



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**CECILIANA AMORIM BARROS SOUSA**

**FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DAS PENAS ALTERNATIVAS**

**Campina Grande – PB**

**2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**CECILIANA AMORIM BARROS SOUSA**

**FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DAS PENAS ALTERNATIVAS**

*Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à coordenação do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.*

**Orientador (a):** Prof<sup>a</sup>. Eps. Gleick Meira Oliveira Dantas.

**Campina Grande – PB**

**2011**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S725f      Sousa, Ceciliana Amorim Barros.  
              Função Ressocializadora das Penas Alternativas  
              [manuscrito] / Ceciliana Amorim Barros Sousa.– 2011.  
              78 f.  
              Digitado.  
              Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em  
              Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de  
              Ciências Jurídicas, 2011.  
              “Orientação: Profa. Esp. Gleick Meira Oliveira Dantas,  
              Departamento de Direito Público”.

              1. Direito penal. 2. Ressocialização de presos. 3.  
              Sistema Carcerário. 4. Pena Alternativa. I. Título.

21. ed. CDD 345

**CECILIANA AMORIM BARROS SOUSA**

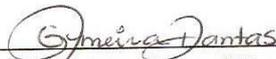
**FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DAS PENAS ALTERNATIVAS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à coordenação do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 23 / 11 / 2011

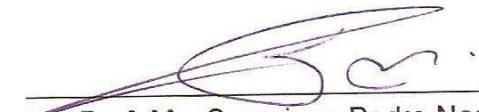
Nota: 10,00 ( dez vírgula zero )

**BANCA EXAMINADORA**



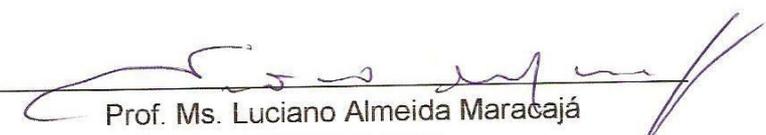
Profª. Esp. Gleick Meira Oliveira Dantas

**ORIENTADORA**



Prof. Ms. Severiano Pedro Nascimento Filho

**EXAMINADOR**



Prof. Ms. Luciano Almeida Maracajá

**EXAMINADOR**

## **Agradecimentos**

Agradeço primeiramente a Deus, a essência da minha vida, que pela intercessão gloriosa de Maria Santíssima, ilumina meus passos e acalma meu coração nos desafios que a vida me impõe.

Agradeço a meus pais, Edival e Gilvanise, por se sacrificarem tanto para dar sempre o melhor aos seus filhos; aos meus irmãos, Severino, Geminiano e Ana Isabel, pelo apoio e carinho constantes; e aos meus sobrinhos, Maria Cecília, Maria Luísa, Manoel Pedro e Maria Eduarda, pois, ainda que não saibam, me ajudaram muito a vencer as dificuldades enfrentadas durante o curso. Sempre amarei vocês.

Agradeço à minha orientadora, professora Gleick, por aceitar-me como orientanda, mesmo não prestando mais serviços para esta instituição e pela paciência que teve comigo durante a realização do trabalho. Obrigada mesmo!!

Gostaria de citar vários nomes de pessoas que mudaram minha vida na Universidade, mas, com receio de ser traída pela memória, faço um agradecimento geral a todos que conviveram e convivem comigo nos corredores e salas de aula do CCJ (professores, funcionários e colegas) pelos momentos de descontração, pelas risadas e pela carga horária extensa de conversas e brincadeiras, que, com certeza, vão deixar muita saudade. Adoro vocês!

## RESUMO

Este trabalho tem como tema “Função ressocializadora das penas alternativas”. Trata da eficácia das penas alternativas no processo de ressocialização dos apenados. Para a elaboração deste trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, artigos publicados acerca da temática, monografias, bem como legislação nacional e jurisprudência dos tribunais pátrios. O trabalho compõe-se de quatro capítulos, no qual o primeiro traz um breve histórico acerca do surgimento das penas e do direito de punir do Estado. Em seguida, no segundo capítulo são apresentadas as modalidades de pena previstas no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se cada uma de forma um pouco resumida. Após tem-se no capítulo terceiro uma contextualização da aplicação da pena privativa de liberdade, apresentado a realidade do sistema carcerário brasileiro, bem como os elementos que contribuíram para a falência do mesmo. No último capítulo é analisada as penas alternativas como sendo a nova realidade no processo penal brasileiro, concernente à aplicação da pena definitiva. Aborda-se desde seu surgimento até as vantagens de sua aplicação em relação às penas privativas de liberdade. Por fim, chega-se à conclusão de que a aplicação das penas alternativas, obedecendo os requisitos legais, contribui com mais eficácia para a realização da função ressocializadora da pena em sentido amplo.

**Palavras-Chave:** Pena Alternativa. Ressocialização. Sistema Carcerário.

## **ABSTRACT**

This paper presents the theme: The re-socializing function of alternative penalties. It concerns the effectiveness of alternative penalties in the prisoners' re-socialization process. For the elaboration of this paper it was used bibliographic research, national and foreign authors, as well as national legislation and legal precedents. This paper contains four chapters, in which the first one begins with a brief historical analyze about the emergence of penalties and the State's right of punishment. Consequently, in the second one the kinds of penalties adopted in the Brazilian legal system are presented, analyzing each one briefly. Afterwards, in the third chapter the deprivation of liberty's penalty enforcement is contextualized, presenting the reality of the Brazilian penitentiary system, as well as the factors that have contributed to its failure. In the last chapter there is an analysis of the alternative penalties as being the newest reality in Brazilian's criminal case. In the end, it is concluded that the enforcement of alternative penalties, obeying the legal prerequisites, contributes effectively to accomplish the re-socializing function of penalty in general.

**Key-Words:** Alternative Penalty. Re-socialization. Penitentiary System.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>I – DAS PENAS.....</b>	<b>11</b>
1.1 – HISTÓRIA DA PENA.....	11
1.2 – EVOLUÇÃO DA PENA.....	14
<b>1.2.1 – Período da vingança.....</b>	<b>14</b>
1.2.1.1 – Vingança privada.....	15
1.2.1.2 – Vingança divina.....	16
1.2.1.3 – Vingança pública.....	18
<b>1.2.2 – Período humanitário.....</b>	<b>20</b>
<b>1.2.3 – Período científico ou criminológico.....</b>	<b>22</b>
<b>II – DAS PENAS APLICADAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>24</b>
2.1 – TEORIAS DA PENA.....	24
<b>2.1.1 – Teoria absoluta ou retributiva da pena.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.2 – Teoria relativa ou preventiva da pena.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.3 – Teoria mista ou unificadora da pena.....</b>	<b>27</b>
2.2 – PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	28
<b>2.2.1 – Regime fechado.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.2 – Regime semiaberto.....</b>	<b>31</b>
<b>2.2.3 – Regime aberto.....</b>	<b>32</b>
<b>2.2.4 – Considerações sobre a progressão e regressão de regime.....</b>	<b>33</b>
<b>2.2.5 – Remição e detração da pena.....</b>	<b>34</b>
2.3 – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.....	36
<b>2.3.1 – Prestação pecuniária.....</b>	<b>39</b>
<b>2.3.2 – Perda de bens e valores.....</b>	<b>40</b>
<b>2.3.3 – Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.....</b>	<b>41</b>
<b>2.3.4 – Interdição temporária de direitos.....</b>	<b>42</b>
2.3.4.1 – Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, CP).....	43

2.3.4.2 – Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, CP).....	44
2.3.4.3 – Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III, CP).....	44
2.3.4.4 – Proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV, CP).....	45
<b>2.3.5 – Limitação de fim de semana.....</b>	<b>46</b>
<b>2.4 – PENA DE MULTA.....</b>	<b>46</b>
<b>III – DA FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....</b>	<b>50</b>
3.1 – COMO SURTIU O SISTEMA CARCERÁRIO.....	50
<b>3.1.1 – Sistema pensilvânico ou celular.....</b>	<b>52</b>
<b>3.1.2 – Sistema auburniano.....</b>	<b>54</b>
<b>3.1.3 – Sistema progressivo.....</b>	<b>56</b>
3.2 – AS FINALIDADES, DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP).....	58
3.3 – A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL.....	59
3.4 – ELEMENTOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A DEGRADAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	62
<b>IV – PENAS ALTERNATIVAS: A NOVA REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>64</b>
4.1 – SURGIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	65
4.2 – FINALIDADES DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	67
4.3 – CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS.....	69
4.4 – VANTAGENS DAS PENAS ALTERNATIVAS EM RELAÇÃO ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	71
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista a situação na qual se encontra o sistema carcerário brasileiro, desprovido de condições estruturais e humanas a fim de proporcionar aos apenados a oportunidade de se ressocializarem, a punição estatal acaba por tornar o apenado um ser cada vez mais perigoso para a sociedade, pois o sistema atual não ressocializa, mas dessocializa o ser humano.

A nossa Constituição Federal traz como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Além disso, o art. 5º, inciso XLIX, assegura a todos os presos o respeito à integridade física e moral. Desta forma, ao visualizar o texto constitucional e a realidade vivenciada nas prisões brasileiras, percebe-se claramente que o sistema prisional não condiz com os princípios emanados da Carta Magna. Conseqüentemente há uma insegurança jurídica na seara prisional, uma vez que não se cumpre os dispositivos constantes na Constituição e também nos tratados internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>1</sup>, a Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>2</sup>, dentre outros.

Levando-se em consideração as penas aplicadas hodiernamente no país, quais sejam, as penas privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa, prevista na Constituição Federal e no Código Penal, e verificando-se a falência do sistema penitenciário em cumprir com as finalidades precípuas da pena, estruturalmente estabelecidas na Lei das Execuções Penais, sobretudo a viabilidade da ressocialização do preso, verifica-se a necessidade de mudar o padrão de cumprimento das penas no país, adotando-se com mais frequência a pena restritiva de direitos, sendo esta hoje uma pena alternativa à pena privativa de liberdade.

Sendo assim, este trabalho tem como escopo estudar o sistema penal brasileiro, as modalidades de pena previstas no ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, verificar se as penas, especialmente a pena privativa de liberdade, por ser a mais aplicada, atingem as finalidades para as quais foram criadas, sobretudo a finalidade ressocializadora, ou seja, de recuperar socialmente o delinquente, fazendo com que este, ao deixar o cárcere, não volte mais a cometer delitos.

---

<sup>1</sup> Ver Decreto n° 678/92, art. 5º, item 2: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

<sup>2</sup> Ver art. 5º, DUDH: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

O trabalho está dividido em quatro capítulos, onde se faz uma abordagem histórica das penas, a evolução na sua forma de aplicação, da mesma forma se faz um estudo das penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se de forma exaustiva cada modalidade de pena, logo após se tem um breve estudo sobre a realidade vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro e os motivos que ensejaram a falência do mesmo e, por fim, se faz um estudo acerca das penas alternativas, ao mesmo tempo em que se analisa a mesma como sendo ou não eficaz no processo de ressocialização dos apenados.

Utilizou-se neste trabalho o método indutivo, no qual parte-se de premissas para uma conclusão geral que provavelmente será verdadeira, ou seja, “partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas.”<sup>3</sup> Sendo assim, tem-se uma análise da realidade carcerária do país, atrelada à aplicação constante da pena privativa de liberdade, bem como da possibilidade de se aplicar mais frequentemente as penas alternativas à privação de liberdade, podendo acarretar no cumprimento da função ressocializadora da sanção estatal.

---

<sup>3</sup> MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 68.

# CAPÍTULO I

## DAS PENAS

### 1.1 HISTÓRIA DA PENA

Antes do surgimento do ordenamento jurídico, o homem vivia segundo um direito natural que, de acordo com Thomas Hobbes, consiste na “liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida.”<sup>4</sup> Sendo assim, não havia limites na atuação do homem em face do outro, uma vez que não existia nada acima da força e da autonomia humana capaz de determinar o limite da sua conduta individual.<sup>5</sup>

A idéia de lei, e, posteriormente, de punição, surgiu a partir do momento em que o homem sentiu necessidade de se relacionar com seu semelhante, sem que para isso precisasse recorrer aos conflitos. Por uma questão de sobrevivência própria foi que os homens resolveram se agrupar, como nos diz Beccaria:

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens.<sup>6</sup>

Desta forma, os homens, receosos de que não sobrevivessem por muito tempo, devido aos constantes conflitos nos quais se envolviam com outros homens, perceberam a necessidade de abdicar de parte da sua liberdade plena a fim de garantir a própria sobrevivência entre os iguais. Para Rousseau, “o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma

---

<sup>4</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp. 101.

<sup>5</sup> Essa ideia Hobbes a expressa da seguinte forma: “Pois enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos.” *Ob.cit.*, pp.102.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000, pp. 18.

soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia.”<sup>7</sup>

A partir dessa necessidade de coexistência pacífica entre os homens, a maneira de viverem sofreu mudanças no sentido de que eles deixaram de viver sob um estado natural e passaram a viver sob um estado civil, onde a importância reside em realizar a vontade geral, contrapondo-se ao estado natural, onde predominava a vontade particular de cada um sobre as demais. Rousseau ilustra bem esta mudança nos seguintes termos:

Mudança bem notável produz no homem a passagem do estado natural ao civil, substituindo em seu proceder a justiça ao instinto, e dando às suas ações a moralidade de que antes careciam; é só então que a voz do dever sucede ao impulso físico, e o direito ao apetite; o homem que até ali só pusera em si mesmo os olhos vê-se impelido a obrar segundo outros princípios, e a consultar a razão antes que os afetos.<sup>8</sup>

Beccaria, da mesma forma, relata essa necessidade dos homens de viverem agrupados e acrescenta também o fato de os homens confiarem a um deles a parcela de liberdade renunciada para que assim fosse possível a vida em sociedade, conforme esclarece trecho de seu livro *Dos Delitos e Das Penas*:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.<sup>9</sup>

Com a escolha do soberano, era este encarregado de elaborar as leis que regessem a vida dos seus semelhantes, uma vez que todos acordaram, ainda que forçosamente, a renunciarem a uma pequena parcela de sua liberdade, com o intuito justamente de tornar possível a coexistência entre os mesmos. Diante disso, era necessário que o soberano determinasse quais os

---

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2005, pp. 31

<sup>8</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ob.cit.*, pp34.

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare. *Ob. cit.*, pp.19.

comportamentos seriam permitidos e quais seriam proibidos. Para isso, foram criadas as leis.

Contudo, apenas criar leis determinando condutas a serem praticadas pelos homens na sua vida cotidiana não era suficiente. Pois havia a possibilidade de que um deles infringisse uma dessas normas, e o soberano, sendo o depositário das liberdades dos seus súditos, deveria encontrar um meio de evitar que suas leis fossem violadas.<sup>10</sup> O meio encontrado foi, justamente, instituir penas para quem infringisse uma das leis.

Portanto, a pena e, conseqüentemente, o direito de punir, se origina da necessidade do soberano de proteger seus súditos, de garantir a segurança daqueles que lhe confiaram uma parte de sua liberdade, para que desta forma pudesse haver uma convivência pacífica entre os homens, na tentativa de não regressar ao estado natural anterior, onde cada um possuía liberdade plena, no entanto não havia qualquer segurança concernente à sobrevivência da espécie.<sup>11</sup>

De acordo com Thomas Hobbes, “uma pena é um castigo imposto pela autoridade pública, a quem praticou ou omitiu o que essa autoridade considera transgressão da lei, para que assim a vontade dos homens fique orientada à obediência.”<sup>12</sup> Miguel Reale nos ensina que a toda norma deve estar atrelada uma sanção, uma vez que, sendo a lei jurídica uma construção cultural, baseada nas experiências humanas, há uma conotação subjetiva no que diz respeito ao efetivo cumprimento das leis, ou seja, sempre haverá uma escolha entre cumprir ou não a lei.

E por haver essa subjetividade na escolha da conduta, que atrelada à lei jurídica, deve existir uma sanção, demonstrando, assim, o caráter objetivo do comando legal, através da obrigatoriedade no cumprimento dessas leis, uma vez que, com a elaboração de regras, deve-se elaborar, da mesma forma, as sanções para quem as infringe.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> “Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.” BECCARIA, Cesare. Ob. cit.,pp.19.

<sup>11</sup> “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.” BECCARIA, Cesare. Ob. cit.,pp.19.

<sup>12</sup> HOBBS, Thomas. Ob. cit.,pp.227.

<sup>13</sup> Reale nos esclarece que “não é possível conceber ordenação da vida moral sem se prever uma conseqüência que se acrescente à regra, na hipótese de violação. Parece paradoxal, mas

## 1.2 EVOLUÇÃO DA PENA

Para se compreender a pena, tal como se apresenta hoje, é necessário visualizar os seus períodos evolutivos, desde o início das sociedades humanas até o período contemporâneo. Antes de analisá-los, é importante mencionar que esses períodos não estão bem definidos na linha do tempo, uma vez que podem existir épocas em que dois períodos se manifestaram simultaneamente. A divisão é feita apenas para fins didáticos.

Outra ressalva que se faz necessária é com relação às denominações. É possível encontrar textos que utilizem denominações diversas, porém que tratam do mesmo assunto.

Desta forma, nosso trabalho tratou de estudar a evolução da Pena, analisando três períodos: O período da vingança, que se subdivide em vingança privada, vingança divina e vingança pública; O período humanitário; e o Período Científico ou Contemporâneo.<sup>14</sup> A seguir, apresentaremos, sucintamente, o que significou cada um desses períodos para a evolução das penas.

### 1.2.1. PERÍODO DA VINGANÇA.

A pena, como sanção estatal aplicada a quem violasse uma lei do Estado surgiu a partir do nascimento da própria lei, como asseguradora de sua observância e de seu efetivo cumprimento pelos cidadãos. Contudo a ideia de

---

é verdadeiro que as leis físicas se enunciam sem se prever a sua violação, enquanto que as leis éticas, as jurídicas, inclusive, são tais que seu inadimplemento sempre se previne. É próprio do Direito a possibilidade, entre certos limites, de ser violado." Posteriormente, ele diz que "no plano das ciências culturais é possível haver sanção e muitas vezes a sanção é necessária, quando se trata daquela espécie de ciências, cujas valorações implicam uma escolha e a afirmação de *pautas obrigatórias de conduta*." E, por fim, ele traz o conceito de sanção, como sendo "*toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório*." REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>14</sup> "As diversas fases da evolução da *vingança penal* deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela *vingança privada*, *vingança divina* e *vingança pública*, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual." BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 59.

punição já existia entre os homens muito antes da criação das normas e das respectivas sanções. Este período trata, exatamente, das sanções aplicadas nos períodos primitivos, onde não havia legislação alguma que trouxesse a punição para quem causasse um dano a alguém.

Este período se subdivide em três: Vingança Privada; Vingança Divina; e Vingança Pública. Como dissemos anteriormente, é possível que duas dessas fases tenham atuado simultaneamente em um mesmo espaço de tempo, e que esta divisão serve meramente para fins didáticos.

De forma bem resumida, abordaremos essas três fases do período da vingança.

#### **1.2.1.1. Vingança Privada.**

A fase da vingança privada consistiu na época em que os homens retribuía de forma direta qualquer dano que lhes ocorresse. Como não havia um regramento de conduta, as pessoas agiam por puro instinto, “devolvendo com a mesma moeda” o dano que lhes eram causados.

Havia também a proteção de toda a família, ou clã, como eram denominados na época. Ou seja, quem praticava um dano a outrem, não só sofria a retribuição, como colocava em risco também a integridade de sua família.

Desta forma, era muito comum os conflitos entre clãs, pois cada um defendia não só sua própria integridade, mas também a integridade dos seus parentes, tudo sob o comando do *Pater Familias*, que era o detentor do poder familiar na época.

A primeira manifestação legislativa no sentido de controlar as punições aplicadas veio com a Lei de Talião, o qual estabelecia que a punição deveria atingir o infrator da mesma maneira pela qual este atingiu a vítima, com a prática do crime.

Foi um período marcado por lutas acirradas entre famílias e tribos, acarretando um enfraquecimento e até a extinção das mesmas. Deu-se então o surgimento de regras para evitar o aniquilamento total e

assim foi obtida a primeira conquista no âmbito repressivo: a Lei de Talião (*jus talionis*).<sup>15</sup>

Outra forma de solucionar os litígios era através da Composição, na qual o infrator poderia ressarcir a vítima na medida do dano que causou, e, conseqüentemente, não sofreria a punição corporal. Essa forma de solução de litígios esteve presente no Código de Hamurabi, da seguinte forma:

Art. 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos.

Art. 210. Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele.

A vingança privada também é encontrada na Bíblia Sagrada, no livro de Levítico 24, 17 – 21:

Aquele que matar uma pessoa será morto. Quem matar um animal doméstico de outra pessoa dará ao dono outro animal do mesmo valor, um animal pelo outro. Se alguém ferir outra pessoa, farão com ele a mesma coisa que ele fez: quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente. Ele será ferido do mesmo jeito que feriu o outro.

Sendo assim, durante este período ocorreram muitas atrocidades contra aqueles que causavam dano a outras pessoas, uma vez que não havia parâmetros de determinação da pena que fosse proporcional ao agravo cometido, o que acarretava em punições extremamente cruéis aplicadas aos cidadãos.

#### **1.2.1.2. Vingança Divina.**

Esta fase foi assim denominada pelo fato de que as pessoas viviam segundo princípios provindos de suas crenças. A religião exerceu grande influência no comportamento das mesmas, e as penas eram tidas como

---

<sup>15</sup> HORTA, Ana Clélia Couto. Evolução histórica do Direito Penal e Escolas Penais. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=514](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514). Acesso em 01.fev.2011.

reparações pelos pecados cometidos, uma vez que, quando se praticava um delito, acreditava-se que a única forma de aplacar a ira dos deuses era através da expiação dos pecados.

Cezar Roberto Bitencourt, tratando sobre esta fase do Direito Penal, expõe da seguinte forma:

Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.<sup>16</sup>

Antonio Carlos Wolkmer, dissertando sobre a origem do Direito nas sociedades primitivas, faz a seguinte afirmação a respeito da relação entre a religião e o Direito:

Tal é a influência da religião sobre a sociedade e sobre as leis, que se torna intento pouco fácil estabelecer uma distinção entre o preceito sobrenatural e o preceito de natureza jurídica. Na verdade, o direito estava totalmente subordinado à imposição de crenças dos antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das divindades.<sup>17</sup>

No Direito hebraico a violação de uma lei era tida como algo muito grave, pois os habitantes da região acreditavam que a lei judaica era a própria vontade de Deus, e que transgredir os mandamentos daquela seria o mesmo que transgredir ao próprio Deus.<sup>18</sup>

Aos sacerdotes, vistos pelas pessoas como representantes do Divino, eram atribuídas às atividades de julgar os infratores e determinar as penas de cada um, que, consistiam na maior parte dos casos, em penas corporais, cruéis e desumanas. Também havia o ordálio, espécie de prova judiciária, cujo resultado dependia de Deus, a fim de se estabelecer a culpabilidade ou a inocência do acusado. Usava-se de elementos da natureza, como o fogo, a

---

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 60.

<sup>17</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 6.

<sup>18</sup> Marcos Antônio de Souza tratando sobre os crimes e as punições no Direito Hebraico, diz desta forma: "Pelo pensamento jurídico hebraico, a transgressão de qualquer lei é considerada uma ofensa séria, pois visto que toda lei judaica é proveniente de Deus e representa sua vontade, qualquer ato transgressor, seja contra pessoas ou contra o próprio Deus, é um ato de violação de uma lei divina." SOUZA, Marcos Antônio de. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ob. cit.*, pp. 63.

água, etc., para verificar se o acusado era ou não responsável pela infração. A principal legislação utilizada nessa época foi o Código de Manu.

Portanto, esta fase ficou marcada pela forte presença da religião no condicionamento da vida das pessoas. Estas sentiam temor em desobedecer as leis, porque, no pensamento delas, estariam desobedecendo a Deus, e Este, com todo o seu poder, espalharia sua ira perante aqueles que o desobedecessem.

### **1.2.1.3. Vingança Pública.**

Nesta fase, de acordo com Bittencourt, “o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório.”<sup>19</sup>

Os culpados sofriam as punições diante do público, pois a intenção era não só de punir quem infringiu as leis, mas também mostrar às pessoas o que acontecia caso elas desobedecessem as ordens do soberano, manifestadas nas leis. As punições, como já foram mencionadas, eram cruéis e desumanas, e aplicadas sobre o corpo do sentenciado, como mostra este trecho do livro de Michel Foucault:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>20</sup>

Apesar de neste momento a pena ter a finalidade de proteger o soberano, na Grécia, os crimes e as penas ainda eram cominados com base

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 61.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, pp. 9.

em crenças religiosas.<sup>21</sup> Essa idéia começou a mudar com as concepções filosóficas de Aristóteles e Platão sobre o crime e a pena. Para aquele, a idéia de culpabilidade deveria apresentar-se no campo jurídico, após firmar-se no terreno filosófico e ético. Para este, nas Leis, se antevê a pena como meio de defesa social, pela intimidação aos outros, advertindo-os de não delinqüirem.<sup>22</sup>

O direito romano também vivenciou as fases da vingança privada e da vingança pública. Contudo, houve a separação entre direito e religião, e os crimes foram assim denominados: *crimina publica*, cuja punição era de iniciativa do Estado, e *delicta privata*, cuja punição era de iniciativa do ofendido. Posteriormente, a pena, em regra, se tornou pública.<sup>23</sup>

No direito germânico difundiu-se a idéia individualista na seara criminal. Assim como em outras civilizações, houve a aplicação da lei de Talião e da composição, os quais eram utilizados de acordo com a gravidade da ofensa. Havia também a perda da paz, que era uma pena de caráter severo, em que, “proscrito o condenado, fora da tutela jurídica do clã ou grupo, podia ser morto não só pelo ofendido e seus familiares como por qualquer pessoa.”<sup>24</sup>

Diferente do que se aplicou no direito germânico e no direito romano, o direito canônico procurou aplicar a idéia de que a pena aplicada teria o fim de regenerar a alma do condenado, através do arrependimento. De acordo com Noronha, “punições rudes ou severas tolerou, mas com o fim superior da salvação da alma do condenado.”<sup>25</sup>

Tendo em vista as mudanças de pensamento trazidas por essas correntes jurídicas, ainda se vivia a vingança pública, com as suas características a respeito das punições e sua forma de execução. Noronha, de forma sucinta, nos mostra o cenário em que se desenvolviam os litígios ocorridos na época, conforme trecho de sua obra a seguir exposto:

---

<sup>21</sup> Segundo Noronha, “na Grécia, a princípio, o crime e a pena inspiravam-se ainda no sentimento religioso. O direito e o poder emanavam de Júpiter, o criador e o protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia ao julgamento do litígio e à imposição do castigo.” NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. vol. 1. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009, pp. 22.

<sup>22</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 22.

<sup>23</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 22.

<sup>24</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 23.

<sup>25</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 23.

A preocupação era a defesa do soberano e dos favorecidos. Predominavam o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas (a de morte profusamente distribuída, como entre nós vemos nas Ordenações do Livro V, e dada por meios cruéis, tais quais a fogueira, a roda, o arrastamento, o esquartejamento, a estrangulação, o sepultamento em vida etc.), o sigilo do processo, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana.<sup>26</sup>

Esse cenário de crueldade começou a se modificar no final do século XVIII e início do século XIX. O próprio Foucault ressalta esse momento, afirmando que as execuções das penas, antes tidas como espetáculos para o público, começam a gerar efeitos negativos, uma vez que a população passa a ver os executores das penas como os verdadeiros criminosos e passam a sentir compaixão por aquele que está sofrendo as punições do Estado.<sup>27</sup>

A partir deste momento, quando se sente a necessidade de modificar o modo de aplicar as punições àqueles que infringiam as leis, passou-se do denominado período da vingança para o período humanitário, que encontrou fundamentos no Iluminismo, o qual se utilizava da razão para administrar as condutas humanas.

### **1.2.2. PERÍODO HUMANITÁRIO.**

Tendo em vista a forma como eram julgados os crimes até o início do séc. XVIII, onde os magistrados julgavam as pessoas a partir de sua condição social, além de conceder certos privilégios e aplicar penas extremamente cruéis<sup>28</sup>, uma corrente de filósofos surge defendendo o respeito à liberdade dos homens e a sua dignidade por parte das autoridades da época.

---

<sup>26</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 24.

<sup>27</sup> Diz o autor: "A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes; fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração." FOUCAULT, Michel. Ob. cit., pp. 12-13.

<sup>28</sup> "As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O direito era um instrumento gerador de

Entre esses filósofos podemos citar Rousseau, Voltaire e Montesquieu, que criticavam severamente os excessos das leis criminais e eram favoráveis a que as penas fossem aplicadas de forma proporcional ao crime cometido, levando-se em consideração circunstâncias pessoais do criminoso, a fim de que a sanção aplicada tivesse eficácia no espírito daqueles<sup>29</sup>, e não que fosse apenas um castigo corporal, tal como se tinha até aquele momento.

Com a Revolução Francesa, em 1789, os anseios por uma reforma no sistema punitivo chegaram ao ápice e, além dos discursos dos filósofos iluministas, teve grande repercussão as idéias divulgadas por Cesare Beccaria e John Howard.

Beccaria, em seu livro *Dos Delitos e Das Penas*, publicado na Europa em 1764 traz uma série de questões concernentes à maneira como o indivíduo era tratado pelas autoridades da época, sem a menor preocupação com sua dignidade, como se ser humano não fosse. Para ele a pena tinha a finalidade de corrigir a conduta do delinquente e também de mostrar às demais pessoas que aquele tipo de conduta deveria ser evitado. Ele entendia que a vingança não era o fundamento do *jus puniendi*.<sup>30</sup> Também defendia que não deveria haver um lapso temporal grande entre a acusação e a pena definida pelo magistrado, uma vez que, do contrário, descaracterizaria a intenção de fazer com que o delinquente se conscientizasse sobre o porquê de estar sendo punido.<sup>31</sup>

Sintetizando, Noronha diz que a essência da obra de Beccaria é “a defesa do indivíduo contra as leis e a justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos.”<sup>32</sup>

Além de Beccaria, John Howard foi outro grande defensor da humanização das penas de seu tempo. Defendeu uma reforma no sistema

---

privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com sua condição social.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 32.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 32.

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 37

<sup>31</sup> “Os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena têm como antecedente importante esses delineamentos de Beccaria, já que a humanização do direito penal e da pena é requisito indispensável.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 38.

<sup>32</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 26.

penitenciário, através da construção de estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade.<sup>33</sup>

Devido ao seu forte sentimento humanitário, Howard, além de pugnar pela reforma nas penitenciárias, não só com o aumento no número de estabelecimentos, mas também com a higienização do local, proporcionando condições dignas para abrigar os apenados, também defendia o trabalho dentro das penitenciárias, mesmo aqueles trabalhos penosos. Para ele o trabalho era um meio adequado para a regeneração moral e, portanto, um mecanismo de reabilitação do apenado.<sup>34</sup>

### 1.2.3. PERÍODO CIENTÍFICO OU CRIMINOLÓGICO.

Após o período humanitário, em que o criminoso é visto e estudado sob uma perspectiva social e abstrata, o período científico ou criminológico, que traz uma inovação que consiste em estudar o delinquente sob o ponto de vista biológico e, com esse estudo, encontrar as causas dos crimes.

Quem se destaca nesse período é o médico César Lombroso, que, em 1875, escreveu seu livro *L'uomo delinquente*. Lombroso considerava o crime não como fruto do livre arbítrio, mas como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas.<sup>35</sup>

Sendo o delinquente analisado de forma individual, a pena também deveria ser individualizada, implicando a necessidade de se conhecer a personalidade daquele que vai cumpri-la.

Segundo Noronha, a principal idéia de Lombroso foi considerar o delito como fenômeno biológico e seu estudo ser feito a partir do método experimental.<sup>36</sup>

Lombroso foi o criador da *antropologia criminal* e, juntamente com ele, surgiu Ferri, com a *sociologia criminal* e Garofalo, com a obra *Criminologia*. Esses três autores são considerados os fundadores da Escola Positivista.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 40.

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 41.

<sup>35</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 26.

<sup>36</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 27.

<sup>37</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 27.

Apesar das críticas emitidas à obra de Lombroso e de sua idéia de considerar os aspectos morfológicos do ser humano a fim de classificá-lo como homem delinquente, seu mérito consiste em ter iniciado o estudo da pessoa do criminoso, das causas que o levaram a delinquir, a fim de que fosse aplicada a pena adequada para que este não retornasse à criminalidade.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 27.

## CAPÍTULO II

### DAS PENAS APLICADAS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

#### 2.1. TEORIAS DA PENA.

A partir do que foi exposto a respeito da história e do processo evolutivo das punições em geral, observa-se que a pena, hodiernamente, é conceituada como “a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal.”<sup>39</sup> O Estado, munido do seu *jus puniendi* (direito de punir) aplica àquele que age de forma contrária às normas uma sanção proporcional, que tenha como finalidade reprimir a conduta levada a efeito pelo agente: prevenir tanto a sociedade como outros delinquentes, do risco de também sofrerem a sanção estatal caso pratiquem condutas contrárias às normas; e também ressocializar o agente infrator, na expectativa de que o mesmo não atue mais de forma a violar as leis vigentes em seu meio social.

No nosso ordenamento jurídico, atualmente, existem três espécies de pena, de acordo com o art. 32 do Código Penal, quais sejam: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. Esse artigo foi modificado pela Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual operou uma grande reforma na parte geral do Código Penal brasileiro, que, por ser um Decreto-Lei de n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940, foi recepcionado pela nossa Constituição Federal, de 1988.

Sobre as disposições concernentes às espécies de penas constantes na redação anterior, Noronha, de forma sucinta, nos explica:

O Código Penal de 1940 classificou as penas em principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (perda da função pública, interdição de direitos e publicação da sentença), as primeiras sempre aplicáveis, enquanto as segundas eventualmente impostas e cumulativamente com aquelas.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, pp. 485.

<sup>40</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob.cit., pp. 230.

A modificação das espécies de pena previstas no ordenamento jurídico-penal de 1940, modificação esta realizada pela Lei n° 2.848, de 1984, e com a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro princípios implícitos nos incisos XLVI e XLVII do art. 5° da Carta Magna, os quais determinam as espécies de penas que podem ser adotadas no Brasil e aquelas cuja aplicação é proibida. Tais princípios consistem, segundo Noronha, “na eliminação, o quanto possível, da pena segregativa imposta pelo cárcere, a humanização das penas e a individualização da reprimenda.”<sup>41</sup>

Antes de estudarmos em detalhes as especificidades de cada pena prevista no Código Penal brasileiro, é importante analisar as teorias que tratam das funções da pena, dentre as quais as que possuem maior destaque são as seguintes: teoria absoluta ou retributiva da pena, teoria relativa ou preventiva da pena e a teoria mista ou unificadora da pena.

### **2.1.1. TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA DA PENA.**

Segundo esta teoria a pena funcionaria como uma retribuição ao agente pelo mal que causou à sociedade, através de sua conduta contrária à ordem legal vigente. Esta teoria se baseia na idéia que se tinha, na época do Estado absolutista, de que o soberano era o próprio Deus. Portanto, aquele que desobedecesse a uma regra imposta pelo monarca, estaria desobedecendo a uma ordem emanada do próprio Deus. Assim nos esclarece Cezar Bittencourt a respeito da finalidade da pena no Estado absolutista:

A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.<sup>42</sup>

A partir da ascensão da classe burguesa e com a modificação da idéia de Estado, tendo em vista que deixa de ser uma manifestação do poder divino

---

<sup>41</sup> NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., pp. 231.

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 99.

e passa a ser visto como um contrato social, sendo o Estado o reflexo da soberania do povo, a pena tem o seu fundamento e função modificados. A função principal é a mesma, ou seja, a retribuição. Ocorre que, ao invés de ser uma retribuição fundada na desobediência de um comando divino, ela se torna uma retribuição por ter o agente desobedecido às normas do contrato social, ou seja, ao ordenamento legal imposto pelos seus semelhantes com o intuito de viabilizar uma convivência pacífica entre os cidadãos.

Desta forma, tem-se que a finalidade da pena consiste em devolver ao agente o mal que ele causou à sociedade. Tratando sobre o fim retributivo da pena, Rogério Greco afirma que “a sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado.”<sup>43</sup>

Hoje se aceita a idéia de que a pena deve sim ter uma finalidade retributiva, ou seja, uma sanção que compense as consequências advindas da transgressão legal levada a efeito pelo agente. Porém, essa compensação deve ocorrer de forma proporcional à infração por ele cometida.<sup>44</sup>

### **2.1.2. TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA DA PENA.**

De acordo com a teoria relativa ou preventiva da pena, esta será cominada com a finalidade de evitar a ocorrência de novas infrações penais. Ou seja, a pena não é a retribuição pelo fato ocorrido, mas uma forma de prevenir a ocorrência de fatos semelhantes em momento posterior.

A teoria preventiva pode ser fracionada em duas espécies, quais sejam: a prevenção geral e a prevenção especial.

A prevenção geral consiste em que a aplicação da pena visa preservar a segurança jurídica, através do alerta geral que o Estado faz à sociedade acerca da possibilidade de alguém sofrer a coerção penal estatal devido ao seu comportamento que acarretou na violação de uma norma jurídica.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> GRECO, Rogério. Ob.cit. pp. 489.

<sup>44</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro.v.1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 540-541.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 102.

Desta forma, o Estado atua, através da pena, objetivando inculcar no entendimento humano o sentimento de intimidação com relação à aplicação das mesmas, e também objetivando a que o homem pense várias vezes antes de tomar qualquer atitude tendente a ferir o ordenamento jurídico, sob a ameaça de que lhe seja aplicada uma sanção penal. Segundo Cezar Bittencourt, “para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos.”<sup>46</sup>

A prevenção especial, contudo, atua na esfera individual do agente, ou seja, a finalidade principal da pena seria a recuperação ou ressocialização do delinquente. Enquanto a prevenção geral atua sobre todos os indivíduos componentes da sociedade, alertando-os para não infringirem as leis, a prevenção especial dirige-se finalisticamente ao indivíduo delinquente, com suas particularidades, de forma que a pena será proporcional ao grau de periculosidade que este possa oferecer à sociedade.

Luiz Regis Prado, tratando sobre o tema, diz da seguinte forma:

A prevenção especial se apóia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição. Portanto, quando se consegue tal objetivo, assegura-se a integridade do ordenamento jurídico com relação a um determinado indivíduo (sujeito/agente do delito). Sua idéia essencial é de que a pena *justa* é a pena *necessária*.<sup>47</sup>

Sendo assim, a prevenção especial, atuando de forma individual, aplicando a pena de acordo com as características de cada delinquente, visa a que o agente, após o processo de ressocialização, não volte a cometer os mesmos delitos, ou até outros, pelos quais cumpre pena.

### **2.1.3. TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA.**

Também chamada de teoria eclética, consiste na reunião dos aspectos mais relevantes das teorias retributiva e preventiva. Surgiu no início do séc. XX na Alemanha e, desde então, é a teoria mais ou menos dominante.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 108.

<sup>47</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*.v.1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 112.

A principal idéia desta teoria é a de que a pena possui um fundamento e um fim. O primeiro estaria na conduta delituosa praticada pelo agente e o segundo estaria ligado à idéia de prevenção. Portanto, a pena seria algo bastante complexo para ser conceituada sob o ponto de vista monista, ou seja, classificá-la ou como retributiva, ou como preventiva. A teoria eclética se utiliza das duas teorias anteriores para afirmar que na pena existe tanto o cunho retributivo do mal causado, proporcionalmente à culpa do agente, como o preventivo, sendo sua aplicação um fator desmotivador para aqueles interessados em concretizar alguma conduta criminosa.<sup>49</sup>

O nosso Código Penal adota esta teoria, tendo em vista a redação contida na parte final do *caput* do art. 59, no qual o legislador determina que a fixação da pena-base deverá ter a finalidade de reprimir e ao mesmo tempo prevenir o crime.<sup>50</sup>

## 2.2. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “as penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo.”<sup>51</sup> Antigamente a pena de prisão tinha a função apenas de custódia, onde o acusado era mantido provisoriamente até o momento da execução da pena definitiva, que, como fora estudado, consistia em penas corporais, como a pena de morte, a mutilação, dentre outras.

Segundo Luiz Regis Prado,

A prisão somente surge como pena no Direito canônico, através do recolhimento, em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiais, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja. Tinha, predominantemente, caráter de expiação, com o objetivo primeiro de estimular o arrependimento dos condenados.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência, pp. 141-142.

<sup>50</sup> GRECO, Rogério. Ob. cit., pp. 491.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit., pp. 747.

<sup>52</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. cit., pp. 554.

Sendo reconhecida como uma das sanções mais aplicadas no mundo, a pena privativa de liberdade é uma modalidade de pena prevista no Código Penal brasileiro e consiste na perda, mais ou menos intensa, do direito à liberdade do condenado, devendo este permanecer em estabelecimento prisional por tempo determinado e seguindo as regras do regime de cumprimento de pena imposto.<sup>53</sup>

O Código Penal, no *caput* do art. 33, apresenta duas formas de pena privativa de liberdade: a reclusão e a detenção. Ainda de acordo com o artigo, a pena de reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, e a de detenção, em regime semiaberto ou aberto, exceto quando houver necessidade de transferência para o regime fechado.

O eminente doutrinador Rogério Greco traz algumas diferenças entre a reclusão e a detenção, presentes tanto no Código Penal como no Código de Processo Penal brasileiro, a saber:

- No caso de concurso material, aplicando-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP);
- Como efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP);
- No que diz respeito à aplicação de medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial (art. 97 do CP);
- A prisão preventiva, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos casos de detenção, somente se admitirá a prisão preventiva quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, I e II, do CPP);
- A autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção (art. 322 do CPP);
- A intimação da sentença de pronúncia nos crimes dolosos contra a vida apenados com reclusão, portanto inafiançáveis, será sempre feita ao réu, pessoalmente (art. 414 do CPP).<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. Op. cit., pp. 232.

<sup>54</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., pp. 498-499.

Após a análise dos pontos principais da pena de reclusão e de detenção, é importante verificar as regras de cada regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Uma vez que o apenado obedeça a essas regras, a ele é garantido a progressão do regime de cumprimento da pena, o qual será estudado posteriormente.

### **2.2.1. REGIME FECHADO.**

Segundo o §1º, alínea *a*, do art. 33 do Código Penal, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. O art. 87, *caput*, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) diz que a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Aplica-se este regime ao condenado a pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos.

Quando o réu é condenado a cumprir pena privativa de liberdade cujo regime inicial seja fechado, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deve ser expedida uma guia de recolhimento pela autoridade judiciária para que se possa dar início à execução da pena, nos termos do art. 107 da LEP.<sup>55</sup>

Com relação ao exame criminológico de classificação, previsto no *caput* do art. 34 do CP, a súmula 439 do STJ determinou que este só será realizado de acordo com as peculiaridades de cada caso, mediante decisão fundamentada.

Uma vez que o indivíduo esteja dentro do estabelecimento prisional, ele fica sujeito ao exercício de um trabalho no período diurno, dentro da penitenciária, juntamente com outros presos, levando em consideração suas aptidões ou ocupações anteriores e desde que seja compatível com a execução da pena.<sup>56</sup>

Sobre a importância do trabalho para o apenado, Edgar Magalhães Noronha diz da seguinte forma:

---

<sup>55</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., 508.

<sup>56</sup> Art. 34, §§ 1º e 2º, do CP. O art. 31, *caput*, da LEP diz que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

A recuperação do homem há de ser feita pela laborterapia. Qualquer estabelecimento penitenciário *sem trabalho* torna-se antro de vício e perversão. Como readaptar indivíduos que passam os dias de braços cruzados, dormindo ou entregues a distrações, sem o meio educacional do trabalho? <sup>57</sup>

Também é possível a realização de trabalho externo, mesmo que o preso esteja cumprindo pena em regime fechado. Diz o art. 36, *caput*, da LEP que será admissível somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgão da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

O trabalho externo deve ser autorizado pelo diretor do estabelecimento, devendo este observar os critérios de aptidão, disciplina e responsabilidade do preso, bem como o cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena pelo mesmo, conforme prevê o art. 37, da LEP.

### **2.2.2. REGIME SEMIABERTO.**

No regime semiaberto o preso cumpre pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento singular, nos termos do art. 33, § 1º, alínea *b*, do Código Penal. O tempo da pena prevista para o cumprimento inicial neste regime deve ser superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, caso não seja reincidente. Da mesma forma como no regime fechado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, expede-se a guia de recolhimento para que o condenado seja recolhido ao local de cumprimento da pena.

Considerando que o sistema penitenciário brasileiro é um sistema progressivo, ou seja, ao longo do cumprimento da pena, esta poderá ser abrandada, dependendo, obviamente, da observância de critérios referentes ao comportamento do preso, bem como ao tempo que este vem passando no cárcere, o regime semiaberto possui um caráter mais brando em relação ao regime fechado.

O preso não fica isolado durante o período noturno, como é previsto no regime fechado. E também, além do trabalho em colônia agrícola, industrial ou

---

<sup>57</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. Op. cit., pp. 235.

estabelecimento singular, também é permitido ao preso a frequência cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior.

Da mesma forma que no regime fechado, o trabalho externo é permitido, porém o Código nada menciona sobre o local onde deve ser prestado e se deve haver autorização da direção do estabelecimento. Sendo assim, Cezar Bittencourt, tratando sobre o tema, nos diz da seguinte maneira:

É bom esclarecer que o *juiz da condenação*, na própria sentença, já poderá conceder o serviço externo. Ou então, posteriormente, o juiz da execução poderá concedê-lo *desde o início do cumprimento da pena*. A exigência do cumprimento de um sexto da pena verifica-se apenas quando tal benefício for concedido pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado (art. 37 da LEP).<sup>58</sup>

Desta forma, como a lei nada menciona sobre a concessão de trabalho externo, a possibilidade de concessão ou não do mesmo fica à critério do juiz, não podendo o diretor do estabelecimento fazê-lo. Obviamente que a concessão deste benefício observará alguns requisitos, elegidos pelo magistrado como suficientes para que, se atendidos, enseje o direito do preso a ser beneficiado com o trabalho externo.

### **2.2.3. REGIME ABERTO.**

O regime aberto tem como fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, funcionando como “uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade.”<sup>59</sup> Se a este foi aplicada uma pena privativa de liberdade cuja quantidade seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime aberto, desde que não seja reincidente. É a redação do art. 33, §2º, alínea *c*, do Código Penal.

O cumprimento da pena ocorrerá em Casa de Albergado o outro estabelecimento adequado. Segundo o §1º do art. 36 do CP o condenado deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada fora do

---

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado, Op. cit., pp. 519.

<sup>59</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., pp. 510.

estabelecimento e sem vigilância e deverá recolher-se no período noturno e nos dias de folga.

Nas palavras do doutrinador penalista Rogério Greco,

A peculiaridade do regime aberto, que o difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. (...) Aqui, no regime aberto, não há previsão legal para remição da pena, uma vez que somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Vê-se, portanto, que a condição *sine qua non* para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado.<sup>60</sup>

O §2º do art. 36 do CP determina que se o condenado praticar fato definido como crime doloso ou se frustrar os fins da execução ou ainda se podendo não pagar a multa aplicada de forma cumulativa, poderá ele ser transferido do regime aberto, talvez, para um regime mais rigoroso, dependendo das circunstâncias.

#### **2.2.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME.**

Considerando que o nosso sistema de cumprimento de pena é um sistema progressivo, em que a pena aplicada inicialmente na sentença condenatória não corresponde à mesma na fase final, uma vez que ao longo do cumprimento ela passou por modificações, atendendo a certos requisitos, com vistas a proporcionar ao apenado condições de se reinserir no meio social de forma paulatina, tanto o Código Penal como a LEP adotaram os institutos da progressão e regressão de regime.<sup>61</sup>

A progressão de regime consiste na mudança de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso. Nos termos do art. 112 da LEP, para que

---

<sup>60</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., pp. 510. A LEP estabelece exceções a essa regra no art. 117, quando diz que se admitirá somente o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e a condenada gestante.

<sup>61</sup> Cezar Bitencourt esclarece que a progressão “possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento da pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e necessariamente a pena aplicada.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, op. cit. pp. 525.

haja a progressão é necessário que o apenado tenha cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior e que tenha tido bom comportamento carcerário, sendo este comprovado pelo diretor do estabelecimento.

A determinação da progressão será feita pelo juiz, em decisão motivada e precedida da manifestação do Ministério Público e do defensor do apenado.

Importante lembrar que a progressão de regime não se dá por “saltos” como diz a doutrina especializada. Isto quer dizer que não há possibilidade, por exemplo, de um apenado progredir do regime fechado para o regime aberto, sem ter passado pelo semiaberto.

A regressão, ao contrário da progressão, consiste na transferência do apenado do regime em que se encontra para um mais rigoroso, devido à sua incompatibilidade com o regime e também com o fim de preservar a defesa social, bem como os fins da pena.<sup>62</sup>

Está prevista no art. 118 da LEP, que traz a possibilidade de se transferir o apenado para qualquer dos regimes mais rigorosos, desde que estejam presentes um dos seguintes requisitos: quando o condenado tiver praticado fato definido como crime doloso ou falta grave ou quando sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Também estará sujeito à regressão o condenado que frustrar os fins da execução ou não pagar a multa cumulativamente imposta se tiver condições para tanto.

### **2.2.5. REMIÇÃO E DETRAÇÃO DA PENA.**

O instituto da remição está previsto no art. 126 da LEP e consiste na possibilidade que o apenado tem reduzir o tempo de execução da pena através do trabalho. Aplica-se esse instituto apenas àqueles que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto. Não se aplica no regime aberto tendo em vista

---

<sup>62</sup> Neste sentido, afirma Cezar Bittencourt: “Ao adotar a progressão, como instituto democrático e recomendável na recuperação do condenado, não podia deixar sem remédio a hipótese de que o condenado beneficiado pela progressão viesse, posteriormente, demonstrar sua incompatibilidade com o novo regime, com graves prejuízos à defesa social e aos fins da pena.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, op. cit. pp. 531.

que um dos requisitos deste regime é que o preso, de fato, exerça uma profissão.<sup>63</sup>

A LEP determina que para remir um dia da pena são necessários três dias de trabalho. Caso o apenado sofra algum acidente e, em virtude deste fato, fique impossibilitado para o exercício laboral, este não perderá o benefício da remição. Ressalta-se que a remição será declarada pelo juiz da execução, após oitiva do Ministério Público.

Existe uma divergência doutrinária acerca da remição no que diz respeito à falta de condições estruturais em certos estabelecimentos carcerários, gerando a impossibilidade, muitas vezes, da realização do trabalho pelos presos. Rogério Greco entende que o preso não deve ser prejudicado por conta da inoperância do Estado em gerir a coisa pública. Sendo assim, o juiz deveria conceder a remição aos presos que não têm como trabalhar, fundamentando que a LEP diz que o trabalho é uma obrigação e um direito do preso, nos termos dos artigos. 31 e 41, respectivamente.<sup>64</sup> Contrário a este posicionamento está Cezar Bittencourt, que entende ser injusto conceder um benefício que, a princípio, deve ser concedido a quem exerce uma atividade dentro da penitenciária, para quem, por razões várias, não se submete ao trabalho.<sup>65</sup>

Para concluir, o apenado que estiver trabalhando e sofrer punição por falta grave, perderá o direito ao tempo remido, começando a contar o novo período a partir da data da infração disciplinar. O mesmo também será

---

<sup>63</sup> De acordo com Cezar Bittencourt, “o instituto da remição de parte da pena pelo trabalho teve origem no Direito Penal militar da guerra civil espanhola, na década de trinta, permanecendo previsto no art. 100 do Código Penal espanhol.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, op. cit. pp. 540.

<sup>64</sup> Segundo o autor, “Caso o Estado, por intermédio de sua administração carcerária, não o viabilize para que sejam cumpridas as determinações contidas na Lei de Execução Penal, poderá o juiz da execução, diante da inércia ou da incapacidade do Estado de administrar a coisa pública, conceder a remição aos condenados que não puderam trabalhar.” GRECO, Rogério. Op. cit., pp. 520.

<sup>65</sup> Diz o autor: “Alguns doutrinadores sustentam que a remição deve ser concedida mesmo sem a realização do trabalho prisional, se este não ocorrer porque o Estado não ofereceu as condições necessárias, por considerá-lo *um direito do condenado*. Discordamos dessa orientação, sucintamente, pelas seguintes razões: 1) em primeiro lugar, porque a lei exige comprovação documental do tempo trabalhado (art. 129) e define como *crime de falsidade ideológica* o fato de declarar ou atestar falsamente a prestação de serviço para fins de remição (art. 130); 2) em segundo lugar, exige declaração do juiz, com audiência do Ministério Público; 3) e, finalmente, concede a remição mesmo aos que não trabalham, igualando-os, injustamente, aos que trabalham para consegui-la.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, op. cit. pp. 540.

computado para a concessão de livramento condicional e indulto. É o que está previsto nos arts. 127 e 128 da Lei de Execução Penal.

No que concerne à detração da pena, “é o instituto jurídico mediante o qual se computam, 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 art. 41 do CP.”<sup>66</sup>

Quando alguém que está sendo investigado é recolhido ao cárcere provisoriamente, por motivos como a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, terá este tempo que passou recolhido diminuído do tempo total de sua pena definitiva, quando houver sentença condenatória transitada em julgado. Desta forma, cabe ao juiz da execução, e não o da condenação, aplicar a detração.

### **2.3. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.**

As penas restritivas de direitos, no dizer de Edgar Magalhães Noronha, “consiste na inibição temporária de um ou mais direitos do condenado ou então na perda de parte de seu patrimônio, imposta em substituição e cuja espécie escolhida tem relação direta com a infração cometida.”<sup>67</sup>

A finalidade destas penas é de ser uma alternativa à pena privativa de liberdade e foi inserida no nosso ordenamento justamente para que, em determinados casos, ao infrator fosse conferida a possibilidade de cumprir a sua pena sem necessariamente ser colocado no cárcere, uma vez que é bastante notória a baixa qualidade dos estabelecimentos prisionais em nosso país, comprometendo as finalidades da aplicação pena, quais sejam, a

---

<sup>66</sup> GRECO, Rogério. Op. cit., pp. 521. Esta é a redação presente no art. 42 do Código Penal. Fernando Capez, discorrendo sobre a detração, diz da seguinte forma: “A interpretação literal do dispositivo que trata da detração nos leva à conclusão de que somente será possível a aplicação da detração nas penas privativas de liberdade, dado que a lei não menciona nem a pena de multa, nem as restritivas de direito.” CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 388. Porém, com relação às penas restritivas de direitos, o autor entende que, apesar de não estar previsto em lei, é possível a aplicação do instituto às mesmas, considerando que as penas restritivas de direitos são penas alternativas à pena privativa de liberdade e que, da mesma forma que estas, devem incidir as regras da detração àquelas.

<sup>67</sup> NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., pp. 240.

repressão do crime, a prevenção do mesmo, bem como a ressocialização do apenado.<sup>68</sup>

Considerando que hodiernamente a pena privativa de liberdade nem sempre consegue atingir os fins almejados, tanto pelo legislador, como pela própria sociedade, devido ao pouco investimento no sistema carcerário, tornando inócua esta modalidade de sanção, as penas restritivas de direito surgem no nosso ordenamento jurídico como uma alternativa no intuito de amenizar o prejuízo moral e social causado pela pena privativa de liberdade na sociedade contemporânea.

Estas penas estão previstas no art. 43 do Código Penal, cuja redação foi determinada pela Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998 e que traz as seguintes penas: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (VETADO); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana. O inciso III previa a pena de recolhimento domiciliar, porém este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, quando da edição da Lei n° 9.714/98, sob o argumento da dificuldade de fiscalização.<sup>69</sup>

Para que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos o juiz deve observar determinados requisitos constantes no art. 44 do Código Penal e que, sendo estes atendidos, possibilita a substituição, lembrando que a pena restritiva de direitos é uma pena que substitui a pena privativa de liberdade, sendo esta a pena comum, presente nas tipificações da Parte Especial do Código Penal.

Os requisitos podem ser divididos em objetivos e subjetivos. Os objetivos são os seguintes:<sup>70</sup>

- Se a quantidade da pena privativa de liberdade não for superior a 04 anos, o juiz pode substituí-la por uma pena restritiva de direitos, mesmo se o crime foi praticado com dolo;

---

<sup>68</sup> Assim nos diz Noronha: “A pena restritiva de direito, surgida com a reforma da Parte Geral, foi instituída para substituir a pena privativa de liberdade, não perdendo o seu caráter de castigo, porém com o objetivo de evitar os malefícios carcerários.” NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., pp. 240.

<sup>69</sup> JESUS, Damásio E. de. Penas Alternativas: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 55.

<sup>70</sup> Essa classificação é de Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado*, pp. 556-560.

- Se o crime foi praticado de forma culposa, o juiz pode substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos sem que seja observada a quantidade da pena;

- Se a quantidade da pena aplicada é superior a 1 ano, o juiz pode adotar as seguintes medidas, atendendo à ordem jurídica e às exigências de prevenção geral e especial: i) pode aplicar uma restritiva de direitos e multa; ii) duas restritivas de direitos; iii) suspensão condicional da pena especial (sem regime de prova); ou suspensão condicional simples (com regime de prova);

- Não se aplica a pena restritiva de direitos se o crime foi cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, desde que estas ações não sejam fundamentais para a caracterização do crime. O juiz também deve observar se o crime não é de menor potencial ofensivo, pois estes se submetem às regras da Lei n° 9.099/95.

Além dos requisitos objetivos, existem os requisitos de ordem subjetiva, os quais são imprescindíveis na análise do magistrado acerca da substituição. E são os seguintes:

- A reincidência, em tese, impede que o juiz aplique a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Há casos, porém, em que a substituição pode ocorrer. Se o apenado possui uma condenação anterior por crime culposos e, posteriormente, advém outra por crime doloso, o juiz poderá converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. O contrário também é possível. E, dependendo do caso, o juiz, ainda que o réu possua duas condenações por crime doloso, poderá substituir a pena aplicada, se tal medida for socialmente recomendável. O único caso em que não pode ocorrer a substituição é quando o réu for reincidente pela prática do mesmo crime, denominada reincidência específica;

- Outro requisito que deve ser observado pelo magistrado consiste na análise dos elementos constantes no inciso III do art. 44 do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime, a fim de que a substituição atenda aos fins sociais de repressão do crime, prevenção do mesmo, bem como a reinserção social do condenado. A pena restritiva de direitos é, antes de tudo, uma pena. E a punição deve ser sentida pelo condenado e vista pela sociedade.

### 2.3.1. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

A pena de prestação pecuniária, nos termos do art. 45, §1º, do Código Penal, 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 um salário-mínimo nem superior a 360 salários-mínimos.

Esta modalidade de pena tem por fim a reparação do dano causado à vítima através da infração penal. Arbitrado o valor, será este deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil quando os beneficiários coincidirem, de acordo com a parte final do §1º do art. 45 do Código Penal.<sup>71</sup>

Quando o juiz determina a pena de prestação pecuniária, é necessário que observe a ordem de preferência para recebimento do montante previsto no próprio artigo. Assim sendo, a vítima ou seus dependentes têm prioridade para receber o pagamento. Este só será destinado a entidade pública ou privada com finalidade social quando não houver vítima imediata ou seus dependentes, ou quando não houver dano passível de reparação. Não havendo esses dois elementos, o montante despendido pelo infrator será destinado a entidades públicas ou privadas com finalidade social, uma vez que o pagamento tem natureza indenizatória, sendo, neste caso, o valor revertido para a sociedade.

O §2º do mesmo artigo prescreve a possibilidade da prestação pecuniária consistir em prestação de outra natureza, caso haja aceitação do beneficiário. A respeito desta hipótese, Rogério Greco explica da seguinte forma:

A Exposição de Motivos da Lei nº 9.714/98 nos fornece dois exemplos do que se pode entender como prestação de outra natureza, e que já vinham sendo praticados anteriormente, principalmente nos juzados especiais, sem que houvesse previsão

---

<sup>71</sup> “O texto legal que prevê a *dedução* do valor pago a título de ‘prestação pecuniária’ é taxativo, não deixando qualquer margem à discricionariedade: aplicada essa sanção penal e sobrevindo *sentença condenatória* em ‘ação de reparação civil’, a ‘dedução’ do valor pago do montante resultante da condenação civil será imperativa, isto é, opera-se *ope legis*.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 563.

legal para tanto, São elas a oferta de mão-de-obra e a doação de cestas básicas.<sup>72</sup>

O mesmo autor concorda que, mencionado a lei “prestação de qualquer natureza”, poderia entender-se qualquer outra prestação com valor econômico, diversamente da pecuniária. Contudo, parte da doutrina pensa ser inconstitucional a prestação de outra natureza, com fulcro no princípio constitucional da legalidade.

### 2.3.2. PERDA DE BENS E VALORES

A pena de perda de bens e valores do condenado está prevista no §3º do art. 45 do Código Penal e será aplicada, ressaltando a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional. O valor da perda terá como teto o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, optando-se pelo de maior valor.

Esta modalidade de pena não deve ser confundida com o confisco (efeito da condenação previsto no art. 91, inc. II, c, do CP).<sup>73</sup> Luis Flávio Gomes traz essa diferença nos termos seguintes:

Só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer sejam bens frutos de crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são seus bens ou valores legítimos, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles.<sup>74</sup>

Rogério Greco ressalta a distinção entre pena de perda de bens e valores e o confisco, acrescentando outros elementos diferenciadores, aduzindo:

<sup>72</sup> GRECO, Rogério. Ob.cit., pp. 536.

<sup>73</sup> Importante observar a opinião de Cezar Bitencourt sobre esta denominação: “Sob essa disfarçada e eufemística expressão ‘perda de bens’, a *liberal Constituição cidadã*, em verdadeiro retrocesso, criou a possibilidade dessa pena. Os ilustres e democratas constituintes não tiveram a coragem de denominá-la corretamente: *pena de confisco!*” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 565.

<sup>74</sup> GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão. In: GRECO, Rogério. Ob.cit., pp.538.

- A primeira é pena substitutiva à privação da liberdade, e somente poderá ser aplicada presentes os requisitos dos incisos I, II e III do art. 44 do Código Penal; a segunda é um efeito da condenação, que poderá ser declarado, agora, quando a pena aplicada for superior a quatro anos, para os crimes dolosos.
- Existe previsão para a perda de bens e valores quando o condenado houver *causado um prejuízo* em virtude da prática do delito, mesmo que não tenha, de alguma forma, sido beneficiado com isso; tal previsão não se encontra prevista na alínea *b* do inciso II do art. 91 do Código Penal, que faz somente menção à perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.<sup>75</sup>

Da forma como se apresenta a pena recairá sobre o proveito que o agente obteve na conduta delituosa, bem como, caso tenha havido proveito algum, sobre o prejuízo que aquele causou à vítima através do delito.

Calculado o valor a ser pago pelo condenado, este será revertido para o Fundo Penitenciário Nacional, e este valor não será deduzido do montante arbitrado pelo magistrado em uma eventual condenação cível promovida pela vítima ou seus representantes legais.

Também com relação a esta pena é importante destacar que constitui uma exceção constitucional ao princípio, também constitucional, da individualização da pena. Isto porque, de acordo com o inciso XLV do art. 5º, segunda parte, da CF/88, a decretação de perdimento de bens poderá ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles ser executada até o limite do valor do patrimônio transferido.<sup>76</sup>

### **2.3.3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS**

A pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas está prevista no art. 46 do Código Penal. É aplicada quando a condenação à pena privativa de liberdade é superior a 6 (seis) meses.

Nesta modalidade de pena é atribuído ao condenado tarefas a serem realizadas gratuitamente em entidades assistenciais, hospitais, escolas,

---

<sup>75</sup> GRECO, Rogério. Ob. cit., pp. 539.

<sup>76</sup> GRECO, Rogério. Ob. cit., pp. 540.

orfanatos e outros estabelecimentos congêneres. Além disso, podem participar de programas comunitários ou estatais<sup>77</sup>, dependendo da aptidão do condenado.

Na aplicação desta pena, cada hora de trabalho equivale a um dia de condenação. A hora de trabalho deve ser cominada de forma a não atrapalhar a jornada normal de trabalho do condenado.

Se a pena privativa de liberdade for superior a um ano, o condenado poderá cumprir a pena alternativa em menor tempo, desde que a redução não seja inferior à metade da pena anteriormente cominada.

Quando o juiz, ao proferir a sentença condenatória, converter a pena cominada em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, caberá ao juízo da execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com suas aptidões; determinar a intimação do condenado para dar-lhe ciência sobre os dias e o horário em que deverá cumprir a pena; e também alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

O início da execução da pena será contado a partir da data do primeiro comparecimento do condenado ao local designado pelo magistrado. Quanto à entidade beneficiada, caberá a esta encaminhar mensalmente ao juiz da execução um relatório circunstanciado das atividades do condenado e, a qualquer tempo, comunicá-lo da ausência do mesmo ou do cometimento de alguma falta disciplinar no local de cumprimento da pena.

#### **2.3.4. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS**

A interdição temporária de direitos, que está prevista no art. 43, inciso V, bem como no art. 47, ambos do Código Penal, é uma outra modalidade de pena que pode ser aplicada pelo magistrado em substituição à pena privativa de liberdade.

De acordo com os ensinamentos de Cezar Bittencourt,

---

<sup>77</sup> Ver art. 46, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

*Das modalidades alternativas esta é, sem dúvida nenhuma, a que maior impacto causa na população que recebe, com certo gosto, a efetividade da Justiça Penal. E, ao mesmo tempo, pela gravidade das consequências financeiras que produz, é de grande potencial preventivo geral, inibindo abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais, próprios de cada atividade.*<sup>78</sup>

Vale observar que as interdições temporárias de direitos não são equivalentes aos efeitos da condenação, previstos no art. 92 do Código Penal. Estes são os reflexos de uma condenação proferida em sentença pelo juiz, enquanto aquelas constituem a própria sanção penal cominada pelo magistrado na sua sentença. Também não impede que o condenado responda e até seja punido na esfera administrativa, nos conselhos regionais e de ética a que sua profissão esteja vinculada.

As espécies de interdição temporária de direitos estão previstas nos incisos do art. 47 do CP. Como o próprio nome diz, são temporárias as interdições. Portanto sua duração corresponderá ao tempo da pena privativa de liberdade substituída. A seguir se apresenta cada uma delas.

#### **2.3.4.1. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I, CP)**

Essa é uma punição aplicada áqueles que se enquadram no conceito de funcionário público, determinado no art. 327 do Código Penal<sup>79</sup>. Deve estar no exercício efetivo do cargo e a infração penal cometida deve ter como ação principal a violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 576.

<sup>79</sup> Art. 327, CP: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§2º. A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 577.

Importante se faz mencionar o procedimento para o início da execução desta pena, que está previsto no art. 154, §1º da LEP, o qual determina que a autoridade deverá, em 24 horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

#### **2.3.4.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, CP)**

Neste caso, a punição tem por fim a repressão, no sentido de punir o profissional por ter agido sem a observância dos deveres inerentes ao ofício e, também a prevenção, pois, no momento em que aquele profissional é afastado temporariamente do seu labor, evita-se a possível ocorrência de outras infrações semelhantes.

Frise-se que a sanção se restringe apenas à profissão na qual o agente atuou em desacordo com os deveres que lhe eram inerentes. Caso ele exerça duas profissões, e for afastado temporariamente de uma, continuará a exercer a outra normalmente.

Por fim, a Lei de Execução Penal, em seu art. 154, §2º determina que o juiz da execução apreenda os documentos que autorizam o profissional a exercer a função a qual está temporariamente afastado.

#### **2.3.4.3. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (Art. 47, III, CP)**

Esta sanção é destinada àqueles que foram condenados por crime culposos de trânsito. O tempo de duração será o mesmo da pena privativa de liberdade substituída.

Sobre este tipo de punição, aduz Cezar Roberto Bittencourt,

O aumento da criminalidade no trânsito hoje é um fato incontestável. O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional, que se extravasam na direção perigosa de veículos. E uma das finalidades dessa sanção é afastar do trânsito os autores de delitos culposos, que, no mínimo, são *uns descuidados*.<sup>81</sup>

Desta forma, àquele que comete uma infração de trânsito de natureza culposa poderá ter a sua autorização ou habilitação para dirigir veículo temporariamente suspensa. Observe-se que aquele que possui apenas a permissão para dirigir veículo, prevista no §2º do art. 148 do Código de Trânsito Brasileiro<sup>82</sup> não estará sujeito a esta punição, tendo em vista não haver previsão expressa no inciso para tanto.<sup>83</sup>

#### 2.3.4.4. Proibição de frequentar determinados lugares (Art. 47, IV, CP)

Esta sanção, muito criticada pela doutrina, determina que em certos crimes poderá ser aplicada esta pena em substituição à privativa de liberdade, que consiste na privação que o agente possui de frequentar lugares que, de alguma forma, fizeram parte do delito. Assim nos explica Cezar Bittencourt,

Precisa-se ter presente que, para se *justificar* a proibição de frequentar determinados lugares, é indispensável que exista, pelo menos em tese, uma *relação de influência criminógena* com o lugar em que a infração penal foi cometida e a personalidade e/ou conduta do apenado e que, por essa razão, se pretende proibir a frequência do *infrator-beneficiário* da alternativa à pena privativa de liberdade.<sup>84</sup>

Em momento posterior, o eminente doutrinador afirma que, para adquirir a eficácia esperada da sanção, deve-se combinar o lugar do delito com o próprio delito, bem como com o sujeito ativo, pois a pena deve exercer certa influência em quem praticou o crime, de tal forma que possa prevenir a ocorrência de outros.

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 579.

<sup>82</sup> Art. 148, CTB

(...)

§2º. Ao candidato aprovado será conferida Permissão para Dirigir, com validade de 1 (um) ano.

(...)

<sup>83</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 580.

<sup>84</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 580.

### **2.3.5. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA**

A limitação de fim de semana está prevista no art. 48 do Código Penal, sendo esta a última das espécies de penas restritivas de direitos presentes na Lei Penal.

De acordo com o dispositivo, referida pena consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. O parágrafo único do mesmo artigo determina que enquanto o condenado permanecer no estabelecimento ser-lhe-ão ministrados cursos e palestras ou lhe serão atribuídas atividades educativas.

Esta espécie de pena tem uma preocupação notadamente educativa, de acordo com Cezar Roberto Bittencourt.<sup>85</sup> Isto porque durante o tempo em que o condenado estiver na Casa de Albergado ou em outro estabelecimento, ele poderá assistir a palestras educativas, bem como participar de cursos e atividades também, todas de caráter educativo, com vistas a que o condenado adquira condições de conviver pacificamente no meio social, sem que seja necessário o seu afastamento total do convívio familiar e das suas atividades cotidianas.

Quanto à execução desta pena, diz o art. 151 da Lei de execução Penal que cabe ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, informando-o sobre o local, os dias e o horário em que deverá cumprir a pena e o início da execução se dará quando do primeiro comparecimento.

Caberá ao diretor do estabelecimento designado encaminhar ao juiz da execução relatório acerca do comportamento do albergado, bem como comunicar, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar cometida pelo mesmo.

### **2.4. PENA DE MULTA.**

---

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 569.

A pena de multa, prevista no art. 49 e seguintes do Código Penal, sendo a última das modalidades de penas previstas em seu texto atualmente<sup>86</sup>, há muito tempo é aplicada nas relações conflituosas em todo o mundo. Seu surgimento remonta à antiguidade, tendo sido adotada em Roma, na Grécia, inclusive existem passagens bíblicas que fazem referência à sua aplicação, ainda que fosse para fins de compensação do dano causado, como explica Cezar Bittencourt:

Na Bíblia Sagrada – e, mais precisamente, na Lei de Moisés (Êxodo, XXI e XXII; e Levítico, XXIV) -, aparecem preceitos e normas, as chamadas “Leis Judiciais”, que deixam vislumbrar, sem dúvida, a pena pecuniária. É evidente que tais cominações ou sanções tinham caráter indenizatório, de composição das perdas e danos, nos moldes da reparação civil dos nossos dias.<sup>87</sup>

Na antiguidade a multa foi muito utilizada, reaparecendo na Idade Média e posteriormente foi sendo substituída de forma gradual pelo sistema de penas corporais e capitais, e estas, por sua vez, foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, em meados do séc. XVII.

A multa calculada em dias surgiu em nosso ordenamento jurídico, no Código Criminal do Império Brasileiro de 1830. Após um certo período sem que houvesse previsão legal, esta pena retorna ao direito positivo brasileiro durante a reforma da parte geral do Código Penal, através da Lei nº 7.209/84<sup>88</sup>, uma vez que no texto de 1940 era utilizado o critério da cominação abstrata da multa, onde existia um valor mínimo e máximo, no qual o juiz se baseava para, dependendo das condições econômicas do condenado, aplicar a pena de multa.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> A pena de multa está prevista no inciso III do art. 32 do Código Penal e na alínea c do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

<sup>87</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 641-642.

<sup>88</sup> Sobre o tema, assevera Luiz Regis Prado: “O sistema de dias-multa é, originariamente, uma construção brasileira e não escandinava, como, aliás, acabou por ficar conhecido em todo o mundo. Assim, o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, em seu artigo 55, formulava pela vez primeira o referido sistema, ainda que de forma rudimentar.” PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* pp. 627.

Nesse mesmo sentido, também aduz José Antonio Paganella Boschi: “Na sua feição atual (em dias), a multa surgiu, pioneiramente, no Código Criminal do Império Brasileiro de 1830 (art. 55)e, depois de ter desaparecido por um bom tempo, retornou ao direito positivo brasileiro, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal por meio da Lei 7.209/84.” BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pp. 350.

<sup>89</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 644.

O caput do art. 49 do Código Penal diz que a pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Como já foi mencionado, nosso Código Penal, após a reforma sofrida na Parte Geral em 1984, voltou a utilizar o sistema de dias-multa. Acerca do retorno deste para a lei penal, esclarece Luiz Regis Prado:

Finalmente, depois de longas e inumeráveis vicissitudes, o legislador pátrio houve por bem adotar para a multa penal o moderno sistema, originariamente nacional, de dia-multa, no texto penal fundamental. Não paira dúvida de que com essa postura acabou por se colocar em sintonia com as diretivas da ciência penal hodierna, nesse particular aspecto.<sup>90</sup>

Na segunda parte do *caput* do art. 49 o legislador estipula o tempo mínimo e máximo de dias-multa, sendo aquele de 10 e este de 360 dias, os quais deverão ser observados pelo magistrado na cominação da pena. E no §1º é determinada a forma de calcular o valor de 1 dia-multa. Assim sendo, a aplicação desta pena passa por duas fases. Na primeira, o magistrado, verificando o grau de culpabilidade do réu, estabelecerá a quantidade de dias-multa a ser paga. Chegando a esse resultado, estipulará, agora, o valor de 1 dia-multa, verificando a situação econômica do réu. Obtendo o resultado, se multiplicará a quantidade de dias-multa pelo valor pecuniário referente a 1 dia-multa. O resultado consistirá na pena a ser cumprida pelo condenado.

Diz o art. 50 do Código Penal que a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois de transitada em julgado a sentença. O juiz pode permitir que esta seja paga em parcelas, observadas as circunstâncias e desde que haja requerimento do condenado. A cobrança também pode ser efetuada mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, quando a pena for aplicada isoladamente; ou quando for aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; ou ainda quando for concedida a suspensão condicional da pena. Saliente-se que este desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

O art. 51 trata da execução da pena de multa. Conforme visto no parágrafo anterior, após a sentença, o condenado tem 10 dias para efetuar o pagamento. Não o fazendo, não é mais possível a conversão da pena de multa

---

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Regis. Op. cit. pp. 624.

em pena privativa de liberdade, tal como estava previsto nesse mesmo artigo antes da Lei 9.268/1996. Esta modificou o *caput* do referido artigo, cuja nova redação diz o seguinte: “Transitada em julgado à sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.” Esta redação gerou e ainda gera uma grande divergência doutrinária concernente à titularidade para executar a pena de multa não paga nos dez dias pelo condenado devedor solvente.

Diante desta celeuma, surgiram duas correntes doutrinárias. Uma defende que a competência para execução da pena de multa seria dos Procuradores da Fazenda Pública, em ação de execução fiscal com tramitação na Vara da Fazenda Pública, uma vez que no novo texto do artigo, o legislador considerou a multa como dívida de valor e que deveriam ser aplicadas as normas legais referentes às dívidas da Fazenda Pública, constantes na Lei n° 6.830/1980. Contudo, outra corrente doutrinária se posiciona pela manutenção do Ministério Público como titular legítimo para executar a pena de multa não paga dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença. Argumenta-se que, por se tratar de uma sanção penal, mesmo que seja de caráter pecuniário, cabe ao *Parquet*, como titular da ação penal, proceder à sua execução, em não fazendo o condenado no momento oportuno. Além disso, o procedimento para a execução desta pena previsto nos arts. 164 a 170 da Lei de Execução Penal não foi revogado pelo legislador no momento em que houve a alteração do art. 51 do Código Penal pela Lei n° 9.268/1996.

## **CAPÍTULO III**

### **DA FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

#### **3.1. COMO SURTIU O SISTEMA CARCERÁRIO**

A prisão aplicada como pena para coibir a prática de infração penal surgiu no século XVIII, a partir das ideias de humanização das penas, defendidas pelos reformistas, como Beccaria, Howard, dentre outros. Nesse período, a prisão era apenas uma maneira de manter o agente em custódia, a fim de assegurar a aplicação da sanção definitiva que, como outrora fora explanado, consistia em penas cruéis e desumanas.

A implantação do sistema carcerário teve como antecedente as experiências advindas dos estabelecimentos prisionais de Amsterdam, os *Bridwells* ingleses, além de outros na Alemanha e na Suíça<sup>91</sup>, os quais também irão dar lastro à concepção da privação da liberdade como pena definitiva.

Nesse ínterim, com as manifestações em prol da aplicação da prisão como pena definitiva, reconhecendo nela uma forma mais humana e justa de punir os transgressores da ordem jurídica vigente, passou-se a adotar a pena privativa de liberdade como o principal meio de punir do Estado.

Portanto, é mister estudar a evolução do sistema carcerário como a principal espécie de cumprimento de pena, o qual passou por várias modificações ao longo do tempo, na expectativa de atingir as finalidades da pena, sobretudo a ressocialização do criminoso.

##### **3.1.1. SISTEMA PENSILVÂNICO OU CELULAR**

Esse modelo de prisão foi pensado por cidadãos da Filadélfia interessados na reforma das prisões, sendo a primeira prisão norte-americana construída em *Walnut Street*, em 1776.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 57.

<sup>92</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 145.

O sistema em comento caracterizava-se por manter o condenado em uma cela sozinho (*solitary confinement*) e acreditava-se que, com o isolamento, a oração contínua e a abstenção de bebidas alcoólicas, o apenado encontraria a salvação. O sistema pensilvânico, também chamado de filadélfico, adotou algumas das ideias difundidas pelos modelos holandeses e ingleses do séc. XVI, bem como algumas lições de Beccaria, Howard e Bentham, além de buscar conceitos no Direito Canônico.<sup>93</sup>

O isolamento celular completo não era aplicado a todos os presos, mas apenas àqueles mais perigosos. Os outros permaneciam em uma cela comum, podendo trabalhar durante o dia, sob estrito silêncio. Segundo Cezar Bitencourt, “as características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração.”<sup>94</sup>

Com o aumento da população carcerária, o sistema celular começou a apresentar falhas. Após intensas pressões foram construídas a penitenciária Ocidental, em Pittsburgh (Western Penitentiary), em 1818, e a penitenciária Oriental, em 1829 (Eastern Penitentiary). Naquela época aplicou-se o regime de isolamento absoluto, sem a realização de trabalho algum. Contudo, percebeu-se que era um regime impossível de prosperar. Nessa, diversamente, era permitida a realização de algum trabalho dentro da cela. Todavia, eram trabalhos entediantes, sem sentido, não contribuindo, assim, para a diminuição das agruras do isolamento celular. Opondo-se a esse sistema, Enrico Ferri aduz da seguinte maneira:

A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.)... A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama *loucura penitenciária*, assim como a clínica médica conhece a *tuberculose das prisões*. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições

---

<sup>93</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 146.

<sup>94</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 62.

que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou (...). O sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral, propriamente, que é um dos seus fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si (...). Por último, o sistema celular é muito caro para ser mantido.<sup>95</sup>

Desta forma, o sistema em comento acabou por trazer graves malefícios ao ser humano, não tanto fisicamente, pois o preso não era submetido aos castigos corporais aplicados anteriormente, mas a solidão provocava graves danos psicológicos, levando a pessoa muitas vezes à loucura, além de gerar despesas vultosas para o Estado, uma vez que este tinha que proporcionar condições de manter aquele indivíduo com alimentação, infraestrutura, etc., pelo tempo de duração da pena.

### 3.1.2. SISTEMA AUBURNIANO

Esse sistema foi desenvolvido com o fulcro de superar os defeitos encontrados no sistema celular. O naquela época governador de Nova Iorque, John Jay, em 1796, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular. Em 1797 foi inaugurada a penitenciária de *Newgate*. Sendo esse um estabelecimento muito pequeno, não foi possível aplicar o isolamento absoluto. Diante dos resultados insatisfatórios, foi autorizada a construção de outra prisão, em 1809, em virtude do alto número de delinquentes. A prisão de *Auburn* só teve autorização para ser construída em 1816.<sup>96</sup>

O sistema auburniano tinha como regra principal o silêncio absoluto (*silent system*), além do trabalho em comum. Desdobrava-se da seguinte maneira. Os reclusos trabalhavam durante o dia e se recolhiam no período noturno. Durante o trabalho não era permitido qualquer comunicação entre os reclusos, e estes só poderiam se comunicar com os guardas mediante licença prévia e em voz baixa.<sup>97</sup>

Michel Foucault descreve o modelo auburniano da seguinte maneira:

---

<sup>95</sup> FERRI, Enrico. Sociología Criminal. *Apud*. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 65.

<sup>96</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 148.

<sup>97</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 148.

A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. Vantagem do sistema auburniano segundo seus partidários: é uma repetição da própria sociedade. A coação é assegurada por meios materiais, mas sobretudo por uma regra que se tem que aprender a respeitar e é garantida por uma vigilância e punições.<sup>98</sup>

Da mesma forma, Cezar Bitencourt analisa o sistema auburniano, fazendo um pequeno paralelo com o sistema filadélfico:

No sistema auburniano não se admitem o misticismo e o otimismo que inspiraram o filadélfico. O sistema auburniano não tinha uma orientação definida para a reforma do delinquente, predominando a preocupação de conseguir a obediência do recluso, a manutenção da segurança no centro penal e a finalidade utilitária consistente na exploração da mão-de-obra carcerária.<sup>99</sup>

Por ser um modelo de prisão pautado na disciplina e no trabalho, o sistema auburniano começou a ser criticado pelas Associações de trabalhadores livres, pelos sindicatos existentes na época, por se sentirem prejudicados pela força de trabalho dos presos, uma vez que era uma mão-de-obra mais barata, o que ensejava uma verdadeira competição entre o trabalho produtivo dos apenados e o trabalho realizado pelos trabalhadores livres.

Da mesma forma se criticava o sistema pela disciplina rigorosa a que era submetido os presos, equiparando-se a instituições militares, no que concerne ao estilo de vida imposto no cárcere. Segundo Cezar Bitencourt, “insiste-se na necessidade de as prisões não adotarem uma mentalidade castrense, embora persista essa influência nos sistemas penitenciários de muitos países, especialmente no Brasil.”<sup>100</sup>

Esse foi o modelo de prisão adotado nos Estados Unidos, por ser um sistema mais barato para o Estado e por fomentar a mão-de-obra ativa carcerária, almejando-se o desenvolvimento econômico do país naquela época. Por sua vez, a Europa adotou o sistema pensilvânico, tendo em vista que o interesse maior dos Estados consistia na punição e repressão do agente

---

<sup>98</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit. pp. 200.

<sup>99</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 71.

<sup>100</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 149

criminoso, e não necessitava do trabalho prisional produtivo, por haver mão-de-obra suficiente ao desenvolvimento da região.<sup>101</sup>

### 3.1.3. SISTEMA PROGRESSIVO

A partir da consolidação da pena privativa de liberdade, no séc. XIX, coincidindo com o abandono paulatino da pena de morte e, ultrapassando as ideias preconizadas nos sistemas pensilvânico e auburniano, é adotado o sistema progressivo de cumprimento de pena.

Esse sistema possui como lastro essencial a divisão do cumprimento da pena em diferentes etapas, verificando-se o comportamento do recluso em cada uma delas, bem como a sua aptidão para se readaptar a vida social. De acordo com Cezar Bitencourt,

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação.<sup>102</sup>

Caracterizando o advento do sistema progressivo tem-se o sistema adotado pelo capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, na Ilha *Norfolk*, na Austrália, para onde eram enviados os criminosos da Inglaterra.<sup>103</sup>

Denominado pelos ingleses como “*mark system*” ou sistema de vales, o sistema empregado por Maconochie media a pena do condenado pelo número de vales adquiridos por este dentro do cárcere. Para ganhar vales era necessário trabalhar e ter boa conduta. Dependendo da gravidade do delito, estipulava-se um determinado número de vales a ser alcançado. Atingindo esse valor, o apenado obtinha a sua liberação, de forma que a condenação era

---

<sup>101</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 150.

<sup>102</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 83.

<sup>103</sup> De acordo com Cezar Bitencourt, “para essa ilha australiana a Inglaterra enviava seus criminosos mais perversos, quer dizer, aqueles que, depois de haver cumprido pena de transportation nas colônias penais australianas, voltavam a delinquir.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 151.

indeterminada, pois dependia da quantidade de trabalho realizada pelo preso e do bom comportamento dentro da prisão.<sup>104</sup>

Além disso, o modelo adotado por Maconochie era dividido em três períodos: 1) O isolamento celular diurno e noturno, cujo objetivo era fazer o condenado refletir sobre sua conduta, podendo ele ser submetido a trabalhos obrigatórios; 2) O trabalho em comum sob a regra do silêncio absoluto nas “*Workhouses*” onde, dependendo do trabalho e do comportamento, adquiria o “*ticket of leave*” passando, então, para a próxima etapa; 3) A liberdade mediante restrições, as quais deveria obedecer, sob um determinado tempo. Passado este sem que fato algum ocorresse para ensejar uma revogação, o preso era posto em liberdade de forma definitiva.<sup>105</sup>

Esse sistema obteve grande êxito, uma vez que incutiu nos apenados a disciplina e o gosto pelo trabalho, ao mesmo tempo em que diminuiu a quantidade de motins dentro das prisões.

Em aperfeiçoamento do sistema progressivo inglês, Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda, implantou no modelo de Maconochie um período intermediário entre a prisão e a liberdade condicional, a fim de preparar o apenado para o retorno ao meio social.

Desta forma, o sistema irlandês, como ficou denominado, se dividiu em quatro etapas: 1) O recolhimento celular diurno e noturno, tal como no sistema inglês; 2) O trabalho realizado durante o dia e o recolhimento à noite, impondo-se a regra do silêncio absoluto, nos moldes do sistema auburniano e, da mesma forma que no sistema inglês, ganhava-se pontos ou marcas, a fim de passar para a próxima fase; 3) Sendo este o período intermediário introduzido por Crofton, era cumprido em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, mas dentro do estabelecimento, de preferência executando trabalhos agrícolas. A disciplina também era menos rígida nessa fase; 4) A liberdade condicional, obedecendo às restrições impostas e, se nada ocorresse para ocasionar a revogação, o preso obtinha a liberdade definitiva, da mesma maneira que ocorria no sistema inglês.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 84.

<sup>105</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 85.

<sup>106</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 153.

Ainda contribuiu para a consolidação do sistema progressivo o Coronel Manoel Montesinos e Molina, quando foi nomeado governador do presídio de Valência, em 1835. Devido à suas qualidades pessoais, conseguiu impor a disciplina entre os reclusos sem o emprego dos castigos, mas apenas utilizando-se de sua autoridade moral.<sup>107</sup>

Em análise do trabalho realizado por Montesinos junto ao sistema carcerário valenciano, Cezar Bitencourt aduz o seguinte:

Um dos aspectos mais interessantes da obra prática de Montesinos refere-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir neles uma definida autoconsciência. A ação penitenciária de Montesinos planta suas raízes em um genuíno sentimento em relação *ao outro*, demonstrando uma atitude *aberta*, que permitisse estimular a reforma moral do recluso. Possuía firme *esperança* nas possibilidades de reorientar o próximo, sem converter-se em prejudicial ingenuidade; encontrou o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso.<sup>108</sup>

Diferentemente do pensamento comum da época, em que a prisão era um lugar de sofrimento, com a única e exclusiva finalidade de punir o agente, Montesinos acreditava que a prisão poderia ser um lugar onde os delinquentes aprendessem um trabalho e também adquirissem disciplina, a fim de voltar à sociedade como homens honrados e cidadãos trabalhadores.

### **3.2. AS FINALIDADES, DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP).**

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) dispõe no Título IV sobre a organização e estrutura dos estabelecimentos penais no Brasil.

No capítulo I, que trata das disposições gerais, o legislador dispõe, além de outros temas, sobre a organização dos apenados dentro do estabelecimento, determinando a separação entre homens e mulheres;

---

<sup>107</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 154.

<sup>108</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 89-90.

peças maiores de 60 anos; condenados com sentença transitada em julgado e presos provisórios; reincidentes e réus primários; bem como os agentes que eram, ao tempo do fato, funcionários da administração da justiça criminal. De acordo com a exposição de motivos da LEP, as disposições supracitadas têm relação com o problema da separação dos presidiários e ainda com a superlotação dos estabelecimentos penais.<sup>109</sup>

Ainda nas disposições gerais da LEP, o art. 83 prescreve que deverá conter nos estabelecimentos penais áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. No §4º do mesmo artigo, acrescentado pela Lei 12.245, de 24 de maio de 2010, dispõe que serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

Sobre a estrutura dos estabelecimentos penais hodiernos, Mirabete tece o seguinte comentário:

Hoje não há dúvida de que a construção dos estabelecimentos penais deve obedecer aos conhecimentos modernos das ciências penitenciárias e da arquitetura para que seja facilitada a realização dos programas de tratamento ou do processo de reinserção social. A estrutura material do presídio não pode chocar-se com a base ético-pedagógica do sistema penitenciário, e a arquitetura deve ser funcional para evitar-se desperdício de espaço, impedirem-se os problemas carcerários mais graves (fuga, homossexualismo, etc.) e possibilitar-se o adequado desenvolvimento da execução penal.<sup>110</sup>

Outra preocupação da LEP é a superlotação das penitenciárias. Para tanto, o legislador se valeu de um artigo exatamente para ressaltar a observância do limite de presos em um estabelecimento penal.<sup>111</sup>

A exposição de motivos, trazendo excerto do Relatório da CPI sobre o Sistema Penitenciário, afirma no item 100 que:

É de conhecimento geral que “*grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade*

---

<sup>109</sup> Ver item 96 da Exposição de motivos à Lei de Execução Penal.

<sup>110</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. Atualizado por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>111</sup> Diz o 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.

*convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementes de reincidência', dados os seus efeitos criminógenos"*

Sendo assim, houve uma grande preocupação do legislador em evitar a ocorrência da superlotação nas penitenciárias em todo o país, garantindo-se, desta forma, as condições necessárias para o cumprimento da pena de forma digna, respeitando-se os direitos fundamentais da pessoa humana.

No Capítulo II do Título IV da LEP estão previstas regras concernentes à penitenciária, estabelecimento destinado àqueles que cumprem pena de reclusão em regime fechado. O art. 88 trata das condições da cela individual, dispondo que esta deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Ainda no parágrafo único, apresenta requisitos básicos da unidade celular, quais sejam: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

Mirabete aduz da seguinte forma sobre a estrutura das celas nas penitenciárias:

Não fosse por outras razões, ligadas ao procedimento de reinserção social, o respeito à personalidade e intimidade do preso tem levado os legisladores modernos a dispor sobre as condições de espaço e higiene a que deverá estar submetida a arquitetura dos estabelecimentos penais, dedicando regras específicas principalmente quanto àqueles destinados ao cumprimento da pena em regime fechado.<sup>112</sup>

O requisito presente na alínea *a* do art. 88 é utilizado também para o apenado que estiver em colônia agrícola, ou seja, quem estiver cumprindo pena no regime semiaberto.<sup>113</sup> As dependências coletivas também deverão obedecer aos requisitos do parágrafo único do art. 92 da LEP, quais sejam:

<sup>112</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. pp. 270.

<sup>113</sup> Art. 92, *caput*: O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra *a* do parágrafo único do art. 88 desta Lei.

seleção adequada dos presos e observação do limite da capacidade máxima para atender aos objetivos de individualização da pena.

No que concerne ao cumprimento da pena em regime aberto, segundo a LEP, será realizada em Casa de Albergado, além de destinar-se ao cumprimento da pena de limitação de fim de semana, conforme fora explicado no capítulo anterior.

O prédio onde funcione a casa de albergado deverá ser situado no centro urbano, distante da penitenciária e da colônia agrícola, tendo como característica principal a ausência de obstáculos físicos contra a fuga. É o teor do art. 94 da Lei de Execução Penal. Sobre à Casa de Albergado, leia-se o disposto no item 111 da Exposição de Motivos da LEP:

Com a finalidade de melhor apurar o senso de responsabilidade dos condenados e promover-lhes a devida orientação, a Casa de Albergado deverá ser dotada de instalações apropriadas. Esta providência é uma das cautelas que, aliadas à rigorosa análise dos requisitos e das condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 113 e ss.), permitirá à instituição permanecer no sistema, já que ao longo dos anos tem sido consagrada nos textos da reforma, como se poderá ver pelas Leis 6.016/73 e 6.416/77, e pelo Projeto de revisão da Parte Geral do Código Penal.

Desta forma, a partir da análise das disposições legais a respeito do sistema carcerário brasileiro, presente na Lei de Execução Penal depreende-se que as finalidades da punição seriam, em tese, primeiramente a repreensão pelo crime praticado, mas também a ressocialização do apenado, alcançando esse objetivo através das etapas pelas quais o preso se submete, obedecendo as ideias difundidas pelos fundadores do sistema progressivo da pena. Ao cumprir todas as etapas de forma exitosa, deveríamos ter um preso recuperado, pronto para retornar ao convívio social sem o ânimo de retornar à criminalidade. Infelizmente, esse resultado é ainda utópico, considerando-se a pouca efetividade do disposto na LEP.

### **3.3. A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL**

Tal como se apresenta nos dias de hoje, o sistema penitenciário brasileiro destoa consideravelmente dos preceitos previstos na Lei de

Execução Penal, acima analisados, gerando um cenário caótico nos estabelecimentos prisionais e falhando no cumprimento das finalidades da pena, especialmente na ressocialização dos apenados.

Quando a pena privativa de liberdade tornou-se a principal forma de punir do Estado, pensava-se que seria uma medida suficiente para recuperar o agente infrator, o que acarretou em sentimentos otimistas com relação à eficácia na aplicação dessa modalidade de pena.<sup>114</sup> Porém, a realidade mostra que o cumprimento dessa modalidade de pena nos moldes atuais tem transformado as pessoas que lá se encontram em seres cada vez mais violentos, com maiores possibilidades de retornar à criminalidade no momento em que estiverem fora do cárcere.<sup>115</sup>

A crise da pena privativa de liberdade é um fenômeno que ocorre não apenas nos países mais pobres, como se costuma pensar. Mesmo em países desenvolvidos existem os problemas de superlotação nas penitenciárias, de violência física e sexual entre os internos, de falta de higiene, assistência médica, psicológica, etc.<sup>116</sup> Para elucidar melhor, afirma Cezar Bitencourt:

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, faz pensar que a prisão se encontra efetivamente em crise.<sup>117</sup>

Todos os problemas pelos quais passam as penitenciárias geram a insatisfação social e o descrédito na efetividade da punição estatal, além de estigmatizar o indivíduo que esteve no cárcere, uma vez que, ao voltar para o

---

<sup>114</sup> Assim nos diz Cezar Bitencourt: “Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 154.

<sup>115</sup> Sobre a realidade carcerária brasileira, explica Maria Angélica Lacerda Marin Dassi: “Os grupos criminosos que se formam na comunidade carcerária mandam e desmandam na organização dos presídios. As péssimas condições de higiene, alimentação, assistência médica e jurídica aumentam a revolta dos presos. A ingerência do Estado, a corrupção e o mau preparo dos funcionários públicos agravam o problema, tornando o ambiente prisional incompatível com as finalidades previstas pela lei.” DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. *A Pena de Prisão e a Realidade Carcerária Brasileira: Uma análise crítica*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria\\_angelica\\_lacerda\\_marin\\_dassi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf). Acesso em: 16/09/2011.

<sup>116</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 156.

<sup>117</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 157.

meio social, muitas vezes não logra êxito em conseguir trabalho por ser um ex-presidiário. Desta forma o indivíduo não tem outra escolha senão o retorno ao mundo do crime.

Essa falta de crença da sociedade na aplicação da pena privativa de liberdade como meio de ressocializar o criminoso também se fundamenta na ausência de investimentos por parte do Poder Público nesse setor. É grande a carência de políticas públicas que favoreçam a reinserção social dos condenados, tanto dentro das penitenciárias como fora delas, deixando à margem das prioridades políticas a melhoria do sistema penitenciário.

Desta forma, com a conjugação de todas as mazelas visualizadas dentro das penitenciárias nacionais, resulta um alto índice de reincidentes, o qual, de acordo com Cezar Peluso, “é um dos maiores índices do mundo.” Ainda de acordo com o presidente do STF e do CNJ, “A taxa de reincidência no nosso país chega a 70%. Isto quer dizer que sete em cada dez libertados voltam ao crime.”<sup>118</sup>

A partir da verificação do número de pessoas que retornam ao cárcere, conclui-se que o tempo anterior em nada contribuiu para a sua modificação de comportamento, tendente a não cometer mais crimes. Em verdade, a penitenciária tornou-se uma “escola de criminosos” onde alguém entra como um batedor de carteiras e sai como um ladrão profissional. Esse é o resultado da não obediência aos critérios de classificação dispostos na Lei de Execução Penal, já estudados nesse capítulo. Desta forma, delinquentes ocasionais convivem com criminosos contumazes na mesma cela, daí resulta a profissionalização do crime.

Também há os casos de violência sexual, a promiscuidade dentro dos estabelecimentos prisionais, problemas que afetam sobremaneira a dignidade dos presos, uma vez que não têm a sua intimidade respeitada, pois são muitas pessoas confinadas em uma cela muito pequena, em vista da falta de vagas nos presídios, gerando a superlotação. Além disso, há um agravamento no número de doenças respiratórias, causadas pela falta de salubridade nos

---

<sup>118</sup> Notícia publicada no sítio eletrônico: Última Instância, revista jurídica. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/53005/indice+de+reincidencia+no+brasil+e+um+dos+maiores+do+mundo+diz+peluso.shtml>. Acesso em: 16/09/2011.

estabelecimentos, bem como de doenças venéreas, como a AIDS, decorrente das práticas sexuais sem qualquer proteção.<sup>119</sup>

Foucault já defendia a ineficácia da pena de prisão, afirmando que “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”<sup>120</sup> Cezar Bitencourt, em seu livro sobre a falência da pena de prisão, aduz:

O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma “jaula de ouro” – é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.<sup>121</sup>

Portanto, é possível concluir que o sistema penitenciário presente em nosso país está muito distante de atender às finalidades da sanção penal, sobretudo a finalidade ressocializadora, sem dúvida a mais importante e que traz mais benefícios tanto para o delinquente como para a sociedade. A soma dos vários problemas existentes nos estabelecimentos prisionais em todo o território nacional aliado à falta de investimento do poder público no setor contribui para o descrédito social da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, da eficácia punitiva do Estado.

### **3.4. ELEMENTOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A DEGRADAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Tendo em vista a realidade na qual se encontram as penitenciárias brasileiras, como fora analisado no tópico anterior, faz-se mister apontar quais são os elementos que, de fato, agravam o sistema, colaborando com a ineficácia do cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que não ressocializa o apenado, acarretando em um agravamento de suas condutas criminosas.

O primeiro elemento e, talvez, o principal, que dá guarida a existência dos outros, é a superlotação carcerária. É cediço o fato de que faltam vagas

---

<sup>119</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>. Acesso em: 17/09/2011.

<sup>120</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., pp. 196.

<sup>121</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 160.

nos estabelecimentos penais em todo o país. Esse é um tema que já vem sendo debatido entre doutrinadores e operadores do Direito, porém não há sinais de avanço, pois o número de estabelecimentos ainda é muito pouco para o contingente de presos existentes no país.

Outro grave problema vislumbrado na realidade das prisões brasileiras é a violência interna, causada entre os presos ou entre estes e os agentes penitenciários. Além da violência física, que ocorre por diversos motivos, tais como o comércio ilegal de entorpecentes dentro do ambiente carcerário, a posse ilegal de telefones celulares, etc., também existe a violência sexual, gerando graves consequências para as vítimas, como a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis dentro do cárcere.

Com relação às doenças, a situação se agrava ainda mais pela falta de assistência médica adequada para os presos, uma vez que o ambiente prisional, na maior parte dos estabelecimentos, não é salubre, acarretando na disseminação de doenças infecto-contagiosas, como as infecções respiratórias, doenças dermatológicas, etc.<sup>122</sup> A assistência à saúde é um direito do preso garantido pela Lei de Execução Penal, no inciso VII do art. 41. Além disso, o seu atendimento condiz com o tratamento digno que deve ser despendido a todos os presos, arrimado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, petrificado na Constituição Federal de 1988.

Também é um problema verificado em certos estabelecimentos prisionais a falta de trabalho para os presos. A ociosidade traz graves danos para o indivíduo encarcerado, uma vez que ele não aproveita o tempo que possui, quando poderia realizar um trabalho útil para ele, pois teria o direito à remição da pena, e útil para a sociedade, tendo em vista que ela seria a beneficiada com os frutos do trabalho do apenado.

---

<sup>122</sup> De acordo com Rafael Damaceno de Assis, “Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões. Para serem removidos aos hospitais, os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais nenhuma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde.” ASSIS, Rafael Damaceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>. Acesso em: 17/09/2011.

## CAPÍTULO IV

### PENAS ALTERNATIVAS: A NOVA REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Vistas as dificuldades enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro hodierno, analisando-se os fatores que contribuem para a ineficácia da pena privativa de liberdade, cumpre apresentar neste momento as penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro que substituem as penas privativas de liberdade, ou seja, as penas alternativas, presentes na parte geral do Código Penal brasileiro sob a denominação de penas “restritivas de direitos.”<sup>123</sup>

O ilustre doutrinador Damásio de Jesus conceituou pena alternativa da seguinte maneira:

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais e medidas alternativas, são meios de que se vale o legislador visando impedir a que o autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade.<sup>124</sup>

Esse tipo de sanção, cuja aplicação obedece a determinado procedimento, atendidos aos critérios exigidos no Código Penal, conforme se verá adiante, é uma maneira de evitar o encarceramento excessivo, o qual, em muitos casos, prejudica mais o indivíduo, uma vez que, em face do crime cometido e da pena cominada, a permanência no cárcere apenas contribui para a dessocialização do delinquente, o qual, dentro do ambiente carcerário, muitas vezes torna-se um sujeito mais violento e suscetível à permanecer no mundo da criminalidade.

Desta forma, a inserção das penas alternativas no direito brasileiro contribui para fomentar a ressocialização do criminoso, tal como afirma Cezar Bitencourt:

As penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984, que procurou

---

<sup>123</sup> Criticando a denominação legal, Damásio de Jesus afirma: “Nem todas são restritivas de direitos, como é o caso da perda de bens e valores, multa e prestação pecuniária, de natureza pecuniária. A prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana são restritivas da liberdade do condenado.” JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: Anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 56.

<sup>124</sup> JESUS, Damásio E. de. *Ob. cit.*, pp. 29.

obviar a crise da pena de prisão, a qual sabidamente não atende aos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado e integrá-lo socialmente.<sup>125</sup>

Sendo assim, cabe analisar de que forma e onde surgiram as penas alternativas; quais, dentre as várias espécies, foram utilizadas em maior quantidade pelos países que a incorporaram em seus ordenamentos jurídicos e quais foram os resultados advindos a partir de suas principais aplicações.

#### 4.1. SURGIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Concebe-se a pena alternativa como uma forma de sanção moderna, tendo em vista a sua criação já com o intuito de evitar a aplicação demasiada da pena privativa de liberdade, considerada um marco no que concerne à humanização das penas.<sup>126</sup>

Sendo assim, as primeiras penas alternativas surgiram na Rússia, em 1926, com a previsão da prestação de serviços à comunidade e, posteriormente, foi criada a pena de trabalhos correcionais, em 1960.<sup>127</sup>

Na Inglaterra, em 1948, através do *Criminal Justice Act*, foi introduzida a pena de prisão de fim de semana. Também foi na Inglaterra que se teve o melhor exemplo de trabalho comunitário, através da *Community Service Order*, o qual influenciou outros países a adotarem esse instituto, como a Austrália, Canadá e, inclusive, o Brasil, com a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984.<sup>128</sup>

A Alemanha, apesar de não ter inovado no tocante às medidas alternativas, implantou algumas medidas no seu Projeto Alternativo de 1966. As medidas consistiam na suspensão condicional da pena, admoestação com reserva de pena, dispensa de pena e declaração de impunidade e livramento condicional, além da multa. Havia uma preocupação por parte dos alemães em evitar a execução de penas de prisão de curta duração, aplicando-se, apenas, em casos excepcionais.

---

<sup>125</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 294.

<sup>126</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 295.

<sup>127</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 296.

<sup>128</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 297.

Também na Suécia o sistema penal vigente visa evitar a pena privativa de liberdade, porquanto não configura um meio adequado a preparar o indivíduo para uma futura vida fora do cárcere. Possui como sanções alternativas à privação da liberdade a suspensão condicional da pena, liberdade à prova e submissão a tratamento especial, e também a pena de multa.<sup>129</sup>

Na Espanha aplica-se o arresto de fim de semana tanto como pena autônoma, nos casos em que a cominação não exceda o prazo de 6 meses, quanto como pena substitutiva à prisão, nos casos em que a pena cominada não exceda o prazo de 1 ano.<sup>130</sup>

No Brasil, as penas alternativas foram introduzidas no Código Penal, inicialmente, com a reforma da parte geral do Código Penal, através da Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984, que trouxe as seguintes espécies de sanção: multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos, dividindo-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão, etc. e suspensão de habilitação ou autorização para dirigir veículo.<sup>131</sup>

O projeto de Lei n° 2.684/96, que posteriormente se converteu na Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998, trouxe mais seis espécies de penas alternativas, passando nosso ordenamento jurídico penal a prever dez modalidades de sanções substitutivas à pena de prisão, quais sejam: prestação pecuniária (art. 43, I); perda de bens e valores (art. 43, II); prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV, e 46); proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I); proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação profissional, de licença ou autorização do Poder Público (art. 47, II); proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV); limitação de fim de semana (arts. 43, VI, e 48); multa (art. 44, §2°); e prestação inominada (art. 45, §2°), na qual o juiz, aceitando o condenado, poderá

---

<sup>129</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 299.

<sup>130</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência*, pp. 300.

<sup>131</sup> JESUS, Damásio E. de. *Ob. cit.* pp. 57.

substituir a prestação pecuniária, cujo pagamento em dinheiro se faz à vítima, por “prestação de outra natureza.”<sup>132</sup>

## 4.2. FINALIDADES DAS PENAS ALTERNATIVAS

As penas alternativas inseridas no Código Penal brasileiro pela Lei n° 7.209/84 e posteriormente modificadas pela Lei n° 9.714/98, modificação essa que acrescentou mais espécies de penas alternativas ao rol já existente, funcionam como uma nova maneira de atuação do *ius puniendi* estatal, menos perverso e mais preocupado com a condição humana.

Com efeito, a pena privativa de liberdade não cumpre mais com as finalidades para as quais foi criada. Se antes ela era vista como uma pena humanizadora, hoje em dia essa percepção não mais se sustenta e o ambiente carcerário, que era pra ser um local de reflexão e reeducação social, vem se tornando um lugar desumano e sem qualquer viabilidade de proporcionar ao apenado condições favoráveis para este deixar a criminalidade.

Existe um movimento bastante intenso entre os estudiosos e profissionais do Direito de todo o mundo em diminuir a incidência da pena privativa de liberdade, restringindo sua aplicação apenas para casos extremos. Nesse sentido, tem-se o teor do item 26 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, *verbis*:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por hora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

As penas alternativas, nesse ínterim, se apresentam como uma nova modalidade de pena, visando a diminuir o encarceramento excessivo, sobretudo nos casos em que a pena cominada é de curta duração e o condenado apresenta pequeno grau de periculosidade para o seu meio social.

---

<sup>132</sup> JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. pp. 58.

O cumprimento da pena alternativa proporciona ao condenado a oportunidade de se submeter à sanção imposta sem que seja necessário o seu afastamento da sociedade, da família, de pessoas que podem, de uma certa maneira, ajudá-lo em seu processo ressocializador.

Tendo em vista as teorias que explicam as finalidades ou funções da pena, que se dividem primordialmente em teoria retribucionista, preventiva geral e especial e teoria mista ou eclética, tem-se que a adoção das penas alternativas como principal meio de coerção estatal coaduna-se com as idéias preponderantes da teoria da prevenção geral, a qual, de acordo com Cezar Bittencourt, “apóia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce uma coerção psicológica ante os motivos contrários ao ditame do Direito.”<sup>133</sup> Ou seja, aqueles que defendem a finalidade da pena como sendo a preventiva geral, pregam que a sanção tem por fim alertar a sociedade sobre a possibilidade de ser cominada uma pena a qualquer daqueles que violarem as normas do ordenamento jurídico posto.

Da mesma forma, a aplicação dessas penas se mostra em consonância com a teoria da prevenção especial da pena que, segundo o entendimento de Cezar Bittencourt, “procura evitar a prática do delito mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.”<sup>134</sup>

A prevenção especial incide diretamente no criminoso, diversamente da teoria retribucionista, que visa a retribuir o mal causado pelo delinquente à sociedade. Já a teoria mista ou eclética é uma união das duas teorias anteriores, de forma que a pena tem a finalidade tanto de repreender o delinquente por ter infringido as normas legais, como prevenir a sociedade da possibilidade que o Estado tem de aplicar a punição a quem desobedecer aos mandamentos jurídicos vigentes.

Portanto as penas alternativas,, muito mais do que repreender a conduta praticada pelo infrator, têm o objetivo e a finalidade de reeducá-lo, na expectativa de que aquele não mais infrinja as normas penais, sem a necessidade de encarcerá-lo, de privá-lo de sua liberdade, pois esta medida, como se tem visualizado ao longo deste trabalho, vem se mostrando infrutífera

---

<sup>133</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 108.

<sup>134</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 110.

e inútil para atender às finalidades da pena, mormente a finalidade ressocializadora da mesma.

### **4.3. CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS**

As penas alternativas estão previstas no Código Penal brasileiro sob a denominação de “penas restritivas de direitos” e suas espécies, bem como suas maneiras de aplicação se encontram nos arts. 43 e seguintes do diploma legal. Como foi dito alhures, essas penas são substitutivas às privativas de liberdade, portanto, para serem cominadas, é preciso que se observem determinados requisitos presentes no art. 59 e no art. 44, todos do Código Penal.

Primeiramente o magistrado, no momento em que vai definir a pena a ser cumprida pelo réu, no momento da sentença, observa primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a fim de fixar a pena-base. Logo após analisa-se a presença ou não de circunstâncias atenuantes ou agravantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal, e, por fim, as causas de diminuição e de aumento previstas ou não nos próprios tipos penais.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Fixação completa da pena: há três estágios para o juiz atingir a pena concreta. O primeiro deles, denominado de primário, envolve a eleição do montante da pena. Para este, há o sistema trifásico, previsto no art. 68 (pena-base + agravantes e atenuantes + causas de aumento e diminuição). O segundo, estágio secundário, abrange a escolha do regime aplicável, quando for possível (fechado, semiaberto e aberto). O terceiro, denominado estágio terciário, engloba a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa, bem como a eventual aplicação do benefício da suspensão condicional da pena.<sup>135</sup>

Voltando para o art. 59, e observando o seu inciso IV, tem-se o dever do magistrado de observar, após a cominação da pena definitiva, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena. Diz-se que é um dever do magistrado por tal atitude constituir em direito fundamental do preso, atendendo ao princípio constitucional da

---

<sup>135</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7. ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 378-379.

individualização da pena, além da vedação constitucional à aplicação de qualquer medida que agrave a situação do réu.<sup>136</sup>

Para atender o disposto no inciso IV do art. 59, deve o juiz voltar seus olhos para o art. 44 a fim de, analisando cada requisito ali presente, julgar a conveniência ou não, da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

No inciso I do art. 44 tem-se que será admitida a substituição quando a pena privativa de liberdade cominada não ultrapassar o período de 4 anos, nos crimes consumados sem o emprego de violência ou grave ameaça. Se o crime for culposos, não importa a quantidade de pena fixada, ou seja, crimes culposos com pena maior que 4 anos poderá ser substituída por pena restritiva de direitos.

O inciso II do mesmo artigo determina que, para haver substituição, o réu não pode ser reincidente em crime doloso. Ocorrendo reincidência em crime culposos, tal substituição é possível, uma vez que o Código silencia a respeito e poder-se-ia utilizar uma interpretação analógica do inciso I, que permite a substituição nos crimes culposos, qualquer que seja o tempo da pena.

No inciso III descreve as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, que também devem ser observadas pelo magistrado a fim de verificar a viabilidade da substituição, ou seja, se ela será suficiente para atender às finalidades da pena, quais sejam, a reprovação, a prevenção e, sobretudo, a ressocialização do delinquente.

Seguindo adiante na análise do art. 44 do Código Penal, tem-se o §1º, o qual teve seu texto vetado pelo presidente da república quando da edição da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.<sup>137</sup> O §2º determina que, no caso de pena igual ou inferior a 1 ano, o juiz poderá substituí-la por pena de multa ou

---

<sup>136</sup> Ver art. 5º, CF/88, inc. XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

(...)

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

<sup>137</sup> “O dispositivo, no Projeto de Lei n. 2.684/96, previa três espécies de penas alternativas: advertência, frequência a curso e submissão a tratamento. O Presidente da República, quando da edição da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998 desejava vetar somente a primeira pena alternativa. Como, entretanto, não é possível veto parcial a artigo de lei, vetou o texto inteiro. Razão do veto: pequeno valor intimidativo da pena de advertência.” (grifo do autor) JESUS, Damásio E.de. Ob. cit., pp. 74.

por uma pena restritiva de direitos, dentre as descritas no rol do art. 43 do CP. Caso a pena seja superior a 1 ano, permite o Código que a substituição seja feita por uma pena restritiva de direitos mais uma pena de multa, ou por duas restritivas de direitos. Lembrando que o limite máximo de pena é de 4 anos, se o crime não for culposo, como outrora se comentou.

O §3º trata da reincidência. No início do dispositivo diz que o juiz poderá aplicar a substituição em caso de réu reincidente, desde que, tendo em vista a condenação anterior, a medida se mostre socialmente recomendável, a ser verificada pelo magistrado em sua análise subjetiva de cada caso. Na parte final do dispositivo o legislador vedou a substituição se a reincidência ocorrer em virtude da prática do mesmo crime, ou seja, no caso de reincidência específica, como é denominada pela doutrina, o juiz não poderá aplicar a substituição.<sup>138</sup>

Por fim, os §4º e 5º do art. 44 do CP tratam, respectivamente, da possibilidade de o juiz, tendo substituído a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, convertê-la em privativa de liberdade, em caso de descumprimento injustificado da medida imposta pelo condenado, diminuindo-se do tempo de privação da liberdade o período a que o condenado estava cumprindo a(s) medida(s); e também da possibilidade de o réu sofrer uma condenação à pena privativa de liberdade quando este já está cumprindo pena restritiva de direitos, devendo o magistrado verificar a viabilidade de serem cumpridas as duas penas simultaneamente.

#### **4.4. VANTAGENS DAS PENAS ALTERNATIVAS EM RELAÇÃO ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

O eminente doutrinador Damásio de Jesus, em seu livro “Penas Alternativas”, elenca seis vantagens das penas alternativas, a saber: 1) diminuição do custo do sistema repressivo; 2) faculdade do juiz em adequar a sanção penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado; 3) o não encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo; 4) afastam o condenado do convívio com outros

---

<sup>138</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*, pp. 559.

delinquentes; 5) redução da reincidência; e 6) o condenado não tem que deixar sua família, deixar de conviver no seu meio, para cumprir a pena.<sup>139</sup>

Além dessas vantagens, outras podem ser advindas posteriormente, mas a principal vantagem é a possibilidade de reeducação que a pena alternativa proporciona ao condenado. A partir do trabalho realizado por este junto à comunidade, prestando serviços, ou reparando os danos que causou à vítima, ou pagando determinado montante para fins sociais, ou cumprindo outras determinações impostas pelo magistrado, sem o recolhimento ao cárcere, auxilia o mesmo a eliminar o desejo de permanecer na criminalidade, desejo este tão presente e forte naqueles que passam anos vivendo as agruras do sistema carcerário.

As penas alternativas, com as vantagens apresentadas, são, atualmente, a maneira mais viável de cumprir com os fins da pena, ou seja, a repressão ao crime cometido, a prevenção social contra as futuras infrações e também a reeducação daquele que desobedeceu aos mandamentos legais.

Com relação aos custos que essas penas geram para o Estado, reconhece-se que são menores em relação ao que se gasta com a manutenção de um preso encarcerado, vivendo de forma ociosa e suscetível às mais diversas atrocidades presentes dentro do sistema prisional. Sendo assim, com a implantação cada vez maior das penas alternativas, abre a possibilidade de o Estado investir em outros setores sociais carentes, bem como fomentar o aperfeiçoamento da aplicação e fiscalização do cumprimento das penas alternativas.

Além disso, as penas alternativas contribuem para diminuir o problema da superlotação carcerária, uma vez que os presos ocasionais ou que tenham uma pena pequena a ser cumprida podem ser contemplados com essa modalidade de pena, deixando a pena privativa de liberdade para ser aplicada apenas nos casos extremos, para os criminosos contumazes, com bastante tempo de pena para cumprir.

Desta forma, seria mais fácil para os agentes carcerários manter o controle interno nas prisões, pois se trabalharia com um número menor de pessoas, ao mesmo tempo em que o Estado teria condições de investir em

---

<sup>139</sup> JESUS, Damásio E. de. Ob. cit., pp. 30-31.

recursos humanos e tecnológicos para monitorar quem estivesse cumprindo pena alternativa.

Não se deve olvidar o efeito positivo que esta pena teria sobre o preso, pois, ao trabalhar em função da sociedade, ao mesmo tempo em que este repararia o dano causado de uma maneira geral, pois um crime não fere apenas a vítima de forma individual, mas a sociedade como um todo, mudaria também seu comportamento em relação à sociedade, podendo até mesmo abandonar a ideia de cometer crimes em momento posterior. Evitaria assim o aumento da reincidência, que chega a índices altíssimos em nosso país.

Seria bastante temerário elencar aqui de forma taxativa as vantagens proporcionadas pelas penas alternativas, pois sua utilização é ainda muito tímida, porém espera-se e é bastante perceptível que a sua incidência cada vez maior em substituição às penas privativas de liberdade, irá gerar efeitos sobremaneira benéficos para toda a sociedade, sobretudo para os atores principais do crime, ou seja, a vítima, que será reparada pelos danos sofridos, e o agente infrator, que receberá uma nova oportunidade de corrigir os erros cometidos e reiniciar um novo modelo de vida, agindo conforme os ditames do ordenamento jurídico.

É preciso que o Estado, através do Poder Judiciário, fomente a adoção das penas alternativas, a fim de que estas passem a configurar como as principais penas aplicadas, e que as penas privativas de liberdade se restrinjam aos casos mais pontuais, concernentes aos crimes mais graves, bem como aos agentes mais perigosos, para os quais a aplicação da pena alternativa seria uma medida inócua e descaracterizadora do poder de punir estatal.

É preciso também que a sociedade mude suas concepções de punição, abandone a cultura vigente da violência exacerbada e passe a ver o preso não como um eterno criminoso, um infrator constante das leis, mas como um ser humano que errou, por motivos que a capacidade humana às vezes é incapaz de entender, mas que pode ser um ser humano melhor. Basta que lhe deem uma nova oportunidade.

## CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto nesse trabalho sobre as penas de um modo geral e mais especificamente sobre as modalidades de pena adotadas no ordenamento jurídico brasileiro chega-se às seguintes conclusões.

Primeiramente foi analisado como as penas surgiram, qual era a finalidade principal da sua aplicação, onde foi visto que as primeiras penas eram bastante cruéis, como as práticas de tortura e os castigos corporais aplicados em épocas longínquas. A pena possuía única e exclusivamente a finalidade de punir e causar sofrimento no cidadão, bem como funcionar como espetáculo para o público em geral.

Posteriormente surgiram as idéias de humanização das penas, tendo em Cesare Beccaria seu maior divulgador e defensor de tal idéia, se posicionando contra todas as práticas de tortura praticadas e mostrando um modelo novo e mais humano de sanção estatal.

Finda essa abordagem histórica estudou-se as modalidades de pena que estão presentes no Código Penal brasileiro, com todas as suas peculiaridades e maneiras de aplicação.

Depois se analisou a situação real do sistema carcerário brasileiro, passando antes por uma breve análise histórica acerca do surgimento do sistema carcerário em outros países e sua classificação, abordando logo após o modelo de sistema penitenciário adotado pelo Brasil e o porquê de não estar cumprindo com as finalidades da sanção penal, sobretudo a ressocialização dos apenados.

Por fim se tratou das penas alternativas, desde o seu surgimento, de como ingressou no ordenamento jurídico, quais são as suas finalidades e quais são as vantagens dessa pena em relação às penas privativas de liberdade.

Tendo em vista a realidade na qual se encontra o sistema carcerário brasileiro, desprovido de investimentos por parte do poder público, acarretando no cenário caótico visto atualmente através dos meios de comunicação e

sentido por todos no aumento da insegurança devido ao alto número de crimes, é necessário que haja uma modificação na forma de aplicar a sanção àquele que cometeu infração penal.

Percebe-se que atualmente, com o alto índice de criminalidade e a pouca oferta de vagas nas penitenciárias do país, além de um programa de reinserção social precário, a população vive constantemente assustada e se enclausura cada vez mais em suas residências, ou seja, vive mais presa do que os infratores.

Desta forma, é mister que se modifique a maneira de se punir no Estado brasileiro. Uma dessas mudanças que, acredito, seja de fundamental importância para a sociedade, consiste na maior aplicação de penas alternativas. Elas possibilitam a ressocialização do preso muito mais do que a pena privativa de liberdade.

A aplicação da pena alternativa em substituição à pena privativa de liberdade priva o agente de vivenciar a realidade constante nas prisões, ou seja, de ter contato com criminosos de alta periculosidade, de estar em uma cela superlotada, de sofrer algum tipo de violência, seja física, psicológica ou sexual, de ter contato com as drogas, enfim, de ser deteriorado como ser humano.

No cumprimento de pena alternativa, o indivíduo não é segregado do seu meio social. Ele cumpre a pena enquanto mantém os vínculos com a família, os amigos e demais pessoas que podem ajudá-lo a rever suas atitudes, seus comportamentos em face da sociedade, ao mesmo tempo em que, ao cumprir a pena, tem a consciência de que infringiu uma norma do direito positivo e que, portanto, deve se submeter a uma sanção.

Ademais a pena alternativa, além de auxiliar o agente na ressocialização, ainda diminui os custos para o Estado, de forma que, sendo a prisão um local destinado apenas para criminosos mais contumazes e difíceis de se submeter a um processo de reeducação social, o poder público poderia investir de forma mais contundente na segurança máxima dos presídios, sem se preocupar tanto com a construção de mais unidades, uma vez que a

população carcerária iria diminuir e, conseqüentemente, o trabalho desempenhado pelos agentes carcerários seria melhor por não haver um número tão grande de pessoas para fiscalizar.

A sociedade, sem dúvida, seria bastante beneficiada com o aumento da aplicabilidade das penas alternativas, pois o preso, ao cumprir a pena, trabalha para seu meio social e, uma vez estando na penitenciária, ele fica ocioso, deixando de empregar sua força de trabalho para o bem comum. Desta forma, com os trabalhos que realiza a título de sanção, o agente traz benefícios para a sociedade, ao contrário daqueles que deixam o cárcere, na maioria das vezes mais violentos e com mais ânsia de cometer delitos.

Por fim, cumpre destacar que a pena alternativa também funciona como uma maneira de ressarcir a vítima pelo crime cometido, apresentando os traços de uma justiça restaurativa, no sentido de que o infrator tem a possibilidade de se redimir do mal cometido e a vítima tem a oportunidade de ser ressarcida pelos danos causados em virtude do crime, rechaçando a concepção mundana de que o crime compensa.

Em face dessas e de outras razões que aqui não foram elencadas, mas que não são menos importantes é que considero as penas alternativas como uma ferramenta que o Estado brasileiro dispõe para reverter a realidade penitenciária, sobretudo no que concerne ao tratamento dispensado aos apenados, destoantes dos fundamentos constitucionais de cidadania, dignidade da pessoa humana e de respeito aos direitos e garantias fundamentais. É imperioso ressaltar que as penas alternativas aplicadas da forma correta, funcionam como um grande aliado no processo de ressocialização do preso, atendendo, além das outras funções, àquela que acredito seja a principal na aplicação da pena, que é a sua função ressocializadora.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **Implementação de uma política de adoção de penas alternativas, a busca de soluções para a Lei n° 7.210/84 e da crise do sistema carcerário.** In: BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13162-13163-1-PB.pdf>. Acesso em: 16/09/2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão.** Causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. **A Pena de Prisão e a Realidade Carcerária Brasileira: Uma análise crítica.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria\\_angelica\\_lacerda\\_marin\\_dassi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf). Acesso em: 16/09/2011.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/932>. Acesso em: 6/01/2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Evolução histórica do Direito Penal e Escolas Penais.** Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=514](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514). Acesso em: 01/02/2011.

JESUS, Damásio E. de. **Penas Alternativas: Anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Vitor Gonçalves. O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções. In: **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito PANÓPTICA.** Disponível em: [http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/06\\_2009\\_2\\_nov\\_fev\\_108\\_129pp.pdf](http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/06_2009_2_nov_fev_108_129pp.pdf). Acesso em: 16/09/2011.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. Atualizado por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. vol. 1**. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - v.1**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SILVA, José Hélder Batista da. **A evolução das penas**: Da tortura às penas alternativas. Disponível em: [www.veredas.favip.edu.br/index.php/veredas/article/viewFile/16/14](http://www.veredas.favip.edu.br/index.php/veredas/article/viewFile/16/14). Acesso em: 03/01/2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Antonio Carlos Wolkmer (Org.). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.