 17.142/PE** 6ª Turma ,Ministro Relator Fernando Gonçalves, julgado 20/11/2001 e publicado no DJe 04/02/2002.

BRASIL,TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, **Apelação Crime Nº 70056959976**, 5ª Câmara Criminal. relator desembargador Francesco Conti, Julgado em 04/12/2013 e publicado no Dje 11/12/2013

BRASIL,TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, **Apelação Crime Nº70051343655**, 1ª Câmara Criminal. relator desembargador Julio Cesar Finger, Julgado em 11/12/2013 e publicado DJe 18/12/2013

BRASIL,TJRS – Tribunal de Justiça do estado do rio Grande do Sul, **Apelação Crime Nº70003307154**, 2ª Câmara Criminal. relator desembargador Antônio Carlos Netto de Mangabeira, Julgado em 27/11/2013 e publicado DJe 04/12/2013.

CAMPO, Eduardo Roberto A.Del. **Considerações sobre a Lei n. 9.714, de 25-11-1998.**São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. 2013, p. 9. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_06/anexos/a_evolucao_historica_da_pena.pdf. Acesso 12.04.2013.

CAPELA, Fábio Bergamin. **Pseudo-evolução do Direito Penal** .Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>>. Acesso em: 06.04..2010, s.p.

COSTA, Tailson Pires. **Penas Alternativas reeducação adequada ou estímulo a impunidade**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1977.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALVÃO, Fernando A. N. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte : Del Rey , 1995

.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter vingativo da pena**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de Direito Penal. Parte Geral e Especial**. São Paulo: Atlas, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714**, de 25 de novembro de 1998.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Penas Alternativas**. In DOTTI, René Ariel ... [et al.] **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 7.714 de 22.11.1998**.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MACHADO, Diogo Marques. **Penas alternativas** .Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 30/10/2013.

MACHADO, Diogo Marques. **Penas alternativas** .Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>>. Acesso em: 30/10/2013.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

.

MARTINS, Jorge Henrique Shaefer. **Penas alternativas**. 2ª Ed. amp e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei 7.210/84**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP / Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 25.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2006., São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007

NETO, Francolino. **Penas Restritivas de Direito Na Reforma Penal** artigos 43 a 48 da Lei n. 7.209/84. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. ver. atual e ampli. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5.^a edição. São Paulo 2008.

PACHECO FILHO, Vilmar Velho. **Direito Penal**. 3 ed. Curitiba, IESDE Brasil S.A, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983

REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REALE JUNIOR, **Penas e medidas de segurança no novo código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; LúmenJúris, 2008.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal; Parte Geral – I.1** ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

THUMS, Gilberto. **Código Penal anotado: abordagem objetiva**. Porto Alegre: Sapiens, 2010.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito.** 4 ed. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

ZAFARONNI, Eugênio Raúl e PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. Volume 1. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.