

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Maria Fernanda de Lima Esteves

A Eficácia das Penas Alternativas na Redução da Criminalidade

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Maria Fernanda de Lima Esteves

A Eficácia das Penas Alternativas na Redução da Criminalidade

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais Afonso Celso e Maria Eugenia e minha irmã Maria Carolina, pelo apoio e incentivo durante a elaboração desta dissertação de Mestrado.

Ao Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques agradeço pelas oportunidades oferecidas e pela valiosa orientação dada na confecção do trabalho.

Agradeço também à Professora Doutora Carolina Alves de Souza Lima pelo apoio e ao amigo Cícero Coimbra Neves pelo grande auxílio durante todo o curso.

Aos Professores Doutores Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, Hermínio Alberto Marques Porto e Márcio Pugliesi o agradecimento pelas lições aprendidas em sala de aula, que contribuíram para o resultado deste trabalho.

E aos meus avós Henrique, Philomena, José Baptista e Odila, com saudades, agradeço por tudo, principalmente pelo amor que me ofereceram, e dedico este trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia das penas alternativas na redução da criminalidade. O tema justifica-se porque a pena é a medida de controle social utilizada pelo Estado em reação à prática de um delito.

Diante desta situação, a pena deve ser a mais eficaz e adequada possível, respeitando o ordenamento jurídico e os princípios vigentes, o que não acontece, na atualidade, com a pena privativa de liberdade, pois, em razão das suas graves falhas, ela não consegue cumprir o objetivo ressocializador, contribuindo para o aumento da reincidência e da criminalidade.

Além disso, medidas como o aumento de penas, a privatização de estabelecimentos penais e até a extinção do Direito Penal também não parecem viáveis para a redução da criminalidade.

O sistema alternativo de pena mostra-se eficaz na redução da criminalidade, em especial em relação ao sistema clássico de pena, pois, dentre outros fatores, enquadra-se nos princípios, na estrutura de garantias individuais e nas finalidades da pena estabelecidos no ordenamento jurídico vigente.

A aplicação das penas alternativas também não traz ao condenado os efeitos maléficos oriundos da aplicação da pena de prisão, como, por exemplo, o estigma e a quebra dos laços familiares, sociais e profissionais do condenado.

É certo que existem críticas ao sistema alternativo de pena, mas ele não pode ser desprezado em razão delas. Desta maneira, se os ajustes forem realizados no sistema, principalmente no que concerne a sua estrutura e fiscalização, ele terá condições de ser ampliado para todos os casos em que seja considerada positiva a sua aplicação, mesmo que o delito não se enquadre nas condições que possibilitam a substituição da pena de prisão por uma pena alternativa.

A análise de dados estatísticos acerca da reincidência em delinqüentes apenados com pena privativa de liberdade e da reincidência em delinqüentes apenados com penas alternativas, bem como a análise dos argumentos de doutrinadores e do ordenamento jurídico vigente atualmente no país são as fontes de pesquisa do trabalho, e auxiliam o seu desenvolvimento.

Palavras-chave: penas alternativas; eficácia; redução; criminalidade.

## ABSTRACT

The present work has as objective to analyze the effectiveness of the alternative penalties in the reduction of criminality. The subject justifies because the penalty is the measure of social control used by the State in reaction to the practice of a delict.

Ahead of this situation, the penalty must be the most efficient and adjusted as possible, respecting the legal system and the effective principles, which does not happen, in the present time, with the privative of freedom penalty, therefore, in reason of its serious imperfections, it does not obtain to fulfill the correction objective, contributing for the increase of the relapse and criminality.

Moreover, measures as penalty increase, privatization of criminal establishments and even the extinguishing of the Criminal Law do not seem viable for the reduction of criminality either.

The alternative system of penalty reveals efficient in the reduction of crime, in special in relation to the classic system of penalty, therefore, among other factors, it fits in the principles, the structure of individual guarantees and the purposes of the penalty established in the effective legal system.

The application of the alternative penalties neither does bring to the convict the malefic effects resultant of the application of the punishment by confinement, as, for example, the stigma and the rupture of his familiar, social and professional bows.

It is certain that there are criticals to the alternative system of penalty, but it cannot be rejected in reason of them. In this way, if the adjustments will be carried through in the system, mainly in which concerns to its structure and fiscalization, it will have conditions of being extended for all the cases where its application is considered positive, even if the delict does not fit in the conditions that make possible the substitution of the punishment by confinement for an alternative penalty.

The analysis of statistical data concerning the relapse in delinquents to whom were imposed a privative of freedom penalty and the relapse in delinquents to whom were imposed alternative penalties, as well the analysis of the arguments of authors and the effective legal system currently in the country are the sources of research of the work, and assist its development.

Keywords: alternative penalties; effectiveness, reduction; criminality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>p. 12</b>
<b>CAPÍTULO I – SISTEMA CLÁSSICO DE PENA.....</b>	<b>p. 17</b>
1.1. Antecedentes históricos .....	p. 17
1.1.1. Sociedades de cultura primitiva .....	p. 17
1.1.2. A Antigüidade Clássica.....	p. 19
1.1.3. A Idade Média .....	p. 21
1.1.4. O pré-absolutismo .....	p. 23
1.1.5. O absolutismo .....	p. 24
1.1.6. O período humanitário.....	p. 25
1.1.7. A pena privativa de liberdade como pena principal .....	p. 27
1.2. Os sistemas penitenciários.....	p. 28
1.2.1. O sistema da Filadélfia .....	p. 28
1.2.2. O sistema de Auburn.....	p. 29
1.2.3. O sistema inglês (ou progressivo) .....	p. 29
1.3. O Sistema progressivo brasileiro.....	p. 29
1.3.1. O regime fechado.....	p. 30
1.3.2. O regime semi-aberto.....	p. 30
1.3.3. O regime aberto .....	p. 30
1.3.4. Exames de classificação e criminológico .....	p. 31
1.3.5. Regime especial.....	p. 32
1.4. Regressão de regime .....	p. 32
1.5. Direitos do condenado à pena privativa de liberdade.....	p. 33
1.6. Deveres do condenado à pena privativa de liberdade .....	p. 34
1.7. Remição penal .....	p. 34
1.8. Detração penal .....	p. 35
1.9. Livramento condicional.....	p. 36
1.9.1. Condições para a concessão .....	p. 37
1.9.2. Revogação .....	p. 38
1.10. Autorizações de saída .....	p. 39
1.10.1. Permissão de saída.....	p. 39
1.10.2. Saída temporária .....	p. 40
1.11. Suspensão condicional da pena privativa de liberdade.....	p. 41

1.11.1. Condições para a concessão .....	p. 41
1.11.2. Revogação .....	p. 42
1.12. O sistema clássico de pena e os direitos fundamentais .....	p. 43

## **CAPÍTULO II – FALHAS DO SISTEMA CLÁSSICO DE PENA .....**

<b>2.1. A perda da liberdade .....</b>	<b>p. 45</b>
2.1.1. A estrutura do estabelecimento penal .....	p. 45
2.1.2. O isolamento .....	p. 46
2.2. A superpopulação carcerária .....	p. 47
2.2.1. A formação de grupos criminosos dentro dos estabelecimentos penais ..	p. 48
2.3. Lutas por poder e corrupção do pessoal penitenciário .....	p. 48
2.4. Problemas psicológicos oriundos do confinamento e a dependência entre os reclusos .....	p. 49
2.5. A subcultura carcerária e prisionalização .....	p. 49
2.5.1. As formas de relacionamento e o “código do recluso” .....	p. 50
2.6. O estigma .....	p. 51
2.6.1. O reforço das desigualdades sociais.....	p. 53
2.7. O desrespeito ao ordenamento jurídico.....	p. 54
2.7.1. As antinomias na legislação .....	p. 55
2.8. A falácia da pena privativa de liberdade como pena incorpórea .....	p. 56
2.9. A falta de análise do sistema clássico dentro do próprio sistema .....	p. 56
2.10. O processo penal não reproduz a realidade do delito .....	p. 57
2.11. A vítima atua como coadjuvante no sistema .....	p. 58
2.12. As cifras negras.....	p. 59
2.13. O sistema clássico funcionando como uma “escola do crime” .....	p. 60
2.14. Os custos do sistema clássico .....	p. 60
2.15. O problema sexual .....	p. 62
2.16. A prisão de curta duração .....	p. 65
2.17. Conseqüências.....	p. 66
2.17.1. O aumento da reincidência e os conflitos dentro dos estabelecimentos penais .....	p. 66

## **CAPÍTULO III – NECESSIDADE DE UM SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA .....**

<b>3.1. As teorias acerca das finalidades da pena .....</b>	<b>p. 70</b>
3.1.1. Teoria retributiva .....	p. 70



3.1.2. Teoria da prevenção especial .....	p. 72
3.1.3. Teoria da prevenção geral.....	p. 75
3.1.4. As finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro .....	p. 78
3.2. Endurecimento de penas e medidas processuais penais.....	p. 79
3.3. Abolicionismo penal .....	p. 81
3.4. Privatização de estabelecimentos penais.....	p. 84
3.5. A necessidade de um sistema alternativo de pena .....	p. 89

## **CAPÍTULO IV – SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA ..... p. 91**

4.1. O sistema alternativo na legislação vigente .....	p. 91
4.2. Penas alternativas <i>versus</i> penas substitutivas .....	p. 92
4.3. Divergências sobre a nomenclatura “penas restritivas de direito” .....	p. 92
4.4. Extinção das penas acessórias .....	p. 93
4.5. Penas alternativas e efeitos da condenação .....	p. 94
4.6. Aplicação subsidiária do Código Penal na Legislação Extravagante .....	p. 94
4.7. Espécies de penas alternativas.....	p. 95
4.7.1. Pena de prestação pecuniária.....	p. 95
4.7.2. Pena de perda de bens e valores.....	p. 96
4.7.3. Pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas ..	p. 97
4.7.4. Pena de limitação de fim de semana.....	p. 99
4.7.4.1. Patronato.....	p. 100
4.7.5. Pena de interdição temporária de direitos.....	p. 100
4.7.5.1. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo .....	p. 100
4.7.5.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público .....	p. 102
4.7.5.3. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.....	p. 103
4.7.5.4. Proibição de freqüentar determinados lugares.....	p. 105
4.7.5.5. Regras gerais sobre a execução da pena de interdição de direitos dispostas na Lei de Execução Penal.....	p. 106
4.7.6. Pena de multa .....	p. 106
4.7.6.1. O sistema de dias-multa .....	p. 107
4.7.6.2. Análise das condições financeiras do condenado .....	p. 107
4.7.6.3. Natureza da pena de multa .....	p. 108
4.7.6.4. Divisão da pena de multa .....	p. 108
4.7.6.5. Pagamento da multa .....	p. 109

4.7.6.6. Superveniência de doença mental .....	p. 111
4.7.6.7. Prazo para o cumprimento da pena de multa: divergência .....	p. 111
4.7.6.8. Execução da pena de multa em caso de descumprimento .....	p. 112
4.8. Execução das penas alternativas .....	p. 113
4.9. Requisitos que permitem a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa .....	p. 114
4.9.1. Quantidade de pena aplicada e crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa .....	p. 115
4.9.2. Reincidência .....	p. 116
4.9.3. Condições pessoais favoráveis do condenado .....	p. 118
4.10. Substituição conforme a quantidade de pena aplicada e o delito praticado .....	p. 118
4.11. Duração das penas alternativas .....	p. 120
4.12. Prescrição das penas alternativas .....	p. 120
4.13. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos durante a execução .....	p. 121
4.14. Conversão das penas alternativas em pena privativa de liberdade .....	p. 122
4.14.1. A conversão na Lei de Execução Penal .....	p. 123
4.14.1.1. Pena de prestação de serviços à comunidade .....	p. 123
4.14.1.2. Pena de limitação de fim de semana .....	p. 124
4.14.1.3. Pena de interdição de direitos .....	p. 125
4.14.2. Conversão das penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores e de prisão simples .....	p. 126
4.14.3. Conversão da pena de multa .....	p. 127

## **CAPÍTULO V – EFICÁCIA E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA .....**

**p. 130**

5.1. Falta de estrutura do sistema .....	p. 130
5.2. Resistência à aplicação das penas alternativas .....	p. 131
5.3. Falta de fiscalização .....	p. 132
5.4. Críticas a algumas espécies de penas alternativas .....	p. 132
5.4.1. Pena de prestação pecuniária .....	p. 133
5.4.2. Pena de perda de bens e valores .....	p. 134
5.4.3. Pena de prestação de outra natureza .....	p. 135
5.4.4. Penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de limitação de fim de semana .....	p. 135
5.5. Eficácia do sistema alternativo de pena .....	p. 136

5.5.1. Os efeitos da aplicação de uma pena alternativa.....	p. 137
5.5.2. O Sistema alternativo de pena e a vítima.....	p. 138
5.5.3. Dados estatísticos .....	p. 140
5.5.4. Custos de aplicação de uma pena alternativa .....	p. 142
5.5.5. O Sistema alternativo e as finalidades da pena .....	p. 143
5.5.6. Sistema alternativo e a efetividade dos princípios.....	p. 144
5.5.6.1. Princípio da proporcionalidade .....	p. 145
5.5.6.2. Princípio da humanidade.....	p. 146
5.5.6.3. Princípio da culpabilidade.....	p. 149
5.5.7. O sistema alternativo e o ordenamento jurídico .....	p. 150
5.6. Aperfeiçoamento do sistema alternativo de pena .....	p. 150
5.6.1. Estrutura adequada e efetiva fiscalização.....	p. 151
5.6.2. Efetiva aplicação do princípio da individualização da pena.....	p. 152
5.6.3. Maior interação dos envolvidos na aplicação do sistema alternativo .....	p. 153
5.6.4. Alterações legislativas.....	p. 153
5.7. Ampliação do sistema alternativo.....	p. 155
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>p. 158</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>p. 163</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da eficácia das penas alternativas à pena privativa de liberdade (ou simplesmente penas alternativas), no tocante à redução da criminalidade.

O tema é de suma importância, pois uma vez que um delito é praticado há um desequilíbrio na sociedade, e o Estado deve tomar uma medida para restaurar o equilíbrio. Deste modo, a reação esperada é a pena, que representa o exercício do direito de punir estatal.

Entretanto, o modelo punitivo clássico (representado pela pena privativa de liberdade) está saturado, não correspondendo aos interesses do delinqüente (a volta ao convívio social), da vítima (a reparação do sofrimento e dos danos por ela sofridos), da sociedade como um todo (a diminuição dos delitos) e nem do próprio Poder Público (que tem a tarefa de aplicar a lei penal).

Desta maneira, é necessário que outro sistema entre em voga, deixando os estabelecimentos penais apenas para os delinqüentes mais perigosos, autores dos crimes mais graves.

O tema delimita-se em dois aspectos: o espacial (análise da eficácia das penas alternativas na redução da criminalidade no Brasil) e o temporal (o momento analisado é o atual).

O trabalho foi desenvolvido de forma a tentar demonstrar que as penas alternativas são mais eficazes do que a pena privativa de liberdade na redução da criminalidade, pois são conformes com o Direito Penal mínimo, que privilegia a conciliação, a reparação de danos e a ressocialização rápida e efetiva.

Além disso, o sistema clássico de pena apresenta-se insuficiente e repleto de falhas, constituindo-se uma mera retribuição ao delito praticado, o que não pode prevalecer em um Estado Democrático de Direito, caso do Estado brasileiro, que possui uma estrutura garantista.

O sistema alternativo de pena, ao contrário, respeita as finalidades da pena, estabelecidas no ordenamento jurídico vigente, respeitando também, desta maneira, a estrutura garantista constitucional.

Ainda que o sistema alternativo de pena (representado pelas penas alternativas) mereça algumas alterações para que seja aperfeiçoado (especialmente no tocante à fiscalização de sua aplicação) ele pune adequadamente os delinqüentes não-perigosos, que praticaram delitos de menor potencial lesivo, deixando os estabelecimentos penais para os delinqüentes incorrigíveis.

Para que a eficácia do sistema alternativo de pena (das penas alternativas) frente ao sistema clássico seja comprovada, o trabalho está dividido em capítulos.

O primeiro capítulo é relativo ao sistema clássico de pena. Este capítulo aborda o sistema clássico de pena, ou seja, como a pena privativa de liberdade surgiu e desenvolveu-se até os dias atuais, bem como a natureza e os institutos deste sistema.

A análise justifica-se pelo fato de que a pena privativa de liberdade (essência do sistema clássico de pena) é a aplicada atualmente (ao contrário das antigas penas corpóreas), sendo que, quando o Código Penal e as Leis Extravagantes criminalizam alguma conduta, a pena prevista, na maioria dos casos, é a de prisão (sendo as penas alternativas geralmente aplicadas de forma substitutiva a esta pena).

Ressalte-se também que, como o trabalho trata das penas alternativas, é necessário analisar em primeiro lugar, de forma detalhada, o sistema clássico de pena, para depois analisar o sistema alternativo e a sua eficácia.

Com a análise do sistema clássico de pena realizada no Capítulo I, o Capítulo II trata dos efeitos e das falhas deste sistema, isto é, as razões pelas quais ele não é eficaz na redução da criminalidade, transformando-se, ao contrário, em um fator criminógeno, que leva à reincidência dos delinqüentes encarcerados.

O capítulo justifica-se pelo fato de que as falhas apresentadas pelo sistema clássico de pena o levam ao limite da inviabilidade, sendo necessária uma análise detalhada destas falhas para um melhor entendimento da necessidade do sistema alternativo de pena.

Diante da ineficácia do sistema clássico, o terceiro capítulo versa sobre a necessidade de um sistema alternativo de pena, que esteja em consonância com o Direito Penal Mínimo e com as idéias de uma Justiça Criminal reparadora e ressocializadora, que tenta buscar o consenso entre delinqüente, vítima e sociedade.

Este capítulo é justificado tendo em vista que, uma vez que a reação ao delito proporcionada pelo sistema clássico não se mostra eficaz, é necessário outro sistema para que a reação ao delito seja adequada e proporcional, já que o Direito Penal não pode deixar de existir simplesmente porque o sistema clássico de pena não funciona bem.

Além disso, medidas como o endurecimento de penas e medidas processuais penais e a privatização de estabelecimentos penais também não se mostram viáveis para a redução da criminalidade, o que reforça a necessidade do sistema alternativo de pena.

O quarto capítulo trata dos fundamentos e da natureza do sistema alternativo de pena, ou seja, do seu desenvolvimento e dos institutos a ele inerentes, tal qual a análise feita no Capítulo I para o sistema clássico de pena.

O capítulo é relevante para o trabalho, eis que é mister analisar detalhadamente o sistema antes de analisar a sua eficácia na redução da criminalidade, que é a questão central do trabalho.

Feita a análise do sistema alternativo de pena, o quinto capítulo aborda a eficácia deste sistema (que é, repita-se, a questão central do trabalho), isto é, as razões pelas quais ele contribui para a redução da criminalidade.

Este capítulo trata também das propostas para o aperfeiçoamento do sistema alternativo, especialmente no tocante a sua estrutura, pois, embora ele seja mais eficaz do que o sistema clássico, precisa de reparos para adaptar-se ao dinamismo da vida social.

Além disso, propostas de aperfeiçoamento também são importantes para que o sistema não se transforme em um sistema ineficaz, como o sistema clássico.

Desta maneira, as propostas trazidas pelo trabalho abordam principalmente o aspecto da fiscalização da aplicação das penas alternativas pelo Poder Público, para que a execução destas penas não seja falha, gerando no grupo social a sensação de impunidade e falência do sistema.

Uma outra proposta (uma vez efetivados os reparos e o aperfeiçoamento do sistema alternativo) é a ampliação do sistema, com a aplicação das penas alternativas em todos os casos em que esta situação se mostre favorável para o delinqüente, a vítima e a sociedade, como nos crimes de médio potencial lesivo, por exemplo, quando a pena aplicada ultrapassa o limite legal atualmente estabelecido

no artigo 44, I do Código Penal, ou nos casos de alguns crimes equiparados a crimes hediondos. Desta maneira, haverá a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena e uma possibilidade maior do cumprimento das finalidades da pena e do objetivo ressocializador, expressos no ordenamento jurídico em vigor.



## **CAPÍTULO I – SISTEMA CLÁSSICO DE PENA**

Desde o início da História, a humanidade depara-se com o cometimento de delitos, dos mais variados tipos. Em razão disso, faz-se necessária uma resposta a este desequilíbrio, para que a convivência social seja viável, ou seja, é preciso aplicar uma pena ao delinqüente.

### **1.1. Antecedentes históricos**

As penas sofreram diversas alterações ao longo do tempo, e a própria origem delas não é conhecida. Contudo, é necessário analisar as características e os fundamentos da pena ao longo da história, para compreender as razões pelas quais a pena de prisão tornou-se a pena principal dos ordenamentos jurídicos na maioria dos países, atualmente.

#### **1.1.1. Sociedades de cultura primitiva**

Nos primeiros agrupamentos sociais, de cultura primitiva, os fenômenos da natureza e do cotidiano não eram explicados racionalmente. Desta maneira, os raios e a chuva, por exemplo, eram atribuídos a seres sobrenaturais, os totens. Estes seres protegiam o grupo, e, em razão disso, o grupo tinha deveres em relação a ele. Qualquer ofensa ao totem ou violação de alguma obrigação relativa a esta entidade acarretava na aplicação de um castigo, que tinha uma característica coletiva, eis que, se o responsável pela ofensa ou violação permanecesse impune, o totem poderia voltar-se contra todo o grupo.

O mesmo acontecia com os tabus, proibições de origem desconhecida, também ligadas ao sagrado e que contribuíam para a disciplina da vida em sociedade.

O maior castigo que alguém poderia receber era a exclusão do grupo. Isso acontecia porque o homem estava intimamente ligado a seu grupo, e viver isoladamente equivalia a uma sentença de morte. Esta pena era conhecida também como perda da paz.

Os grupos foram aumentando, dando origem a subgrupos; não havia um Poder que organizasse, em termos coletivos, a distribuição da justiça, e, conseqüentemente, a aplicação das penas. Desta maneira, era a própria vítima da ofensa, ou alguém que a representasse (seus familiares ou membros do seu grupo), que tomava para si este encargo, gerando um contínuo sentimento de vingança, o que levava a conflitos incessantes entre grupos. Foi a chamada época da vingança privada ou vingança de sangue.

Penas cruéis e a pena de morte eram amplamente utilizadas, sem qualquer preocupação com a proporcionalidade ou com a pessoalidade (já que qualquer familiar ou membro do grupo do ofensor poderia ser punido em seu lugar, caso ele não pudesse ser responsabilizado). Com a evolução da vida social, a vingança privada deu lugar à composição e ao talião, justamente para que as guerras entre clãs tivessem um fim<sup>1</sup>.

Magalhães Noronha afirma que “o revide não guardava proporção com a ofensa, dando-se, por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo. Surge, então, como primeira conquista no terreno repressivo, o talião. Por ele, delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada.”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, p. 31-36.

<sup>2</sup> Edgard MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, p. 20.

### 1.1.2. A Antigüidade Clássica

Na Antigüidade Clássica, tomando como exemplo as civilizações egípcia, grega e romana, houve a transição da pena de cunho particular para uma pena de caráter público. No Egito Antigo a aplicação das penas ficava a cargo dos sacerdotes, o que ressalta a transferência do caráter particular para o público<sup>3</sup>.

Já na Grécia Antiga, em um período inicial, a distribuição da justiça se dava de maneira parecida com a distribuição da justiça dos povos de cultura primitiva, ou seja, a vingança de sangue<sup>4</sup>.

César Dario Mariano da Silva relata que na Grécia, nesta época, “o direito de punir emanava dos deuses, no caso, Júpiter. Em seu nome os reis julgavam e puniam.”<sup>5</sup>.

Entretanto, com o crescimento das *pólis*, o Direito distanciou-se da religião, e as leis, bem como a distribuição da justiça, não eram mais fundamentadas na vontade divina, mas sim tinham como base os cidadãos livres das Cidades-Estado<sup>6</sup>, e o crime era considerado uma ofensa à coletividade.

Na Roma Antiga, assim como aconteceu com os gregos, em um primeiro momento a pena conservava o caráter divino. Conforme assinalam Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez, “... nos primórdios da civilização romana, o direito penal sofreu forte influência religiosa. Em seu primeiro estágio, no período da fundação de Roma (753 a. C.), a pena era utilizada com caráter sacro, confundindo-se a figura do rei e do sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, misturando-se direito com religião.”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 25.

<sup>4</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, 2007, p. 57-58.

<sup>5</sup> César Dario Mariano da SILVA, *Manual de Direito Penal*, p. 3.

<sup>6</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 35.

<sup>7</sup> Edilson Mougnot BONFIM e Fernando CAPEZ, *Direito Penal*, p. 48.

Com o desenvolvimento e a organização do poder político a distribuição da justiça passou a ter em vista o povo romano<sup>8</sup>.

Aníbal Bruno explica que “os conhecimentos firmes que podemos colher mostram o caráter religioso do Direito punitivo inicial. (...) Mas os romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, distinguindo nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral.”<sup>9</sup>.

Na era antiga, as penas corporais e a pena de morte ainda eram largamente utilizadas, e a pena ainda tinha como fundamento a vingança, que no período mudou de privada, divina, para uma vingança pública<sup>10</sup>.

Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez relatam que “nessa época, o direito penal compreendia um conjunto assistemático de regras esparsas, a maioria delas não escritas, por meio das quais se exercia o controle sobre a classe dominada, com o fim de proteger as elites e reafirmar a autoridade central, sempre por meio da difusão do terror e de castigos cruéis e ilimitados.”<sup>11</sup>.

Contudo, exceções surgiram. Na Grécia Antiga, por exemplo, Aristóteles propunha que a pena tivesse um caráter proporcional. Oswaldo Henrique Duek Marques afirma que, para o filósofo, “a justiça se consubstancia no meio-termo entre o ganho auferido pelo agente e a perda suportada pela vítima.”<sup>12</sup>.

Já na Roma Antiga, ainda segundo Duek Marques, Sêneca atribuía “à finalidade da pena como emenda do condenado.”<sup>13</sup>. Protágoras, entre os gregos também pregava como finalidade da pena a correção do delinqüente<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 41.

<sup>9</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, p. 39.

<sup>10</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 43.

<sup>11</sup> Edilson Mougnot BONFIM e Fernando CAPEZ, *Direito Penal*, p. 50.

<sup>12</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, 2.008, p. 39.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>14</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 242.

### 1.1.3. A Idade Média

Na Idade Média, o Direito Romano ainda era utilizado, mas de acordo com Carolina Alves de Souza Lima, “o enfraquecimento do Império Romano do Ocidente e o seu conseqüente desaparecimento refletiram também no sistema jurídico romano.”<sup>15</sup>.

Com a ascensão, no período, da Igreja Católica, o Direito Canônico também ascendeu, inicialmente sendo destinado somente aos membros da Igreja, mas depois aplicado a todas as pessoas.

Luis Regis Prado, discorrendo sobre o assunto, afirma que “nos primeiros tempos, o Direito Penal canônico teve caráter disciplinar, passando, ao depois, com o enfraquecimento do poder estatal, a abarcar religiosos e leigos.”<sup>16</sup>.

O Direito Canônico tinha competência penal exclusiva sobre as questões religiosas e competência concorrente com o direito laico sobre certos assuntos, como a usura, por exemplo<sup>17</sup>.

Desta maneira, o crime era tido como pecado, e a pena era a penitência, que visava a reflexão e o arrependimento do delinqüente/pecador, que, desta maneira, conseguiria a salvação de sua alma na vida eterna.

Oswaldo Henrique Duek Marques leciona que “assim, se nos primórdios da época antiga a pena tinha por fim a satisfação de diversas divindades, isoladas ou não, na Idade Média passou a constituir ofensa a um deus único, perante o qual o

---

<sup>15</sup> Carolina Alves de Souza LIMA, *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*, p. 33.

<sup>16</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 73.

<sup>17</sup> Carolina Alves de Souza LIMA, *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*, p. 35.

delinqüente devia prestar contas. Havia, por esse motivo, grande confusão entre crime e pecado.”<sup>18</sup>.

Além disso, com a invasão do Império Romano pelos povos bárbaros, o Direito Germânico também foi introduzido. Conforme Guilherme de Souza Nucci, “o Direito Germânico, de natureza consuetudinária, caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, havendo, posteriormente, a utilização das ordálias ou juízos de Deus (provas que submetiam os acusados aos mais nefastos testes de culpa – caminhar pelo fogo, ser colocado em água fervente, submergir num lago com uma pedra amarrada aos pés – caso sobrevivessem seriam inocentes, do contrário a culpa estaria demonstrada, não sendo preciso dizer o que terminava ocorrendo nessas situações) e também dos duelos judiciais, onde terminava prevalecendo a lei do mais forte.”<sup>19</sup>.

A Igreja Católica tinha grande influência junto ao poder secular e, através de seus ensinamentos, objetivou a unificação dos povos, bem como a afirmação de seu próprio poder frente ao poder laico, sendo que uma ofensa praticada contra a Igreja era considerada uma ofensa também ao poder secular.

Nas palavras de Duek Marques, a Igreja Católica tentou ainda “...humanizar as práticas penais, criando o direito de asilo em suas igrejas, onde os culpados escapavam das torturas e das mortes. (...). Também contribuiu para o declínio dos ordálios e de outras práticas supersticiosas trazidas pelos povos germanos.”<sup>20</sup>.

César Dario Mariano da Silva também relata que a pena, neste período, “objetivava a recuperação do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da mora.”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 49.

<sup>19</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 58-59.

<sup>20</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, 2.008, p. 49.

<sup>21</sup> César Dario Mariano da SILVA, *Manual de Direito Penal*, p. 4.

Entretanto, um marco negativo foi a criação do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição. Destinado a combater a heresia, utilizou, e muito, de tortura e crueldade<sup>22</sup>, aplicando em vários casos a pena de morte, que era executada pelo poder laico.

Ainda que, em razão do poder exercido pela Igreja Católica, as penas tivessem um condão de penitência, para reflexão e arrependimento perante Deus, com a conseqüente salvação da alma na vida eterna, na Idade Média as penas corporais ainda eram aplicadas amplamente, predominando, desta maneira, a pena como castigo, que deveria ser aplicada a quem atentasse contra os ensinamentos religiosos<sup>23</sup>.

#### 1.1.4. O pré-absolutismo

Com o advento de um poder organizado, o Direito Penal deixou gradativamente de ter um caráter sagrado, religioso, passando a concentrar-se na vontade da própria sociedade, ainda em um período pré-absolutista. Logo, a aplicação das penas deixou de ser um ato privado, mas ainda não havia proporcionalidade entre as penas e os delitos, e as penas corporais (como a própria pena de morte, além de açoites e mutilações) continuavam a ser largamente aplicadas<sup>24</sup>.

É certo que, mesmo quando não havia, no momento da aplicação das penas, a preocupação com os direitos individuais, apareceram exceções. Thomas More, na sua obra *Utopia*, propunha, entre outros, que a pena tivesse como fim a ressocialização do delinqüente, além da abolição da pena de morte (por entender que ela não auxilia na diminuição de crimes) e da introdução de prestação de serviços à comunidade aos condenados por furto<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Carolina Alves de Souza LIMA, *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*, p. 37.

<sup>23</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 58.

<sup>24</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 241.

<sup>25</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 64-65.

Já Tommaso Campanella, em *Cidade do Sol*, embora apoiasse penas corporais, propôs a publicidade das leis, bem como a pena de caráter curativo<sup>26</sup>.

### 1.1.5. O absolutismo

A formação dos Estados Nacionais e o fortalecimento ainda maior do poder político dos soberanos, o que aconteceu entre os séculos XV e XVIII, deu origem ao período absolutista, que teve seu ápice nos meados do século XVII, com o reinado de Luís XIV, da França<sup>27</sup>.

Politicamente, o Absolutismo representou o poder ilimitado do soberano, que se sobrepunha à própria lei, que era elaborada conforme a sua vontade. Além disso, qualquer ação do monarca era considerada legítima e não havia meios de questionar suas decisões, porque seu poder tinha origem divina, Deus havia escolhido o soberano para governar e ser o detentor do poder.

O Direito Penal seguiu esta mesma linha e todo crime também era considerado uma ofensa ao soberano, que aplicava a pena como uma maneira de reafirmar seu poder.

Segundo Luiz Regis Prado, “é forçoso reconhecer que a legislação penal dessa época se caracteriza pela grande crueldade na execução das penas (quase sempre corporais e aflitivas), com objetivo apenas de vingança social e intimidação.”<sup>28</sup>.

Desta feita, as penas corporais eram plenamente aplicadas e a execução destas penas era convertida em um espetáculo público, que tinha como objetivo

---

<sup>26</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 68-70.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>28</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 77.



justamente intimidar a população e, como já relatado, reafirmar a força do soberano<sup>29</sup>.

Conforme Magalhães Noronha, “ainda não se saíra da fase da vingança pública. 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>30</sup>.

Evidentemente, não havia, nessa época, proporcionalidade entre os delitos e as penas, que tinham característica de verdadeiro suplício para o condenado. Logo, a pena no período absolutista ainda tinha como fundamento o castigo, já que o delito, conforme o já expressado, era um atentado contra o soberano, que detinha o poder absoluto.

#### **1.1.6. O período humanitário**

A utilização de penas corporais como pena principal durou até o século XVIII, quando o Direito Penal passou por uma reforma, de caráter humanitário, baseada nos fundamentos da Ilustração, que tinha como expoentes nomes como Voltaire, Rousseau e Diderot.

Oswaldo Henrique Duek Marques relata: “A reação aos atos de punição crudelíssimos e arbitrários, por meio de suplícios, em nome do absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século

---

<sup>29</sup> Um exemplo é a execução de Damiens, narrada por Michel Foucault (*Vigiar e Punir*, p. 9-10).

<sup>30</sup> Edgard MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, p. 24.

XVIII. A ilustração desse século influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tiveram caráter universalizante. Tais princípios transformaram-se em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio.”<sup>31</sup>.

Na reforma do Direito Penal foi muito importante a Escola Clássica, da qual fizeram parte autores como Beccaria, Manuel de Lardizabal y Uribe e Jeremias Bentham, por exemplo, que propuseram que as penas não mais se voltassem para o passado (a mera vingança, retribuição), mais que tivessem uma finalidade para o futuro (ou seja, para a prevenção do cometimento de novos delitos, através da intimidação da sociedade ou da correção do delinqüente)<sup>32</sup>.

César Dario Mariano da Silva destaca que “característica marcante dessa escola liberal é quanto à aplicação da pena. Defensores da legalidade e da humanização da pena propugnam que, como o crime é a violação do direito, só nesse é que pode ser encontrada a correta punição do delinqüente. Em conseqüência, a pena não pode ser arbitrária e deve regular-se pelo dano sofrido e buscar a ressocialização do criminoso.”<sup>33</sup>.

Deve ser ressaltado também que nesta época sugiram efetivamente as primeiras idéias contrárias à pena de morte, e a execução das penas deixou de ser um espetáculo cruel, público; além disso, as penas corporais deixaram gradativamente de ser utilizadas.

Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques, “com a nova corrente filosófica, a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, seja pela reprovabilidade da conduta, seja para a prevenção de infrações futuras, ou, ainda, para a segurança e a tranqüilidade social.

---

<sup>31</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 79.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 79-95.

<sup>33</sup> César Dario Mariano da SILVA, *Manual de Direito Penal*, p. 7.

E a justiça da pena estaria consubstanciada nessa proporcionalidade. Além disso, a sanção, por mais grave que fosse, não poderia ultrapassar a pessoa do criminoso. O princípio da personalidade da pena tornou-se imperativo constitucional.”<sup>34</sup>.

### **1.1.7. A pena privativa de liberdade como pena principal**

Diante desta situação, a pena passou a objetivar a liberdade de locomoção do condenado. Rogério Greco resume: “Verifica-se que desde a Antigüidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas.”<sup>35</sup>.

Michel Foucault retrata bem esta mudança no sistema punitivo: “Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios (...) Dir-se-á: a prisão, a reclusão (...) a interdição de domicílio (...) são penas ‘físicas’, com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo do condenado encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário, qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem.”<sup>36</sup>.

Ressalta-se que antes de a prisão ser considerada a pena principal, ela era utilizada como a prisão cautelar é utilizada atualmente, para que o processo não sofresse interferências indevidas por parte do réu (como por exemplo, intimidação de testemunhas e destruição de provas), e também para que não houvesse a possibilidade de fuga, aguardando preso, desta maneira, o condenado pela pena corporal.

---

<sup>34</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 104.

<sup>35</sup> Rogério GRECO, *Curso de Direito Penal*, p. 535.

<sup>36</sup> Michel FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, p. 12

A pena privativa de liberdade como pena principal, entretanto, apareceu pela primeira vez na Idade Média<sup>37</sup>, através da já relatada ascensão do Direito Canônico, que determinava como pena o recolhimento, visando o arrependimento do condenado, em celas para meditação e penitência (daí o nome penitenciária, utilizado até os dias de hoje, conforme lição de João Bernardino Gonzaga<sup>38</sup>).

Desta forma, a pena de prisão entrou para o Direito Penal como a pena por excelência, contribuindo para o fim dos suplícios em grande parte dos países. No Brasil não é diferente, e, para a maioria dos delitos previstos, a pena cominada é a privativa de liberdade.

## **1.2. Os sistemas penitenciários**

Desde a ascensão dos estabelecimentos penais, várias formas de aperfeiçoar este sistema clássico foram elaboradas pelos estudiosos do Direito Penal. Desta feita, a forma de execução da pena privativa de liberdade deu origem aos chamados sistemas penitenciários. Três são considerados clássicos: o da Filadélfia (também conhecido por pensilvânico, belga ou celular), o de Auburn e o Progressivo (ou também Inglês ou Irlandês)<sup>39</sup>.

### **1.2.1. O sistema da Filadélfia**

O sistema da Filadélfia era caracterizado pelo isolamento e pelo silêncio absoluto dos encarcerados. Além disso, os presos não tinham autorização para deixar suas celas, somente o faziam em casos excepcionais. Não havia também a possibilidade do recebimento de visitas ou direito ao trabalho.

---

<sup>37</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 247.

<sup>38</sup> João Bernardino GONZAGA, *A Inquisição em Seu Mundo*, p. 24 e 38.

<sup>39</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 247.

### **1.2.2. O sistema de Auburn**

No sistema de Auburn, os condenados tinham a permissão para o trabalho, durante o dia, em conjunto com os demais encarcerados. Todos deviam permanecer em silêncio e à noite voltavam para o isolamento.

### **1.2.3. O sistema inglês (ou progressivo)**

No sistema inglês, existia o isolamento no início do cumprimento da pena; após este período, era permitido o trabalho em companhia dos demais presos e, em seguida, havia a possibilidade de liberdade condicional. Na Irlanda foi acrescentada ainda mais uma etapa, e o condenado, antes de ganhar a liberdade condicional, devia passar por um período em que tinha autorização para trabalhar fora do estabelecimento prisional de dia, voltando à cela no período noturno<sup>40</sup>.

### **1.3. O sistema progressivo brasileiro**

O Brasil adota atualmente um sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade. Este sistema objetiva a ressocialização do condenado, e a progressão ocorre em razão do merecimento do encarcerado<sup>41</sup>. A progressão de regime está prevista no Código Penal (artigo 33, § 2º) e na Lei de Execução Penal, Lei nº7.210, de 11 de julho de 1.984 (artigo 112).

O condenado inicia o cumprimento da pena no regime fechado ou semi-aberto e vai progredindo para o regime mais brando, em razão do seu bom comportamento e após ter cumprido certo tempo de pena.

---

<sup>40</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 248.

<sup>41</sup> Damásio EVANGELISTA DE JESUS, *Direito Penal*, p. 519.

### **1.3.1. O regime fechado**

As regras dos três regimes de execução da pena privativa de liberdade estão dispostas no Código Penal (artigos 33 a 36). O regime fechado é aplicado aos condenados a pena superior a oito anos (artigo 33, §2º, “a” do Código Penal), e a pena deve ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média (artigo 33, §1º, “a” do Código Penal).

É permitido o trabalho durante o dia e o isolamento é obrigatório durante a noite. O trabalho deve ser exercido dentro do próprio estabelecimento penal, ou em algum serviço ou obra pública fora dele, sendo respeitadas as habilidades do condenado, e desde que estas sejam compatíveis com a execução da pena (artigo 34, §§ 1º a 3º do Código Penal e artigos 32, *caput*, e 36 da Lei de Execução Penal).

### **1.3.2. O regime semi-aberto**

A pena em regime semi-aberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (artigo 33, §1º, “b” do Código Penal), local em que o condenado, durante o dia, pode trabalhar. É possível também o trabalho externo, além da freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (artigo 35, §§ 1º e 2º do Código Penal).

O regime semi-aberto é aplicado ao condenado não reincidente, e que recebeu uma pena superior a quatro anos e inferior a oito anos (artigo 33, §2º, “b” do Código Penal).

### **1.3.3. O regime aberto**

O regime aberto, por sua vez, é cumprido na casa do albergado ou estabelecimento adequado (artigo 33, §1º, “c” do Código Penal), sendo aplicado a

condenados não reincidentes, com pena igual ou inferior a quatro anos (artigo 33, §2º, “c” do Código Penal). Tem como pressuposto o senso de responsabilidade do condenado e a confiança nele depositada (artigo 36, *caput*, do Código Penal).

Sem vigilância e fora do local do cumprimento da pena, o condenado deve trabalhar, freqüentar algum curso ou participar de qualquer outra atividade autorizada. À noite e em dias de folga, o condenado deve recolher-se (artigo 36, § 1º do Código Penal).

#### **1.3.4. Exames de classificação e criminológico**

Conforme o artigo 5º da Lei de Execução Penal, os condenados serão “classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”.

Desta feita, o exame de classificação, assim como o exame criminológico (artigo 8º da Lei de Execução Penal), integram a efetivação da aplicação do princípio da individualização da pena.

Contudo, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, restringiu as funções da Comissão Técnica de Classificação, que emitia os pareceres nestes exames, estabelecendo, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “que ela somente serviria para fornecer o parecer inicial de cumprimento da pena, mas não mais auxiliaria o juiz durante a execução.”<sup>42</sup>.

Esta modificação legislativa não trouxe benefícios, na medida em que retirou do juiz a possibilidade de ele ter em mãos mais informações a respeito do condenado, em um momento de decisão sobre a concessão ou não de um benefício durante a execução penal.

---

<sup>42</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 927.

Desta feita, em respeito ao princípio da individualização da pena, o juiz da execução deve determinar que seja feito o exame criminológico, sempre que ele, ainda de acordo com Guilherme de Souza Nucci, “entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa.”<sup>43</sup>.

### **1.3.5. Regime especial**

Há ainda o regime especial, destinado às mulheres. Elas devem cumprir a pena em um estabelecimento próprio, devendo ser obedecidos os direitos e deveres próprios de sua condição, além do que for compatível com o disposto no Código Penal (artigo 37).

O condenado a regime aberto poderá cumprir a pena em residência particular se for maior de setenta anos, se estiver gravemente doente, se a condenada estiver grávida ou tiver um filho menor ou deficiente físico ou mental (artigo 117 da Lei de Execução Penal).

### **1.4. Regressão de regime**

Da mesma forma que, baseada no mérito do condenado, a progressão de regime existe na legislação nacional, o condenado fica sujeito à regressão de regime, isto é, ele é transferido para um regime mais rigoroso caso pratique conduta definida como crime doloso ou falta grave, ou seja condenado por crime anterior, de maneira que a soma da nova pena com a que já estava em execução impossibilite o cumprimento da pena no regime mais brando (artigo 118, I, II e III da Lei de Execução Penal).

Além disso, o condenado também é transferido do regime aberto se frustrar os fins da execução ou não pagar a multa cumulativamente imposta, caso tenha

---

<sup>43</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 927.



possibilidade para tanto (artigo 118, §1º da Lei de Execução Penal e artigo 36, §2º do Código Penal).

### **1.5. Direitos do condenado à pena privativa de liberdade**

O condenado deve ainda ter respeitada a sua integridade moral e física, bem como devem ser mantidos todos os direitos que não são relacionados com a perda da liberdade (artigo 5º, XLIX da Constituição Federal<sup>44</sup>, artigo 38 do Código Penal e artigo 3º da Lei de Execução Penal).

Um destes direitos é o direito ao trabalho. Conforme os artigos 39 do Código Penal e 28 a 37 e 41, II e III da Lei de Execução Penal, o trabalho do condenado deve ser sempre remunerado; além disso, ele também tem direito aos benefícios da Previdência Social.

Dentre outros direitos previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal, estão, por exemplo, o direito de exercer atividades intelectuais, artísticas e desportivas (inciso VI), de receber visita (do cônjuge, companheiro, parentes e amigos – inciso X), ao chamamento nominal (inciso XI) e ao contato com o mundo exterior, através de correspondência escrita, leitura ou outros meios de informação (inciso XV).

A Lei de Execução Penal, do artigo 10 até o artigo 27, dispõe também que o condenado tem direito à assistência, de diversos tipos: material (fornecimento de alimentação e vestuário, por exemplo), à saúde (atendimento médico, farmacêutico e odontológico, de caráter preventivo e curativo), jurídica (constituição de advogado, sem ônus ao condenado que não tiver recursos financeiros), educacional (instrução escolar e profissionalizante), social (com a finalidade de auxiliar o condenado e prepará-lo para a volta à convivência social) e religiosa (através de cultos e posse de

---

<sup>44</sup> Artigo 5º, XLIX da Constituição Federal: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”.

livros, por exemplo, será fornecida a instrução religiosa, garantindo-se também a liberdade de culto).

Há também previsão de assistência ao egresso (através de orientação e apoio para facilitar a ressocialização, inclusive com o fornecimento de alojamento e alimentação pelo prazo de dois meses, que pode ser prorrogado uma única vez).

O Código Penal dispõe ainda que, se o condenado vier a sofrer de doença mental após o início do cumprimento da pena, ele deve ser transferido para hospital de custódia e tratamento ou outro estabelecimento adequado (artigo 41).

#### **1.6. Deveres do condenado à pena privativa de liberdade**

Da mesma maneira que possui direitos, o condenado também tem deveres a cumprir. O principal deles é o de obediência às normas de execução da pena (artigo 38 da Lei de Execução Penal). Os deveres do condenado estão dispostos no artigo 39 da Lei de Execução Penal e podem ser citados como exemplo o dever de respeito aos servidores e autoridades com os quais vier a se relacionar durante o cumprimento da pena (inciso II) e aos demais reclusos (inciso III), além do dever de comportamento disciplinado (inciso I) e de indenização à vítima e ao Estado (das despesas com a sua manutenção), se possível (inciso VIII).

#### **1.7. Remição penal**

Alguns institutos ligados ao sistema clássico de pena também estão dispostos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Um deles é o instituto da remição, que estabelece, conforme o *caput* do artigo 126 da Lei de Execução Penal, que o condenado ao regime fechado ou ao regime semi-aberto tem o direito de abater parte do tempo de execução da sua pena, se trabalhar.

A proporção de dias remidos é estabelecida no artigo 126, §1º da Lei de Execução Penal: a cada três dias trabalhados, o condenado tem o direito de computar como cumprido um dia de pena. Mesmo se o condenado estiver impossibilitado de trabalhar, em razão de acidente, poderá beneficiar-se deste instituto (artigo 126, §2º da Lei de Execução Penal). O direito ao tempo remido só é perdido pelo condenado se ele for punido por ter cometido alguma falta grave, sendo que um novo período de remição passará a ser computado a partir da infração (artigo 127 da Lei de Execução Penal).

O tempo a ser remido é válido para computar tempo para outros institutos relacionados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, que são o indulto e o livramento condicional (artigo 128 da Lei de Execução Penal).

Conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete, tem-se como “um dos objetivos do instituto da remição o incentivo ao bom comportamento do sentenciado e à sua readaptação.”<sup>45</sup>. Ele segue afirmando que “como cautela para se evitarem distorções comprometedoras à eficiência e ao critério do instituto, determina-se que a remição depende de declaração do juiz da execução, ouvindo previamente o Ministério Público. Deverão estar comprovados não só os dias de trabalho efetivo, do sentenciado, como também a jornada diária não inferior a seis horas (art. 33 da LEP).”<sup>46</sup>.

### **1.8. Detração penal**

O outro instituto relacionado ao sistema clássico de pena é o instituto da detração penal. Conforme o artigo 42 do Código Penal, o tempo de prisão provisória ou de prisão administrativa (no Brasil ou no exterior) é computado na pena privativa de liberdade.

---

<sup>45</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 260.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 260.

Isto significa que se o condenado ficou um tempo preso antes de ser definitivamente condenado pelo delito que cometeu (em razão, por exemplo, de prisão preventiva, prisão temporária ou prisão em virtude de sentença condenatória recorrível), ou em caso de prisão administrativa por crime militar, por exemplo, vai ter este tempo abatido da sua pena, ou seja, este período vai ser computado como pena cumprida.

Conforme Damásio E. de Jesus, “para a aplicação do princípio da detração penal deve existir nexo de causalidade entre a prisão provisória (decorrente de flagrante, de pronúncia ou preventiva) e a pena privativa de liberdade.”<sup>47</sup>. Isto se dá, conforme o ilustre autor, para que o condenado não fique com um “crédito” contra o Estado, não podendo ser punido em eventuais delitos futuros<sup>48</sup>.

### **1.9. Livramento condicional**

Para completar o sistema clássico de pena, e em conformidade com o sistema penitenciário progressivo adotado no Brasil, cumpre destacar alguns institutos que cuidam do condenado quando ele está em liberdade, mas ainda ligado à execução da sua pena.

Um destes institutos é o livramento condicional. Disposto nos artigos 83 a 90 do Código Penal e 131 a 146 da Lei de Execução Penal, ele estabelece que o condenado tem o direito à liberdade, depois de ter cumprido um determinado tempo de pena, e mediante o cumprimento de certas condições, que são definidas pelo juiz no momento da concessão do benefício.

Desta maneira, o condenado cumpre parte da pena encarcerado, e depois poderá gozar do benefício do livramento condicional, que durará o tempo restante da

---

<sup>47</sup> Damásio EVANGELISTA DE JESUS, *Direito Penal*, p. 524.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 519-520.

pena que foi fixada pelo juiz na sentença condenatória, e que ainda não foi cumprido pelo condenado.

De acordo com o magistério de Julio Fabbrini Mirabete, “neste substitutivo penal, coloca-se de novo no convívio social o criminoso que já apresenta índice suficiente de regeneração, permitindo-se que complete o tempo da pena em liberdade, embora submetido a certas condições. (...) O benefício pressupõe, essencialmente, o reajustamento social do criminoso, porque seu comportamento carcerário e suas condições revelam que os fins educativos da pena foram atingidos.”<sup>49</sup>.

### **1.9.1. Condições para a concessão**

Além do evidente bom comportamento, para obter o livramento condicional o condenado deve demonstrar também que terá como prover sua subsistência, através de trabalho honesto (artigo 83, III do Código Penal) e que reparou os danos causados à vítima, salvo a impossibilidade de fazê-lo (artigo 83, IV do Código Penal).

A quantidade de pena que o condenado deve cumprir antes do livramento varia conforme as condições do condenado e a gravidade do delito cometido: se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes tem de cumprir mais de um terço da pena (artigo 83, I do Código Penal); se for reincidente em crime doloso, deve cumprir mais da metade da pena (artigo 83, II do Código Penal) e, se foi condenado por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, terá de cumprir mais de dois terços da pena, desde que também não seja reincidente específico em crimes desta natureza (artigo 83, V do Código Penal).

---

<sup>49</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 329-330.

O condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa deve ainda dar provas, através de condições pessoais, de que não voltará a delinquir (artigo 83, parágrafo único do Código Penal).

As condições impostas pelo juiz da execução para a concessão do livramento condicional estão estabelecidas no artigo 132 da Lei de Execução Penal. As contidas no parágrafo primeiro do artigo são obrigatórias (ou seja, o condenado deverá cumpri-las para manter o benefício): ocupação lícita (se o condenado for apto para o trabalho), comunicação periódica ao juiz sobre esta ocupação e proibição de mudar da Comarca do Juízo da Execução, sem autorização prévia.

Já as condições contidas no parágrafo segundo do mesmo artigo 132 são facultativas e não exaustivas (isto é, o juiz imporá estas condições se achar necessário, e pode impor outras além deste rol): proibição de mudança de residência sem comunicar ao juiz e à autoridade encarregada da observação cautelar e de proteção, recolhimento à habitação em horário determinado e abstenção de freqüentar certos lugares.

### **1.9.2. Revogação**

O livramento condicional será obrigatoriamente revogado, segundo o artigo 86 do Código Penal, se houver nova condenação irrecorrível a pena privativa liberdade, por crime cometido durante a vigência do livramento ou por crime anterior, observada a possibilidade, conforme o artigo 84 do Código Penal, de soma de penas.

A revogação será facultativa se o condenado não cumprir quaisquer das condições impostas ou se for mais uma vez irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena não privativa de liberdade (artigo 87 do Código Penal).

Uma vez revogado o benefício, não importando se de maneira obrigatória ou facultativa, não poderá mais haver a concessão de um novo livramento, de acordo com o artigo 88 do Código Penal; ainda conforme este dispositivo legal, não será descontado na pena o período em que o condenado esteve solto, exceção feita se a revogação resultar de condenação por crime anterior à concessão do benefício.

Se o livramento condicional não for revogado até o fim a pena privativa de liberdade será considerada extinta (artigo 90 do Código Penal).

### **1.10. Autorizações de saída**

Outros dois institutos previstos na Lei de Execução Penal também têm como objetivo preparar o condenado para a retomada da vida em sociedade. São as autorizações de saída, que se dividem em permissão de saída e saída temporária.

#### **1.10.1. Permissão de saída**

A permissão de saída está definida nos artigos 120 e 121 da Lei de Execução Penal e consiste na autorização para que os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto, bem como os presos provisórios, saiam do estabelecimento penal em que se encontram, mediante escolta, nos casos de falecimento ou doença grave de cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão ou em caso de necessidade de tratamento médico (quando o estabelecimento penal não tiver condições de oferecer o tratamento adequado – artigo 120).

A permissão de saída é concedida pelo diretor do estabelecimento penal e dura o tempo necessário para que se cumpra o motivo pelo qual ela foi concedida (artigo 121).

### 1.10.2. Saída temporária

A saída temporária é disposta nos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal e destina-se aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto. Sem vigilância direta, eles podem sair temporariamente do estabelecimento penal para visita à família, freqüência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior (na Comarca do Juízo da Execução) ou para participação em atividades que colaborem com a volta ao convívio em sociedade (artigo 122).

De acordo com o artigo 123 da Lei de Execução Penal, e diferentemente da permissão de saída, a autorização para a saída temporária é concedida pelo juiz, depois de ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, dependendo ainda do cumprimento de algumas condições: comportamento adequado; cumprimento mínimo de um sexto da pena, se primário, ou de um quarto, se reincidente, e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

A saída temporária tem duração de sete dias, com a possibilidade de renovação por mais quatro vezes durante o ano (artigo 124, *caput*, da Lei de Execução Penal). Se o motivo da saída for a freqüência a curso, a duração da saída temporária será a necessária para o cumprimento das atividades discentes (artigo 124, parágrafo único da Lei de Execução Penal).

O benefício da saída temporária será revogado se o condenado praticar fato considerado como crime doloso, sofrer punição em decorrência de falta grave, não cumprir as condições impostas na ocasião da concessão do benefício ou tiver baixo grau de aproveitamento no curso que estiver freqüentando (artigo 125, *caput*, da Lei de Execução Penal). O condenado só voltará a ter direito à saída temporária se for absolvido no processo penal, tiver cancelada sua punição disciplinar ou comprovar que merece o benefício (artigo 125, parágrafo único, também da Lei de Execução Penal).



## **1.11. Suspensão condicional da pena privativa de liberdade**

A legislação brasileira prevê também a possibilidade de uma pessoa ser condenada a uma pena privativa de liberdade e mesmo assim não cumprir a pena, ou ao menos parte dela, encarcerada. É a suspensão condicional da pena, que está estabelecida tanto no Código Penal (artigo 77 a 82) como na Lei de Execução Penal (artigo 156 a 163).

### **1.11.1. Condições para a concessão**

Também conhecida por “sursis”, significa que a execução da pena privativa de liberdade poderá ser suspensa, pelo prazo de dois a quatro anos, se alguns pressupostos forem cumpridos: a pena não pode ser superior a dois anos; o condenado não pode ser reincidente em crime doloso; a concessão deste benefício deve ser autorizada através da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, além dos motivos e circunstâncias do crime e a substituição por uma pena restritiva de direitos não seja indicada ou cabível (artigo 77 do Código Penal).

Se a condenação for a pena não superior a quatro anos, e caso o condenado tenha mais de setenta anos de idade, ou se razões de saúde indiquem a suspensão da execução da pena, esta ocorrerá com o período de prova compreendido entre quatro e seis anos (artigo 77, §2º do Código Penal). É o chamado “sursis” etário ou humanitário.

Para manter suspensa a execução da pena privativa de liberdade, o condenado deve submeter-se a algumas condições, que são estabelecidas pelo juiz (artigo 78, *caput*, do Código Penal). Dentre estas condições está a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, no primeiro ano do prazo (artigo 78, §1º do Código Penal).

Tal condição pode ser substituída, caso o condenado tenha reparado o dano (ou provado a impossibilidade de fazê-lo) e as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal lhe forem favoráveis (artigo 78, §2º do Código Penal).

Desta feita, as condições a serem estabelecidas são aplicadas de maneira cumulativa, quais sejam: proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da Comarca em que reside, sem prévia autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, todo os meses, para informar e justificar suas atividades (artigo 78, §2º, “a” a “c” do Código Penal).

Outras condições também podem ser estabelecidas, se adequadas ao fato e à pessoa do condenado (artigos 79 do Código Penal e 158, §1º da Lei de Execução Penal).

### **1.11.2. Revogação**

Da mesma forma que o livramento condicional, a suspensão condicional da pena também pode ser revogada, obrigatoriamente, caso haja nova condenação irrecorrível por crime doloso, não reparação do dano ou frustração da execução da pena de multa de maneira injustificada ou o não cumprimento da obrigação de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de fim de semana (artigo 81, I, II e III do Código Penal).

A revogação facultativa da suspensão condicional da pena ocorrerá se o condenado não cumprir qualquer outra condição imposta, bem como se for irrecorrivelmente condenado a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, por crime culposo ou contravenção (artigo 81, §1º do Código Penal).

Além disso, o prazo da suspensão condicional da execução da pena, também chamado de período de prova, poderá ser prorrogado se o condenado estiver sendo

processado por outro crime ou contravenção, enquanto durar o processo, ou, caso haja motivo para revogação facultativa, ao invés da revogação, haverá a prorrogação do período de prova até o máximo, se este não foi o prazo fixado (artigo 81, §§2º e 3º do Código Penal).

### **1.12. O sistema clássico de pena e os direitos fundamentais**

Deve ser ressaltado que o sistema clássico de pena deve basear-se no respeito aos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e repetidos em outros pontos do ordenamento jurídico. Guilherme de Souza Nucci explica que “o estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, com todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros).”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 920.

## CAPÍTULO II – FALHAS DO SISTEMA CLÁSSICO DE PENA

Conforme relatado no capítulo anterior, a pena privativa de liberdade foi importante para que as penas corporais deixassem de ser amplamente utilizadas, fazendo com que a resposta ao delito cometido fosse dotada de um caráter mais justo e proporcional.

Entretanto, o sistema clássico de pena, representado justamente pela pena de prisão, tem falhas, facilmente percebidas ou não, que impedem o seu bom funcionamento. Ressalta-se aqui que os problemas e, conseqüentemente, as críticas ao sistema clássico de pena existem praticamente desde que a prisão passou a ser considerada a principal pena do Direito Penal.

Cezar Roberto Bitencourt destaca: “Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise.”<sup>51</sup>.

É certo dizer que estas falhas e críticas que podem ser apontadas em relação ao sistema clássico de pena acarretam a não-ressocialização ou até mesmo a dessocialização do recluso (situação na qual ele não guarda qualquer relação ou possibilidade de ajuste ou convivência com o restante do grupo social).

---

<sup>51</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 143.

Anabela Miranda Rodrigues afirma que a dessocialização é maléfica e deve ser evitada: “A preocupação de impedir os efeitos nocivos da aplicação de uma pena privativa de liberdade – evitar a dessocialização, numa palavra – é apenas uma perspectiva mais realista, reafirma-se, perante o quadro de condições que o efeito positivo de socialização exige para se realizar.”<sup>52</sup>.

Vale dizer também que não se pretende que o recluso vire um “robô”, mecanicamente defendendo os mesmos valores que a sociedade defende (principalmente os valores defendidos pelos detentores do poder), mas é necessário que ele não se transforme em um criminoso habitual ou violento, conseguindo viver afastado da criminalidade.

## **2.1. A perda da liberdade**

Em primeiro lugar, a perda da liberdade traz ao condenado uma amarga experiência. Ele terá de ficar longe de sua família e de seus amigos, passando a conviver com outras pessoas que também necessitam de ressocialização, ou seja, pessoas que pouco, ou em nada, o ajudarão a sair do mundo da criminalidade. Conforme Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, “a prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas seqüelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num mundo artificial onde tudo é negativo.”<sup>53</sup>.

### **2.1.1. A estrutura do estabelecimento penal**

Além disso, a própria estrutura da prisão não auxilia o condenado a cumprir sua pena e voltar a ter uma vida sem crimes. Em razão da disciplina e da segurança, muitas atividades não podem acontecer, ou acontecem de uma maneira limitada

---

<sup>52</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 565-566.

<sup>53</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 62.

(por exemplo, as “condições deficientes de trabalho, o que pode significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo”<sup>54</sup>), afastando o recluso da ressocialização.

Anabela Miranda Rodrigues concorda que a falta de estrutura dos estabelecimentos penais é um dos fatores que mais contribui para a crise do sistema clássico de pena: “A insuficiência das estruturas penitenciárias está, em larga medida, na origem da actual situação de crise da pena de prisão.”<sup>55</sup>.

### 2.1.2. O isolamento

Desta maneira, percebe-se facilmente que o isolamento causa ao recluso efeitos perversos. O ambiente prisional não reproduz o ambiente que ele encontrará quando voltar a viver em liberdade. Ao contrário, para a maioria da sociedade, os estabelecimentos penais são um mundo à parte do “mundo real”, e os reclusos não têm a possibilidade de acompanhar as mudanças da vida moderna, não conseguindo adaptar-se a ela.

Neste sentido é a opinião de Cezar Roberto Bitencourt: “é impossível admitir a possibilidade de ressocialização do recluso, com a existência de um subsistema social que contradiz totalmente os propósitos ressocializadores.”<sup>56</sup>.

Luigi Ferrajoli, sobre o assunto, afirma que “a prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva.”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 144-145.

<sup>55</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 564.

<sup>56</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 158.

<sup>57</sup> Luigi FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 379-380.

## 2.2. A superpopulação carcerária

A superpopulação carcerária é outra falha do sistema clássico de pena. É uma falha grave, pois leva a outros problemas. Por exemplo: com mais presos do que um estabelecimento penal pode suportar, as condições de higiene tornam-se precárias, facilitando o contágio de doenças, muitas delas fatais (como a AIDS). Some-se a isso o fato de que, com a superpopulação carcerária, o controle da disciplina fica mais difícil; por outro lado, a formação de “gangues” e quaisquer outros tipos de associações criminosas é facilitada, sem falar na redução da intimidade do recluso e do aproveitamento do tempo<sup>58</sup>.

Dados estatísticos<sup>59</sup> confirmam o problema: em dezembro de 2005, havia 252.460 (duzentas e cinqüenta e duas mil quatrocentas e sessenta) pessoas envolvidas no sistema clássico (dentre presos provisórios e condenados cumprindo penas nos regimes fechado, semi-aberto e aberto); entretanto, a capacidade do sistema era de apenas 175.908 (cento e setenta e cinco mil e novecentas e oito) vagas.

Já em dezembro de 2006 a capacidade do sistema era de 224.277 (duzentas e vinte e quatro mil duzentas e setenta e sete) vagas, mas o número de pessoas abrigadas era de 317.613 (trezentos e dezessete mil seiscentos e treze). Em dezembro de 2007 estes números eram 249.515 (duzentos e quarenta e nove mil quinhentos e quinze) e 362.599 (trezentos e sessenta e dois mil quinhentos e noventa e nove), respectivamente.

Logo, percebe-se claramente que a falta de vagas é um fato e um problema gravíssimo do sistema clássico de pena.

---

<sup>58</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 144.

<sup>59</sup> O Infopen é o Sistema de Informações Penitenciárias, um programa criado e gerado pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça, e que coleta dados, com o auxílio das secretarias estaduais, sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Acesso através de [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), em 15 fev. 2008.

### **2.2.1. A formação de grupos criminosos dentro dos estabelecimentos penais**

A formação de grupos criminosos faz parte vida na prisão, mas seus efeitos são altamente prejudiciais para a ressocialização. Michel Foucault afirma sobre o assunto: “A prisão torna possível, ou melhor, favorece, a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras (...) E nesses clubes é feita a educação do jovem delinqüente que está em sua primeira condenação.”<sup>60</sup>.

### **2.3. Lutas por poder e corrupção do pessoal penitenciário**

O ambiente fechado é propício a lutas por poder e corrupção, tendo em vista a obtenção de proteção, regalias e o melhoramento da posição do recluso dentro da “hierarquia carcerária”. A corrupção do pessoal penitenciário é outra grave falha do sistema clássico de pena, na medida em que demonstra ao recluso que quem deveria cuidar para que ele consiga readaptar-se à sociedade é exatamente quem o mantém no mundo da ilegalidade, frustrando, assim, o objetivo ressocializador.

A corrupção dentro dos estabelecimentos penais gera um círculo vicioso, uma vez que o corruptor quer manter o que conseguiu através da corrupção, e o corrompido vai aumentar suas exigências, levando a um ambiente ainda mais hostil e de desconfiança do que naturalmente já é, “um lugar onde se dissimula e se mente.”<sup>61</sup>.

Em relação ao “jogo do poder”, ele determina as condições em que o recluso cumprirá a pena, com ou sem regalias, com ou sem ameaças de morte pelos outros reclusos. Se ele cumprir as “ordens” dos líderes de um grupo pode ficar em uma situação ruim perante os outros grupos. Além disso, há o pessoal penitenciário, que, se não ceder à corrupção para que o grupo corruptor sempre tenha regalias, entrará

---

<sup>60</sup> Michel FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, p. 222.

<sup>61</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 146-147.



no “jogo” para que a disciplina seja mantida e nenhum grupo tenha superioridade sobre os demais.

#### **2.4. Problemas psicológicos oriundos do confinamento e a dependência entre os reclusos**

Além dos problemas físicos, a pena privativa de liberdade também pode causar nos reclusos problemas psicológicos. Muitos reclusos passam a ter, por exemplo, um comportamento agressivo, desejo de suicidar-se e experimentam uma regressão a um estágio infantil (puerilismo). A prisão também acarreta uma diminuição do conceito que o recluso tem dele mesmo, já que, com o isolamento, o recluso tem diminuída sua individualidade (na medida em que será apenas um dentro de um grupo), conseqüentemente desvirtuando sua maneira de se ver<sup>62</sup>.

Em razão da estrutura hierárquica estabelecida entre os reclusos, muitos deles são dependentes dos líderes para a sua própria sobrevivência, e estes se aproveitam da situação. Cezar Roberto Bitencourt relata que “a detenção de poder no interior das prisões manifesta-se das formas mais variadas e em circunstâncias que, no mundo livre, não assumem nenhuma importância. (...) Pode também externar-se através de manifestações desumanas, como o fato de dispor dos serviços de outro recluso, como se fosse seu escravo.”<sup>63</sup>.

#### **2.5. A subcultura carcerária e prisionalização**

A prisão, não sendo um ambiente natural, faz com que o condenado tenha de adaptar-se a uma nova situação. Desta maneira, existe efetivamente nos estabelecimentos prisionais uma subcultura carcerária, paralela e, no mais das vezes, contrária à cultura existente fora da prisão. Adaptar-se a ela, em maior ou

---

<sup>62</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 175 e seguintes.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 158.

menor grau, pode ser um meio de sobrevivência durante a execução da pena privativa de liberdade, mas também causa um efeito geralmente nocivo no recluso.

O fenômeno da prisionalização (conforme Cezar Roberto Bitencourt, exatamente a adaptação à cultura carcerária) “é um processo criminológico que leva a uma meta diametralmente oposta a que pretende alcançar o objetivo ressocializador.”<sup>64</sup>.

De qualquer maneira, por meio de, por exemplo, formas de expressão (são exemplos a linguagem e as gírias diferenciadas, além de símbolos, como tatuagens) e formas de relacionamento próprias, o recluso vai aprendendo a viver na prisão.

Com relação às formas de relacionamento, elas podem se dar entre reclusos de um mesmo grupo (e vão variar conforme a posição dele dentro do grupo em que foi aceito, ou até mesmo se ele foi aceito em algum grupo), entre os grupos e entre os reclusos e o pessoal que trabalha no estabelecimento penal.

### **2.5.1. As formas de relacionamento e o “código do recluso”**

O recluso sabe também que deve cumprir as regras do estabelecimento em que se encontra, ainda que não concorde com elas. Entretanto, ele logo descobrirá que terá outras normas a obedecer. Os grupos formados dentro dos estabelecimentos elaboram seu próprio código de conduta, ou “código do recluso”, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt.

Segundo o autor, “o *código do recluso* é a expressão mais elaborada das regras básicas da sociedade carcerária. Não se trata apenas de simples atitudes ou de valores mais ou menos antagônicos em relação a sociedade livre. O *código do recluso* implica no estabelecimento de determinadas normas de cumprimento

---

<sup>64</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 171.

obrigatório, e, eventual desobediência, significa a imposição coercitiva de alguma sanção. O *código do recluso* é uma das expressões mais típicas do antagonismo com a sociedade que, neste caso, é representada pelo pessoal penitenciário.”<sup>65</sup>.

A importância deste código no ambiente carcerário geralmente é muito grande, em razão da situação em que se encontra o recluso, isto é: ele está em um ambiente hostil, no qual precisará de muita disciplina, inclusive para a sua sobrevivência.

Desta maneira, “a influência do *código do recluso* é tão grande que propicia aos internos mais controle sobre a comunidade penitenciária que às próprias autoridades. Os reclusos aprendem, dentro da prisão, que a adaptação às expectativas de comportamento do preso é tão importante para o seu bem-estar quanto a obediência às regras de controle impostas pelas autoridades. O cumprimento das normas da prisão, especialmente as do *código do recluso*, é mais importante que o próprio cumprimento das normas que regem a vida livre, posto que se tem muito menos liberdade.”<sup>66</sup>.

## 2.6. O estigma

Uma outra grave falha do sistema clássico de pena é a estigmatização, que atinge não só o recluso, mas também toda a sua família. Uma vez condenado, o criminoso terá uma marca que o acompanhará pelo resto da vida. A busca por um emprego, por exemplo, será muito mais difícil quando ele estiver em liberdade novamente, pois o período em que o recluso esteve no cárcere ficará evidenciado. Além disso, será difícil retomar o convívio social, já que muitos amigos e familiares não querem ao seu lado um “ex-presidiário”.

---

<sup>65</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 166.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 167.

Sobre o tema, discorre Cláudio Luiz Frazão Ribeiro: “Em todo e qualquer tipo de estigma negativo, verifica-se que o indivíduo – que poderia perfeitamente ser integrado nas relações sociais quotidianas – exhibe um traço que afasta aqueles com quem se encontra em condições de interação, anulando qualquer possibilidade de reconhecimento de outros atributos seus.”<sup>67</sup>.

A mesma situação é vivida pelo núcleo familiar do recluso, seus parentes mais próximos, num claro exemplo de que o princípio constitucional da personalidade da pena<sup>68</sup> não é respeitado na prática. Na verdade, esta situação faz com que a família também fique constrangida com o fato de ter um recluso como parente (ou de conviver com ele, se já estiver em liberdade), acabando por rejeitá-lo, deixando o ex-encarcerado sozinho, sem oportunidades e principalmente sem perspectivas, o que praticamente impossibilita a sua ressocialização.

Segundo Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, “em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. (...) Aquele que foi pego pelo sistema é culpado para o resto da vida. É essa a nossa justiça – mecanismo de exclusão definitiva?”<sup>69</sup>.

Alberto Marques dos Santos compartilha deste pensamento, afirmando que “o sobrevivente, que consegue voltar às ruas depois de cumprir sua pena, não encontra mais espaço na sociedade (...) A cadeia estigmatiza, lançando sobre o egresso um rótulo que o deixa marginalizado vitaliciamente. Quase sempre sem

---

<sup>67</sup> Cláudio Luiz Frazão RIBEIRO, *O Mito da Função Resocializadora da Pena*, p. 124.

<sup>68</sup> Artigo 5º, XLV da Constituição Federal: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

<sup>69</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 69-71.

achar uma vaga num trabalho dentro da lei, o egresso acha facilmente vagas no trabalho fora-da-lei, com os antigos companheiros do cárcere.”<sup>70</sup>.

Winfried Hassemer também trata do assunto, discorrendo sobre a teoria do *labeling approach*, que estabelece que a criminalidade advém do estigma que recai sobre o indivíduo: “Neste ponto aparece o chamado *labeling approach* (enfoque do etiquetamento), que adota o seu nome a partir da sua tese central: a criminalidade não é característica de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização; a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social.”<sup>71</sup>.

### 2.6.1. O reforço das desigualdades sociais

Além de estigmatizar, o sistema clássico de pena também reforça as desigualdades sociais. A maior parte dos reclusos é negra e pobre, ou seja, já é naturalmente marginalizada, e a prisão só faz aumentar essa marginalização.

Conforme João Baptista Herkenhoff, “a violência da prisão e as violências na prisão avultam quando se constata que a prisão atinge, primordialmente, as classes oprimidas, os estratos mais pobres da população. Os pobres não são apenas as principais vítimas da prisão, como das maiores violências nas prisões.”<sup>72</sup>.

Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis também afirmam que “o sistema penal visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais.”<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Alberto Marques do SANTOS, *Criminalidade*, p. 88.

<sup>71</sup> Winfried HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 101-102.

<sup>72</sup> João Baptista HERKENHOFF, *Crime: Tratamento sem Prisão*, p. 40.

<sup>73</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 75.

## 2.7. O desrespeito ao ordenamento jurídico

Pode-se afirmar também que o sistema clássico de pena quase sempre não fornece as garantias e nem respeita as finalidades da pena, estabelecidas no ordenamento jurídico vigente.

Isso significa dizer que, por exemplo, a Lei de Execução Penal não é cumprida, eis que a realidade é diferente da descrita em artigos, como o artigo 1º (que estabelece como objetivo criar condições para a ressocialização do condenado)<sup>74</sup> e o parágrafo único da artigo 88 (que descreve as condições adequadas de uma unidade celular)<sup>75</sup>, além dos Patronatos, que quase não existem no país<sup>76</sup>.

Para Rogério Greco, “quando o Estado consegue fazer valer o *jus puniendi* (...), essa pena não cumpre as funções que lhe são conferidas, isto é, as funções de reprovar e prevenir o delito.”<sup>77</sup>.

Ressalta-se também que o preceito constitucional<sup>78</sup> que estabelece a proibição de penas cruéis não é respeitado, em virtude da maneira como é executada a pena privativa de liberdade; da mesma forma, Tratados internacionais<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Artigo 1º da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

<sup>75</sup> Artigo 88, parágrafo único, da Lei de Execução Penal: “Art. 88. ... Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)”. A já citada superpopulação carcerária faz cair por terra o estabelecido no artigo em questão.

<sup>76</sup> Artigo 78, *caput*, da Lei de Execução Penal: “O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (art. 26).”.

<sup>77</sup> Rogério GRECO. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 13.

<sup>78</sup> Artigo 5º, XLVII da Constituição Federal: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”.

<sup>79</sup> Serve de exemplo a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que, especialmente no seu artigo 5º, trata do direito à integridade pessoal, por meio de, por exemplo, objetivo ressocializador da pena e da proibição de penas cruéis.

de proteção dos direitos humanos, de que o Brasil faz parte, também não são seguidos.

### 2.7.1. As antinomias na legislação

Além do desrespeito ao ordenamento jurídico, a legislação concernente ao sistema clássico de pena tem várias antinomias, que também contribuem para que ele seja tão falho. Por exemplo: com o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1.997), a prática de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor tem o dobro da pena cominada no Código Penal para a lesão corporal dolosa leve<sup>80</sup>.

Além disso, normas com inspiração nos movimentos de Lei e Ordem, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1.990), contrastam com normas em conformidade com a estrutura de proteção dos direitos fundamentais, trazida com a Constituição Federal de 1.988 (como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995).

Como se isso não bastasse, não há como conciliar o objetivo ressocializador com a tarefa de disciplina dentro dos estabelecimentos penais. Cláudio Luiz Frazão Ribeiro afirma que “a uma só vez, portanto, espera-se que a guarda penitenciária – cujos integrantes estão mais diretamente em contato com o interno –, de um lado, faça o preso sofrer, leve-o a admitir o caráter reprovável de sua conduta e trate-o como a um paciente ou aluno, e, por outro, que o mantenha apartado da sociedade, impedindo fugas e rebeliões.”<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Artigo 303 da Lei nº 9.503, de 23/09/97: “Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”. Artigo 129 do Código Penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

<sup>81</sup> Cláudio Luiz Frazão RIBEIRO, *O Mito da Função Ressocializadora da Pena*, p. 138.

## 2.8. A falácia da pena privativa de liberdade como pena incorpórea

E, na verdade, ainda que oficialmente a pena de prisão não seja uma pena corporal (da maneira como se dava antigamente) em muitos casos ela constitui-se em pena de morte (eis que muitos encarcerados são mortos por outros encarcerados ou adoecem durante a execução da pena) ou pena de prisão perpétua, já que vários reclusos que têm direito à progressão de regime ou até mesmo já cumpriram suas penas ainda estão encarcerados, porque não há ordem judicial determinando a soltura (ou o regime mais benéfico) ou não há como cumprir tal ordem.

Afirmam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis a respeito do tema: “Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão (...). Estas são provações físicas que agridem o corpo, que o deterioram lentamente.”<sup>82</sup>.

## 2.9. A falta de análise do sistema clássico dentro do próprio sistema

Um outro problema grave do sistema clássico de pena é o fato de que dificilmente ele é analisado de dentro do próprio sistema, denunciando a enorme distância existente entre reclusos e a sociedade livre, que, por esta razão não se compromete com a resolução dos problemas, agravando-os ainda mais; “estas pessoas concretas, que, em sua imensa maioria, intuem que há alguma coisa de louco e de insuportável em nossa justiça criminal, por outro lado, a não ser que tenham estado, algum dia, elas mesmas presas no labirinto penal, ignoram como realmente funciona o SISTEMA.”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 61-62.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 56.



Some-se a isso o fato de que as pessoas que atuam no sistema clássico de pena (em especial juízes, promotores, policiais e pessoal penitenciário), no mais das vezes, não contribuem para que o sistema deixe de ser tão deteriorado, eis que não atuam em conjunto para que soluções apareçam, querendo, ao contrário, fazer valer o seu ponto de vista. Desta forma, a criminalidade e o delinqüente são tratados simbolicamente, permanecendo o sistema clássico de pena neste “círculo vicioso”.

Logo, percebe-se facilmente também que grande parte das falhas do sistema clássico de pena também ocorre porque, geralmente, as autoridades e a sociedade não têm interesse em resolver estas falhas<sup>84</sup>.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci afirma que “observa-se, muitas vezes, no Brasil, que boas idéias ou leis são rechaçadas, modificadas ou revogadas simplesmente porque não se conseguiu apoio político para sua implementação, pelas mais variadas razões. Uma delas certamente é a pouca visibilidade que o investimento maciço, porém necessário, no sistema penitenciário como um todo traz ao governante. Por outro lado, cumpre destacar que a ausência de um projeto de conscientização da população em geral de que o preso também merece, como qualquer brasileiro, condições dignas de vida e sobrevivência, provoca, como conseqüência, a má vontade do político, encarregado de aprovar e aplicar verbas na (re)construção dos presídios, porque simboliza privilegiar desocupados e delinqüentes, autênticos párias.”<sup>85</sup>.

## **2.10. O processo penal não reproduz a realidade do delito**

O próprio processo penal quase sempre não consegue reproduzir efetivamente a realidade dos fatos no momento em que o delito foi praticado. Deste modo, a sentença não agrada nem ao condenado e nem à vítima (e ao restante da sociedade).

---

<sup>84</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 145.

<sup>85</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 271.

O condenado acha que a pena recebida é exacerbada, já que, geralmente, não se considera um criminoso; a vítima, ao contrário, entende que a pena aplicada foi muito branda, e que o delinqüente ficará praticamente impune. Ambos, portanto, consideram que não tiveram voz no processo, utilizando-se dos vários recursos disponíveis no ordenamento jurídico para que alcancem o objetivo desejado (liberdade x condenação mais severa). Só que esta situação vai durar alguns anos, aumentando a descrença no sistema.

### **2.11. A vítima atua como coadjuvante no sistema**

O sistema clássico de pena também é falho quando relega à vítima um papel de coadjuvante durante o processo penal. Nos casos de ação penal pública, ela vira apenas um nome, e quase nunca tem a oportunidade de ser realmente ouvida, exceto quando é chamada para reviver tudo o que passou, isso quando não é atribuída à própria vítima a responsabilidade pelo delito.

Cezar Roberto Bitencourt relata o problema: “Enfim, a vítima, em vez de sujeito de direitos, de direitos violados (violados e ignorados) é tratada como objeto, objeto de investigação, que, ao invés de direitos, tem deveres, o dever de ‘colaborar com a investigação criminal’, de permitir a invasão de sua privacidade, para facilitar os esclarecimentos dos fatos etc.”<sup>86</sup>.

Winfried Hassemer corrobora este pensamento, afirmando que “o Direito Penal afasta a vítima da sua posição frente ao autor e ocupa por si mesmo esta posição. Ele remete a vítima à assistência, ao direito social, ao direito civil e ao processo civil, onde ela, atuando de modo ativo e dirigindo o processo, deverá procurar seu direito à restituição, à reparação material e à indenização pelo prejuízo. No Direito Penal a vítima é neutralizada. Mas como a testemunha, ela precisa

---

<sup>86</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 25.

cooperar no esclarecimento do ato e tem direitos rudimentares na conformação do processo, nada mais.”<sup>87</sup>.

Desta maneira, a vítima tem a sensação de que foi marginalizada pelo sistema, que, mais uma vez, fica desacreditado. Então, só resta à vítima o sentimento de vingança, que, embora presente no ser humano, ainda que de maneira inconsciente, não deve basear o sistema de penas brasileiro.

Conforme o entendimento de Oswaldo Henrique Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, “a reprovação é normalmente associada à idéia de retribuição na aplicação da pena, o que constitui, em verdade, um equívoco. A retribuição, em sua leitura tradicional, apregoa a consagrada noção de que ‘ao mal do crime’ deve corresponder ‘ao mal da pena’, para haver equilíbrio e justiça. Tal justificativa, por seu caráter, metafísico, deve ser afastada como fundamento ou finalidade da pena.”<sup>88</sup>.

## 2.12. As cifras negras

As cifras negras também representam uma falha do sistema clássico de pena, na medida em que demonstram a descrença no próprio sistema, que não analisa todos os casos que deveria, já que a maior parte não chega ao conhecimento das pessoas encarregadas de analisá-los.

Segundo Rogério Greco, “mesmo tendo conhecimento do ‘público-alvo’ do Direito Penal, grande parte dele fica de fora, fazendo parte daquilo que se convencionou chamar de cifra negra, ou seja, aquela parcela, na verdade a maior, de infrações penais que não chega ao conhecimento dos órgãos formais de repressão (polícia, Ministério Público, Magistratura etc.).”<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Winfried HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 113.

<sup>88</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES e Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA, “Os Fins da Pena no Código Penal Brasileiro”, *Boletim IBCCRIM*, p. 18.

<sup>89</sup> Rogério GRECO, *O Direito Penal do Equilíbrio*, p. 13.

Isso faz com que o sistema afaste-se ainda mais da sociedade. Para Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, “a cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas.”<sup>90</sup>.

### **2.13. O sistema clássico funcionando como uma “escola do crime”**

Também são muitos os casos de reclusos mais perigosos cumprindo pena ao lado de reclusos não perigosos. Embora o ordenamento jurídico estabeleça a separação entre estes reclusos<sup>91</sup>, a realidade demonstra outra situação: não há qualquer separação entre os encarcerados, que vão espelhando-se nas péssimas experiências de seus “colegas de cela”, transformando-se em pessoas piores do que quando começaram o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Desta maneira, a prisão torna-se uma “escola do crime”, de modo que um indivíduo que cometeu um delito não tão grave sai do estabelecimento penal apto a praticar qualquer tipo de crime. Cezar Roberto Bitencourt escreveu sobre o tema: “A prisão, com sua disciplina necessária, mas nem sempre bem empregada, cria uma delinqüência capaz de aprofundar no recluso suas tendências criminosas. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso.”<sup>92</sup>.

### **2.14. Os custos do sistema clássico**

O custo da manutenção do recluso no cárcere tornou-se também uma falha do sistema clássico de pena, pois o Poder Público deve bancar sua alimentação, tratamento médico (se não for possível fazê-lo dentro do estabelecimento penal), o

---

<sup>90</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 66.

<sup>91</sup> Artigo 84, §1º da Lei de Execução Penal: “Art. 84. (...) §1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes”.

<sup>92</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 166.

pessoal para vigilância e manutenção da disciplina, só para citar alguns exemplos de gastos.

Logo, o sistema também se deteriora porque não há recursos financeiros para a reforma ou construção e manutenção de estabelecimentos penais, impedindo, desta maneira, a utilização do sistema clássico de pena.

Para Anabela Miranda Rodrigues, em “mantendo-se o nível actual de utilização da prisão, não parece compatível com os recursos financeiros que o Estado está em condições de dispender neste sector, a criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários respondendo a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização e qualidade e quantidade dos operadores. A única via para superar o impasse – tendo-se por intolerável a manutenção do (actual) sistema penitenciário que, não sendo planeado na base daquelas coordenadas referidas, se arrisca a não cumprir qualquer das funções de prevenção especial assinaladas, nem mesmo a de ‘neutralização’ do condenado durante o tempo da execução – encontra-se, por isso, em pôr em prática uma política deflacionária da utilização da pena de prisão.”<sup>93</sup>.

E estes gastos são elevados, ainda mais em um país com sérias dificuldades financeiras, como o Brasil. Esta situação desperta a revolta da parte da população que nunca praticou um delito e também necessita da assistência governamental, nem sempre sendo possível recebê-la, exatamente por falta de recursos do Poder Público. Logo, aumenta o preconceito contra o recluso, que se torna “culpado” pelo dinheiro gasto com ele.

Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis também discorrem: “Algumas pessoas falam da prisão como se fosse um hotel quatro estrelas, apresentando o preso como uma espécie de veranista às custas do Estado. Daí surgem os protestos dos que levantam a voz, quando se propõe a melhoria das condições penitenciárias:

---

<sup>93</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 564.

que os presos paguem por seus erros! Não se pode dar comodidade a estes forda-lei, enquanto tantas pessoas honestas vivem miseravelmente.”<sup>94</sup>.

### 2.15. O problema sexual

A questão sexual é outro problema do sistema clássico de pena. O isolamento provoca a separação entre o recluso e sua companheira, e eles terão dificuldades para manter relações sexuais, fato contrário à natureza humana, que tem o sexo como algo natural.

Reprimir o instinto sexual traz danos físicos e psicológicos para o recluso, como mudanças de personalidade, dificuldades em retornar à vida sexual quando estiver novamente em liberdade, e a destruição da vida conjugal, por exemplo<sup>95</sup>.

Diante esta situação, sua companheira pode procurar outra pessoa, pois não agüenta viver solitariamente. O recluso, por sua vez, utiliza-se de meios como a masturbação, na tentativa de satisfação de seus impulsos, ou passa a práticas homossexuais com companheiros de cela, enquanto estiver encarcerado.

A masturbação e as relações homossexuais não contribuem para que o problema sexual nos estabelecimentos penais seja resolvido porque apenas criam a expectativa no recluso de que o seu impulso sexual será completamente satisfeito, e que a sua vida sexual não será prejudicada. Entretanto, é certo que isso não ocorre, gerando uma grande frustração para o recluso, o que vai lhe causar, conseqüentemente, os já citados danos físicos e psicológicos.

Situação pior é quando as relações homossexuais entre reclusos não são consentidas, e são oriundas de um relacionamento de submissão e dependência

---

<sup>94</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 71.

<sup>95</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 185-188.

entre os reclusos, em virtude dos já mencionados “jogo de poder” e agrupamento dos reclusos, que ficam hierarquizados.

Sobre isso relatam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis: “As regras de vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. O fato de que, durante o enclausuramento, as pulsões sexuais só possam se exprimir sob a forma de sucedâneos fantasiosos – masturbação ou homossexualidade – aumenta o isolamento interior.”<sup>96</sup>.

Para tentar resolver o problema sexual nos estabelecimentos penitenciários, Cezar Roberto Bitencourt relata que o Poder Público tentou os mais variados meios, como a prática de atividades físicas e esportivas, a utilização de drogas para inibir o instinto sexual e as saídas temporárias<sup>97</sup>.

Entretanto, estas soluções propostas não resolvem totalmente o problema, e podem até agravá-lo. O uso de drogas, por exemplo, pode fazer com que o indivíduo não consiga mais realizar qualquer atividade, sem contar que com o passar do tempo o organismo vai criando resistência à droga e as doses aplicadas têm de ser maiores<sup>98</sup>.

As saídas temporárias, por sua vez, podem acabar em conflito, pois nem todos os reclusos têm o direito a estas saídas, e os que permanecem encarcerados podem sentir-se discriminados<sup>99</sup>.

Com relação às atividades físicas e esportivas, não há como ligar o estímulo ao desenvolvimento destas atividades com a inibição do desejo sexual; ao contrário,

---

<sup>96</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 63.

<sup>97</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 192-205.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 193-194.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 194-195.

a boa forma física pode estimular o desejo sexual do recluso, que será, mais uma vez, reprimido<sup>100</sup>.

A visita íntima, recurso que também poderia resolver o problema, não o resolve, pois pode transformar-se em uma situação humilhante para o recluso e sua companheira, também contrariando a natureza humana. Além disso, cria uma situação de desigualdade entre os reclusos que têm e os que não têm uma companheira, criando um fato desconfortável dentro do estabelecimento penal.

A visita íntima surtiria efeito se não tivesse somente o objetivo sexual, mas sim de união familiar, mais próximo do ambiente que o recluso encontrará em liberdade, para que as relações sexuais aconteçam naturalmente<sup>101</sup>.

A prisão aberta resolveria o problema, mas é importante ressaltar que, em virtude do sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade atualmente em vigor no Brasil, nem todos os reclusos têm direito a ela, podendo, da mesma forma que a visita íntima e as saídas temporárias, ser fator de tensão nos estabelecimentos penais<sup>102</sup>.

A alternativa da prisão mista (isto é, que reuniria no mesmo local reclusos e reclusas) não pode ser utilizada no Brasil, pois o ordenamento jurídico prevê que homens e mulheres cumpram a pena privativa de liberdade em locais separados, adequados às condições e necessidade de cada sexo<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 192-193.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 197-198.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 202-204.

<sup>103</sup> Artigo 37 do Código Penal: "As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.", e Artigo 82, §§ 1º e 2º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/7/84): "Art. 82 (...). §1º. A mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição. §2º. O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados."



Desta feita, a questão sexual também representa uma falha do sistema clássico de pena.

## 2.16. A prisão de curta duração

Se o cumprimento da pena privativa de liberdade traz tantos efeitos perversos e dificilmente auxilia na ressocialização dos reclusos, pior ainda é a chamada prisão de curta duração. O condenado cumprirá a pena por um tempo muito pequeno, que não será suficiente para ressocializá-lo, mas será suficiente para que ele adquira os vícios do sistema, correndo o risco de haver a dessocialização do condenado e a conseqüente reincidência<sup>104</sup>.

De acordo com Alberto Silva Franco, há países que cogitaram acabar com a pena privativa de liberdade de até seis meses, em razão de sua total ineficácia<sup>105</sup>.

Este é exatamente o pensamento de Winfried Hassemer: “Em todo o caso o sistema jurídico-penal extraiu de um dos argumentos críticos uma conseqüência: o efeito criminógeno – causador da delinqüência – das penas privativas de liberdade de curta duração. As penas privativas de liberdade de até seis meses, assim se acredita, em regra, não são suficientemente longas para autorizar um tratamento auspicioso, mas são suficientemente longas para introduzir os presos nas técnicas e atuações criminosas, na ‘subcultura’ da prisão, isto é, em um sistema diferenciado de controle social e hierarquia estruturado por normas, ou para solidificá-los nelas.”<sup>106</sup>.

Franz von Liszt, já no fim do século XIX, criticava a pena de prisão de curta duração, afirmando: “É natural que a crítica do direito vigente se iniciasse de um modo negativo. O começo do movimento reformista assinalou-se pela luta contra as

---

<sup>104</sup> René Ariel DOTTI *et al*, *Penas Restritivas de Direito*, p. 273.

<sup>105</sup> Alberto Silva FRANCO, *Temas de Direito Penal*, p. 131.

<sup>106</sup> Winfried HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 379-380.

pequenas penas de prisão que predominam na nossa administração da justiça. Como são atualmente aplicadas, elas não corrigem, não intimidam nem põem o delinqüente fora do estado de prejudicar e, ao contrário, muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel.”<sup>107</sup>.

Em vista desta situação, o ordenamento jurídico tenta resolver o problema, através de institutos como o *sursis*, por exemplo. Contudo, a fiscalização do cumprimento das condições que possibilitaram a sua concessão é falha, reduzindo sua eficácia e deteriorando ainda mais o sistema clássico de pena<sup>108</sup>.

## **2.17. Conseqüências**

Diante das condições do sistema clássico de pena, e de todas as suas falhas, o recluso vê a si próprio como uma vítima do sistema. Ele, então, poderá pensar também que tem o direito de cometer novos delitos, para vingar-se por ter tido um péssimo tratamento durante a execução da pena privativa de liberdade, aumentando, desta forma, a criminalidade<sup>109</sup>.

### **2.17.1. O aumento da reincidência e os conflitos dentro dos estabelecimentos penais**

O aumento da reincidência e os conflitos existentes nos estabelecimentos penais, como as fugas e os motins, também constituem uma importante indicação do caráter criminógeno da pena privativa de liberdade.

---

<sup>107</sup> Franz VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 153.

<sup>108</sup> René Ariel DOTTI *et al*, *Penas Restritivas de Direito*, p. 274.

<sup>109</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 72.

Guilherme de Souza Nucci, analisando apenas o regime fechado, afirma que “uma das piores conseqüências da deterioração do regime fechado é a constituição de uma autêntica fonte de reincidência...”<sup>110</sup>.

É certo que cada uma das falhas do sistema clássico de pena aqui apontadas não levam por, si só, aos altos índices de reincidência verificados atualmente, bem como também não influem da mesma maneira e com a mesma intensidade em todos os reclusos. As desfavoráveis condições pessoais do recluso (sua personalidade, meio social ligado à criminalidade, abandono familiar e o já mencionado estigma, por exemplo), além das experiências ruins por ele vividas antes e depois do cárcere, também contribuem para o colapso do sistema<sup>111</sup>.

Isto significa, então, que o reincidente não delinqüiu novamente apenas porque cumpriu uma pena privativa de liberdade, mas uma vez que ele já foi condenado e cumpriu uma pena privativa de liberdade, as chances de reincidência efetivamente sobem, e muito.

Com relação aos conflitos existentes nos estabelecimentos penais, eles são a maneira dos reclusos mostrarem à sociedade livre a precária estrutura encontrada na prisão. É evidente que muitos reclusos já têm a personalidade violenta quando adentram no estabelecimento penal, e que outros tantos usam os conflitos como uma “válvula de escape” mental, na medida em que ele não consegue atingir o que deseja, que é sair da prisão, gerando um sentimento de frustração<sup>112</sup>.

Os líderes do estabelecimento penal também podem estimular os conflitos objetivando a manutenção dos privilégios conseguidos; além disso, posições políticas extremas por parte de alguns reclusos também podem desencadear a violência carcerária<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 272.

<sup>111</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 149-152.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 206-207.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 208.

Entretanto, a maior parte dos conflitos que ocorrem no interior dos estabelecimentos penais visa alertar para as graves falhas do sistema clássico de pena, ao mesmo tempo em que há a reivindicação de uma estrutura melhor para o cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>114</sup>.

Relatório<sup>115</sup> da organização internacional *Human Rights Watch* também compartilha das críticas ao sistema clássico de pena. Em uma ampla pesquisa realizada no território brasileiro, a organização identificou, dentre outras falhas:

- Não aplicação, na prática, da legislação interna e internacional sobre a execução da pena privativa de liberdade;
- Precárias instalações destinadas a abrigar os reclusos, dificultando ou até mesmo impossibilitando o oferecimento de assistência estatal (em especial a assistência a reclusos doentes);
- Superlotação dos estabelecimentos penais, juntando reclusos de todo o tipo de periculosidade, réus que ainda não foram a julgamento e reclusos que já cumpriram suas penas ou têm direito à progressão de regime, mas ainda estão encarcerados;
- Abusos sofridos pelos reclusos, por parte de policiais e de outros reclusos (ou seja, violência solidificada nos estabelecimentos penais);
- Tratamento diferenciado entre reclusos e reclusas, na medida em que estas nem sempre têm reconhecido o direito à visita íntima.

---

<sup>114</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Falência da Pena de Prisão*, p. 209-210.

<sup>115</sup> RELATÓRIO o Brasil atrás das grades, disponível em <http://www.hrw.org/portuguese/presos>. Acesso em 1º out. 2007.

A *Human Rights Watch* propõe ainda que medidas sejam tomadas para que a situação melhore, e que o sistema não entre em colapso de vez. Dentre as medidas sugeridas estão:

- Promover a rápida e efetiva investigação dos abusos sofridos pelos presos e melhorar o treinamento do pessoal penitenciário;
- Efetivar a individualização da pena, permitindo a progressão de regime, bem como a adoção de mais medidas substitutivas à pena de prisão (tais como a concessão de liberdade sob o pagamento de fiança para reclusos que ainda aguardam julgamento e não oferecem risco à sociedade e ao andamento do processo, e diminuição da resistência, por parte dos juízes, na aplicação de penas alternativas);
- Melhorar as condições dos estabelecimentos penais e delegacias, que devem abrigar encarcerados somente por um curto período;
- Melhorar as condições de oferecimento de assistência aos reclusos, bem como coibir os abusos entre reclusos;
- Facilitar o contato do recluso com seus familiares e amigos, ampliar o acesso ao trabalho e à ressocialização e promover ampla fiscalização das condições carcerárias, por parte das autoridades.

Desta maneira, conclui-se que o sistema clássico de pena não respeita a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Brasil, um Estado Democrático de Direito<sup>116</sup>, instrumentalizando o ser humano.

---

<sup>116</sup> Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

## **CAPÍTULO III – NECESSIDADE DE UM SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA**

Diante da situação do sistema clássico de pena, as autoridades, os especialistas em execução da sanção penal, os próprios integrantes do sistema e a sociedade como um todo têm uma opinião quase unânime: o sistema clássico de pena não pode continuar a existir com suas atuais condições, na medida em que se transformou em um fator criminógeno, em nada contribuindo para a ressocialização dos condenados e para a redução dos níveis de criminalidade.

Desta maneira, são cogitadas algumas soluções para a crise do sistema clássico de pena, bem como para a redução dos índices de criminalidade e reincidência, isto é, novos rumos para o sistema penal; contudo, estas propostas também merecem críticas, e não podem ser viabilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, porém, é necessário analisar as teorias a respeito das finalidades da pena, eis que estas teorias são de grande importância, na medida em que ajudam a determinar os rumos da política criminal de um país.

### **3.1. As teorias acerca das finalidades da pena**

As teorias das finalidades das penas dividem-se em teorias absolutas (ou retributivas) e teorias relativas (ou preventivas). As teorias relativas dividem-se ainda teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial.

#### **3.1.1. Teoria retributiva**

A teoria retributiva não confere à pena nenhuma finalidade específica, objetiva a realização de justiça aplicando ao condenado um mal (a pena) para compensar

outro mal (o delito praticado). Para Anabela Miranda Rodrigues, os partidários desta teoria “concebem a pena como um fim em si mesmo e prescindem de qualquer outro que ela possa prosseguir.”<sup>117</sup>.

Conforme Enrique Bacigalupo, “a pena necessária para estas teorias, será aquela que produza ao autor um mal (uma diminuição de seus direitos), que compense o mal que ele causou livremente.”<sup>118</sup>.

Kant e Hegel são expoentes desta teoria. Kant afirma que a pena é um imperativo categórico de justiça, enquanto que para Hegel o crime é a negação do direito, e a pena deve ser a negação da negação, reafirmando a norma<sup>119</sup>.

A teoria da retribuição recebe críticas. Claus Roxin afirma que a retribuição “pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar.”<sup>120</sup>. Além disso, a teoria não fornece limites ao poder punitivo estatal, correndo-se o risco de haver violação à dignidade da pessoa humana. Como se não bastasse, também não pode ser comprovada a idéia de livre arbítrio, necessária para legitimar o fundamento de compensação da culpa<sup>121</sup>.

A última crítica feita pelo jurista alemão é o fato de que a retribuição remonta ao irracional sentimento de vingança, que não deve existir em um ato estatal, que deve ser racional<sup>122</sup>.

Guilherme de Souza Nucci corrobora este pensamento: “O Estado, monopolizando a aplicação da punição em matéria penal, busca a paz social acima de tudo, pois, do contrário, vítimas e seus familiares sentir-se-iam levados a fazer

---

<sup>117</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 153.

<sup>118</sup> Enrique BACIGALUPO, *Direito Penal*, p. 23.

<sup>119</sup> Luigi FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 237.

<sup>120</sup> Claus ROXIN, “Sentido e Limites da Pena Estatal”, p. 17.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 19.

‘justiça com as próprias mãos’, retornando-se à época da barbárie, com nítido descontrole social e exageros de toda ordem.”<sup>123</sup>.

### 3.1.2. Teoria da prevenção especial

Já a teoria da prevenção especial não se volta para o passado, como a teoria retributiva, mas para o futuro, visando evitar a prática de novos delitos. Para tanto, concentra-se no homem delinqüente, para que ele especificamente não volte a delinqüir.

Enrique Bacigalupo relata que “a prevenção especial tem sido defendida em diferentes momentos da história do direito penal. Seu fundamento é sempre o mesmo: a prática de um delito revela em seu autor uma ameaça de futuras lesões ao ordenamento jurídico; a pena há de servir para evitar esses futuros delitos, pois não se pode apagar do mundo aquilo que já se cometeu.”<sup>124</sup>.

Esta teoria tem duas vertentes: a positiva e a negativa. A teoria da prevenção geral negativa pretende a segregação ou a eliminação do condenado, conforme ele demonstrar que não consegue a ressocialização, o que significa a possibilidade de pena privativa de liberdade de caráter perpétuo e até mesmo a pena de morte.

A teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, busca a readaptação social do delinqüente, para que, assim, ele não pratique mais delitos.

A ressocialização do condenado pode ser feita através de dois programas: o mínimo e o máximo. Para o programa mínimo, a ressocialização será suficiente se o condenado não voltar a delinqüir, ainda que ele não concorde com os valores defendidos pela sociedade<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 71.

<sup>124</sup> Enrique BACIGALUPO, *Direito Penal*, p. 25.

<sup>125</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 150.



Já para o programa máximo é necessário, para a ressocialização, que sejam inculcados no condenado novos valores, que são aqueles aceitos pela sociedade, transformando, através desta educação, a sua vida<sup>126</sup>.

Também merece críticas a teoria da prevenção especial, tanto em sua vertente positiva quanto em sua vertente negativa.

Em primeiro lugar, a segregação ou a eliminação definitiva do delinqüente fere a proporcionalidade entre os delitos e as penas (na medida em que penas graves podem ser aplicadas para delitos de pequena monta, bastando que o delinqüente seja incorrigível<sup>127</sup>) e também desrespeita a dignidade humana, pois viola a proibição de penas de caráter perpétuo, disposta no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal<sup>128</sup> e o preceito, também constitucional, da inviolabilidade da vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal<sup>129</sup>).

Oswaldo Henrique Duek Marques afirma que “o principal argumento de ilegitimidade da pena capital reside no princípio consagrado da inviolabilidade da vida humana, erigido a dogma constitucional. O Direito natural à vida surge como principal corolário de proteção à dignidade humana, valor essencial, que deve inspirar e orientar o Direito positivo.”<sup>130</sup>.

Outra crítica feita à teoria da prevenção especial é a possibilidade da pena ser indeterminada, ou seja, para os adeptos desta teoria é admissível que a pena dure enquanto permanecer o desajuste social, contrariando o princípio constitucional da reserva legal<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 150.

<sup>127</sup> Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 92.

<sup>128</sup> Artigo 5º, XLVII da Constituição Federal: “XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo.”

<sup>129</sup> Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: ...”.

<sup>130</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *A Pena Capital e o Direito à Vida*, p. 66.

<sup>131</sup> Artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, que tem a mesma disposição do artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”.

Além disso, tal como a teoria retributiva, a teoria da prevenção especial também não delimita o campo de atuação estatal com relação ao direito de punir, correndo o risco do objetivo ressocializador ser destinado a pessoas que não estejam adaptadas à sociedade ou aos inimigos políticos dos detentores do poder<sup>132</sup>.

Outra crítica feita por Claus Roxin diz respeito ao risco de impunidade nos casos de delinqüentes já ressocializados, ou quando a possibilidade de reincidência é quase nula: “O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ressocialização alguma. (...) Também noutros casos sucedem graves crimes de sangue (e naturalmente outro tipo de crimes) que freqüentemente se devem a motivos e situações que não se voltarão a repetir, e ninguém retira de tais casos as conseqüências da impunidade.”<sup>133</sup>.

Mais uma crítica feita à teoria da prevenção especial é no tocante à imposição de valores, com o objetivo educacional. Esta situação pode causar ingerência estatal na intimidade do indivíduo, eis que o Estado vai impor seus ditames e valores, mas a ressocialização e a educação não podem ser impostas, principalmente a adultos.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira alerta que “não existe tal concepção verdadeira, tampouco é possível tratar (em concepção médica) coativamente o delinqüente, ou impor as condições de reinserção na sociedade diante da necessidade de respeito à dignidade humana, especialmente a liberdade de crença e pensamento.”<sup>134</sup>.

É certo, porém, que, como afirmou Concepción Arenal, a pena que tem por fim a emenda, através da educação não é e nem pode ser neutra. Se os valores

---

<sup>132</sup> Claus ROXIN, “Sentido e Limites da Pena Estatal”, p. 21.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>134</sup> Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 94-95.

aprendidos forem benéficos para o criminoso, ele estará sendo ressocializado, mas sem qualquer tipo de imposição ou obrigação, será algo natural e, repita-se, bom para o criminoso<sup>135</sup>.

### 3.1.3. Teoria da prevenção geral

A última das teorias sobre as finalidades da pena é a teoria da prevenção geral. Ela também pretende que a pena tenha como finalidade evitar que novos delitos sejam praticados, dirigindo-se, ao contrário da teoria da prevenção especial, para toda a sociedade. Nesta teoria também há a vertente positiva e a vertente negativa.

Na vertente positiva a teoria da prevenção geral busca através da pena a reafirmação da vigência da norma, violada com a prática do delito.

Uma subdivisão desta teoria, entre teoria da prevenção geral positiva fundamentadora e teoria da prevenção geral positiva limitadora é ainda encontrada na doutrina.

A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora tem como expoente o alemão Günter Jakobs, e defende que a pena tem a finalidade de fundamentar a intervenção penal (daí o nome fundamentadora), demonstrando ao condenado que com o crime a norma foi violada, e, com a pena, reafirma-se a sua eficácia<sup>136</sup>.

Jakobs afirma que “sua missão é bem reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento. O reconhecimento também pode ter lugar na consciência de que a norma é infringida; a expectativa (também a do autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo do

---

<sup>135</sup> Concepción ARENAL, *Estudios Penitenciarios*, p. 83.

<sup>136</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 142-143.

conflito a infração da norma pelo autor, e não a confiança da vítima na norma. Em todo o caso, a pena dá lugar a que a norma siga sendo um modelo de orientação idôneo.<sup>137</sup>

Oswaldo Henrique Duek Marques enumera duas críticas à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora. A primeira é o risco desta teoria ampliar o campo de atuação do Direito Penal, o que vai de encontro com o princípio da proporcionalidade e o Direito Penal Mínimo. A segunda crítica diz respeito ao fato de que a teoria pode servir de legitimação a regimes autoritários<sup>138</sup>.

A teoria da prevenção geral positiva limitadora, por sua vez, também confere à pena o objetivo de reafirmação da validade da norma, mas de uma maneira limitada pela efetivação dos direitos individuais do condenado<sup>139</sup>.

Um dos partidários desta teoria é Claus Roxin, que defende que este limite deve ter como pressuposto a culpabilidade, que, desta maneira, deve ser a medida da pena. Para ele, “... o conceito de culpa – que enquanto realidade experimental não se pode discutir – tem a função de assegurar ao particular que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial, para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido como livre e susceptível de culpa.”<sup>140</sup>

Jesús-María Silva Sánchez também partilha desta teoria, defendendo, porém, conforme Oswaldo Henrique Duek Marques, “que deve haver conciliação entre os princípios preventivos da pena e os princípios garantísticos, como de proporcionalidade, humanidade e ressocialização”, pois “tais princípios estão

---

<sup>137</sup> Günter JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 13-14. No original: “su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idôneo.”

<sup>138</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 144.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>140</sup> Claus ROXIN, “Sentido e Limites da Pena Estatal”, p. 36.

arraigados na consciência popular, motivo pelo qual o legislador não pode deles abster-se, sob pretexto de alcançar a eficácia preventiva e orientadora das sanções.”<sup>141</sup>.

Por último, a teoria da prevenção geral negativa, representada pelo estudioso alemão J. P. Anselm Feuerbach (teoria da coação psicológica). Esta teoria defende que a pena deve ter como finalidade a prevenção de delitos, dirigida a toda a sociedade, através da ameaça e da efetiva imposição de uma sanção penal.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira discorre sobre o assunto: “a pena seria um mecanismo destinado a atuar psicologicamente na generalidade dos cidadãos, que observando a ameaça da sanção, sua efetiva aplicação judicial e execução, restariam afastados da prática criminosa, ou, na concepção acentuada do terror penal referida, a bem se comportarem.”<sup>142</sup>.

Luigi Ferrajoli, a seu turno, quando trata da teoria da prevenção geral negativa, afirma que “a consequência mais grave é que tais teorias, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo.”<sup>143</sup>.

Claus Roxin enumera três razões pelas quais a intimidação é falha. A primeira delas é a falta de limites do Estado para alcançar a intimidação, ou seja, o Estado poderá criminalizar condutas e aumentar penas indiscriminadamente, correndo o risco de ocorrer arbitrariedade.

Além disso, a intimidação não alcança justamente os criminosos, na medida em que os delitos continuam a ser praticados, sendo que, conforme o doutrinador

---

<sup>141</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 146.

<sup>142</sup> Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 59.

<sup>143</sup> Luigi FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 260.

alemão, “seria de certa forma paradoxal que o direito penal não possuísse significação alguma, precisamente para os delinqüentes, isto é, os não intimidados.”<sup>144</sup>.

Por último, Claus Roxin afirma que um indivíduo não pode ser punido para que os demais sintam-se intimidados, porque, se assim fosse, o ser humano tornaria-se um objeto, um instrumento, o que é atentatório à dignidade humana<sup>145</sup>.

Enrique Bacigalupo entende que “a prevenção geral não é questionada, dentro de certas circunstâncias, no momento da ameaça da pena (...). O problema é diferente no momento da individualização da pena, quando se deve fixar a pena merecida pelo autor entre o máximo e mínimo; neste caso, as considerações preventivo-gerais que conduzam a uma pena superior à que corresponda à gravidade do feito carecem de legitimidade, segundo a opinião de maior conformidade com os princípios constitucionais.”<sup>146</sup>.

#### **3.1.4. As finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro**

Como pôde ser observado, todas as teorias têm virtudes e falhas, que só seriam agravadas se todas as teorias fossem unidas em uma só, eis que os seus defeitos só tenderiam a aumentar.

Oswaldo Henrique Duek Marques e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira afirmam que “... é possível concluir que a finalidade da pena de reprovação, tal como prevista no Código Penal em vigor, em seu artigo 59, a partir de uma releitura constitucional, afasta o fundamento metafísico que justifica a pena pela retribuição ou castigo. Por isso, a reprovação só pode ser compreendida como limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator. A finalidade de prevenção geral,

---

<sup>144</sup> Claus ROXIN, “Sentido e Limites da Pena Estatal”, p. 24.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 23-25.

<sup>146</sup> Enrique Bacigalupo, *Direito Penal*, p. 24-25.

também prevista no referido dispositivo, deve ser compreendida em sua vertente positiva, limitada aos princípios constitucionais, de reforçar os valores contidos na norma penal.”<sup>147</sup>.

Duek Marques e Diniz Junqueira também entendem que a ressocialização deve ser buscada, especialmente no momento da execução da pena, já que a Lei de Execução Penal estabeleceu como uma das finalidades da execução penal exatamente a readequação social do criminoso<sup>148</sup>.

Isso significa, então, que a reprovação pelo crime pode ser harmonizada com a readequação social do criminoso: no momento da aplicação da pena na sentença condenatória haverá a reprovação pelo crime, bem como será cumprida a finalidade preventiva, e, quando começar a execução da pena, os esforços serão no sentido da ressocialização do condenado.

### **3.2. Endurecimento de penas e medidas processuais penais**

A primeira solução aventada é o endurecimento das penas e de medidas processuais penais. Afirmam os partidários desta idéia, que é ligada à teoria da prevenção geral negativa, que, se as penas forem aumentadas, os indivíduos de uma maneira geral (incluindo-se, então, criminosos e não criminosos) sentir-se-iam intimidados a praticar crimes, desistindo da idéia delitiva. Logo, haveria a redução do cometimento de delitos, reduzindo-se, conseqüentemente, a população carcerária e os demais problemas oriundos do encarceramento.

A idéia do endurecimento de penas liga-se também aos movimentos de “Lei e Ordem” do fim do século XX, que pregam a utilização de um tratamento mais rígido dirigido ao criminoso, tanto em relação às penas exacerbadas quanto à perda de

---

<sup>147</sup> Oswaldo Henrique DUEK MARQUES, *Fundamentos da Pena*, p. 86 e Oswaldo Henrique DUEK MARQUES e Gustavo Octaviano Diniz JUNQUEIRA, “Os Fins da Pena no Código Penal Brasileiro”, *Boletim IBCCrim*, p. 18.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 86; *Ibid.*, p. 18.

garantias processuais anteriormente estabelecidas no ordenamento jurídico, na tentativa de redução da prática de delitos.

Rogério Greco afirma que “... no que diz respeito à repressão dos comportamentos que atacam os bens mais importantes e necessários ao convívio social (...) encontra-se a tese do chamado movimento de Lei e Ordem, que prega um discurso do Direito Penal Máximo, fazendo a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os males que a afligem.”<sup>149</sup>.

A proposta, não obstante seja defendida por boa parte da sociedade, alarmada com os altos índices de criminalidade, não pode ser efetivada.

Em primeiro lugar, se a medida for adotada o efeito poderá ser exatamente o oposto, ou seja, o aumento da prática de delitos, pois o criminoso poderá delinquir novamente, na tentativa de escapar da dura sanção penal a lhe ser imposta em razão da prática do primeiro delito, uma vez que não desejará passar um grande período de tempo encarcerado, em virtude das já detalhadas péssimas condições do sistema clássico de pena.

Rogério Greco relata que “não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.”<sup>150</sup>.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira ainda adverte que “o exagero na punição, sob a sanha irrefreável de efeito preventivo, traz efeitos negativos ao corpo social, pois gera violência desnecessária, ou seja, rompe com os fundamentos de legitimidade do Direito penal e com a justificativa para a própria existência do

---

<sup>149</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 15

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 19.



Estado, aumentando ainda a violação ao que Zaffaroni chama de sentimento de segurança jurídica da sociedade.”<sup>151</sup>.

Portanto, a idéia de endurecimento das penas e do processo penal não deve ser viabilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que, conforme relatado nas críticas à teoria da prevenção geral, pode levar ao arbítrio estatal e ao cometimento de mais delitos (objetivando a impunidade), não surte efeito justamente para os delinqüentes (eis que eles não se sentem intimidados e continuam a delinqüir) e mostra-se contrária à dignidade humana.

### 3.3. Abolicionismo penal

Outra solução proposta, e talvez a mais radical delas, é a abolição do Direito Penal. Os defensores do abolicionismo penal afirmam que a crise é irreversível, e que nada pode ser feito para salvar o sistema penal como um todo, e não somente o sistema clássico de pena, sendo que os seus malefícios ultrapassam, e muito, seus eventuais benefícios<sup>152</sup>.

Conforme Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, “é preciso abolir o sistema penal. (...) Um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira.”<sup>153</sup>.

O sistema penal, para os abolicionistas, tornou-se desnecessário, pois como não cumpre seu papel a contento, outras formas de resolução para os conflitos/delitos devem ser buscadas.

---

<sup>151</sup> Gustavo Octaviano DINIZ JUNQUEIRA, *Finalidades da Pena*, p. 65.

<sup>152</sup> Claus ROXIN, *Estudos de Direito Penal*, p. 3.

<sup>153</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 91.

Além disso, os defensores da proposta abolicionista também consideram o sistema penal artificial, afirmando que ele não é capaz de resolver efetivamente a questão que lhe é apresentada, resolvendo o conflito a seu modo, deixando todos descontentes (criminoso, vítima, sociedade, autoridades e demais envolvidos com o sistema penal).

Desta feita, as noções de crime, criminoso e criminalidade, por exemplo, desapareceriam, na medida em que este vocabulário refere-se ao sistema abolido<sup>154</sup>, e um novo enfoque é dado à questão.

Propõem os abolicionistas que as atribuições do sistema penal sejam repassadas a Tribunais Cíveis, órgãos administrativos, ou ainda que os conflitos sejam resolvidos no seio da própria comunidade onde o fato ocorreu, sem qualquer intervenção estatal, priorizando, ao invés do cárcere, medidas conciliatórias e reparatorias.

Cláudio Luiz Frazão Ribeiro relata que “defendem os abolicionistas a extinção de todo o sistema penal, redefinindo as funções das organizações que hoje o compõem, a fim de enfrentar de outra maneira os problemas que esse sistema pretende resolver.”<sup>155</sup>.

Assim, dizem os abolicionistas, o conflito poderá ser analisado efetivamente, no que concerne às suas causas, conseqüências e melhor maneira de resolvê-lo, já que, sem o artificialismo e todo o estigma negativo do sistema penal, os envolvidos no conflito terão mais condições de restaurar o estado anterior das coisas, prevenindo ao mesmo tempo as causas do delito, em especial as causas sociais.

Esta proposta não pode ser viabilizada pelo ordenamento jurídico pátrio porque o sistema penal é dotado de uma estrutura que contempla os direitos e

---

<sup>154</sup> Louk HULSMAN e Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas*, p. 95-96.

<sup>155</sup> Cláudio Luiz Frazão RIBEIRO, *O Mito da Função Ressocializadora da Pena*, p. 165.

garantias individuais, e esta estrutura pode não ter o mesmo peso em outros tipos de procedimentos, e, desta forma, os atuais problemas persistirão, além do risco de haver arbitrariedades, na medida em que não haveria fiscalização das formas não-estatais de resolução de conflitos<sup>156</sup>.

Winfried Hassemer afirma que o controle social não desapareceria com a abolição do Direito Penal. Para ele, “a eliminação do Direito Penal do sistema global de controle social levaria a que os outros âmbitos imediatamente cuidassem dos problemas de controle não solucionados, e na verdade, de acordo com a melodia, não poderia representar exatamente a idéia de formalização: o que também ocupasse o lugar do Direito Penal no sistema de controle social – seria pior que o Direito Penal. A teoria e a política moderna do Direito Penal não são a da abolição, senão a da defesa e aperfeiçoamento da idéia de formalização.”<sup>157</sup>.

Haveria ainda o risco da volta à vingança privada, pois uma vítima poderia querer resolver o conflito a seu modo, uma vez que não mais haveria o sistema estatal para que ela pudesse recorrer a fim de evitar a impunidade de seu agressor.

Outro problema que se apresenta é a dificuldade de resolução dos conflitos que dizem respeito a toda a comunidade, como os delitos ambientais e de consumo, por exemplo: sem a mão do Estado, muito mais fraca é a reação a este tipo de delito<sup>158</sup>.

Rogério Greco, sobre o assunto, preleciona que “em que pese a tese abolicionista preconizar que o Direito Penal não é o instrumento hábil para levar a efeito o juízo de censura sob os comportamentos desviados, até o momento (...) não conseguimos vislumbrar outro que seja capaz de impedir a prática de

---

<sup>156</sup> Claus ROXIN, *Estudos de Direito Penal*, p. 5.

<sup>157</sup> Winfried HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 432.

<sup>158</sup> Claus ROXIN, *Estudos de Direito Penal*, p. 5.

comportamentos graves, causadores, muitas vezes, de danos irreparáveis à sociedade.”<sup>159</sup>.

Logo, não se pode prescindir do sistema penal, embora mudanças sejam necessárias no sistema clássico de pena, especialmente.

### **3.4. Privatização de estabelecimentos penais**

Esta proposta diz respeito especificamente ao sistema clássico de pena, representado pelas prisões: a privatização dos estabelecimentos penais de execução da pena privativa de liberdade.

Na proposta de privatização total dos estabelecimentos penais, a iniciativa privada tem o encargo de gerir todo o estabelecimento, bem como de construir e administrar novos estabelecimentos, sendo que o Estado tem a obrigação de remunerar com uma quantia fixa por recluso a empresa que venceu a licitação destinada a privatizar os estabelecimentos penais.

Também são aventadas propostas de privatização parcial dos estabelecimentos penais. Dentre os tipos mais conhecidos, a iniciativa privada busca o lucro com o sistema penitenciário através de: financiamento apenas da construção de novos estabelecimentos penais; administração somente do trabalho dos reclusos; e privatização apenas de alguns serviços utilizados dentro dos estabelecimentos, como alimentação, higiene e vestuário, por exemplo<sup>160</sup>.

Há também a possibilidade de somente os estabelecimentos penais de segurança mínima serem repassados à iniciativa privada, permanecendo os demais sob a administração do Estado.

---

<sup>159</sup> Rogério GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 14.

<sup>160</sup> Laurindo Dias MINHOTO, *Privatização de Presídios e Criminalidade*, p. 70.

Os defensores da idéia da privatização afirmam que as falhas encontradas atualmente no sistema clássico de pena desapareceriam, pois o modelo a ser seguido é o da iniciativa privada, segundo eles bem mais eficiente do que o modelo estatal de administração.

Desta maneira, os custos de manutenção dos estabelecimentos penais e dos reclusos também seriam reduzidos, sem contar que o Estado continuaria com o poder de fiscalizar as condições dos estabelecimentos, podendo exigir o nível mínimo de qualidade, a ser assumido pelas empresas vencedoras da licitação.

A privatização de estabelecimentos penais teve experiências em países como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália, e os seus adeptos querem transportar com a mesma intensidade estas experiências para o Brasil<sup>161</sup>.

Entretanto, obstáculos intransponíveis impedem que a idéia de privatização dos estabelecimentos penais no Brasil prospere efetivamente.

A experiência internacional demonstrou que, ao contrário do propalado pelos defensores da privatização, o modelo de administração da iniciativa privada não se mostrou mais eficiente que o modelo estatal.

Em muitos casos, as condições dos estabelecimentos penais continuaram as mesmas, ou até pioraram. Isto significa que a superpopulação carcerária, o ambiente insalubre, promíscuo e propício à corrupção permanece, e os custos de manutenção dos reclusos não diminuiram, embora o lucro das empresas administradoras dos estabelecimentos penais tenha seguido rumo oposto<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Cristiane BARBIERI, PPPs de prisões movimentam empresas, *Folha de São Paulo*, 7 fev. 2008, Caderno Dinheiro, p. B10.

<sup>162</sup> Laurindo Dias MINHOTO, *Privatização de Presídios e Criminalidade*, p. 82-86.

Além disso, por terem finalidade lucrativa, as empresas que administram os estabelecimentos penais “enxergam” estes estabelecimentos como uma fábrica, uma indústria, que deve produzir exatamente para a obtenção do lucro.

Desta forma, o controle sobre o trabalho dos reclusos é outro fator negativo para as privatizações, na medida em que a atividade laboral dos reclusos não terá a finalidade de ressocialização, conforme estabelece a Lei de Execução Penal, mas sim a finalidade lucrativa, eis que os reclusos produzirão para as empresas, mas não terão o retorno educativo previsto no ordenamento jurídico.

Além disso, os trabalhadores livres poderão ser prejudicados em razão da concorrência com os produtos oriundos do cárcere, pois os custos destes são bem menores: não há direitos trabalhistas a serem pagos aos reclusos, por exemplo, e mesmo os salários recebidos pelos encarcerados são menores do que os recebidos pelos trabalhadores livres.

O fato de a privatização limitar-se apenas aos estabelecimentos penais de segurança mínima é outro motivo pelo qual esta proposta não deve ser viabilizada. Os estabelecimentos penais de segurança mínima têm manutenção bem mais barata que os demais e as dificuldades de administração destes estabelecimentos também são menores que as dos outros tipos de estabelecimentos.

Isto significa dizer, então, que a iniciativa privada fica com a parte mais rentável e menos problemática do sistema clássico de pena, continuando a pior parte nas mãos do Estado. Logo, os problemas do sistema clássico de pena não serão resolvidos, pelo contrário, serão agravados<sup>163</sup>, e o controle do sistema ainda ficará dividido entre a iniciativa privada e o Estado.

Há ainda o risco do endurecimento das penas e do processo penal, pois, uma vez que a remuneração das empresas guarda relação com o número de reclusos, é

---

<sup>163</sup> Laurindo Dias MINHOTO, *Privatização de Presídios e Criminalidade*, p. 89.

interessante para as empresas que administram os estabelecimentos penais que cada vez mais pessoas sejam encarceradas, para que o nível de lucro seja mantido. Porém, os efeitos negativos do endurecimento das penas e do processo penal já foram analisados neste capítulo; portanto, esta situação (o endurecimento do regime penal) não deve ocorrer, ainda mais se o objetivo for econômico.

Um outro motivo pelo qual a privatização de estabelecimentos penais não deve prosperar em território brasileiro, talvez o mais grave deles, é a maneira como se dá a execução da pena privativa de liberdade. Desde o surgimento do Poder central organizado, a distribuição da justiça e do direito de punir passou justamente para este Poder, a fim de que não continuassem as vinganças privadas e os conflitos intermináveis entre os grupos sociais, ou seja, o *jus puniendi* buscava ser imparcial, para que os conflitos acabassem de uma forma mais rápida e também para que a segurança jurídica prevalecesse.

Desde então, o monopólio sobre a execução da pena é do Estado. Porém, com a privatização de estabelecimentos penais, acontece a quebra deste monopólio e o direito de punir volta para as mãos de um particular, com a diferença que, agora, quem irá aplicar a pena não é a vítima ou alguém que a represente, mas uma empresa, que venceu uma licitação pública para este fim.

É evidente que o repasse da execução da pena privativa de liberdade à iniciativa privada fere o princípio da igualdade, constitucionalmente reconhecido<sup>164</sup>. Desta feita, não pode ser viabilizado algo que claramente fere a estrutura de garantias do Direito Penal, bem como o próprio ordenamento jurídico pátrio.

Um fato que decorre da “execução privada” da pena de liberdade é a aplicação da sanção em caso da prática de uma falta disciplinar por um recluso. O

---

<sup>164</sup> Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

administrador da iniciativa privada terá o direito de determinar, por exemplo, o isolamento do recluso, em cumprimento da Lei de Execução Penal, sendo que ambos, o administrador e o recluso, estão em situação de igualdade legal.

Logo, ao violar a igualdade entre os indivíduos, a execução da pena privativa de liberdade administrada pela iniciativa privada fere também a dignidade humana, pois um indivíduo receberá a pena através de outro indivíduo, que não representará o Estado e toda a sociedade, mas uma empresa privada, que, com esta ação, visa o lucro, em detrimento da readequação social do recluso.

Laurindo Dias Minhoto afirma sobre o assunto: "... o direito de privar um cidadão da liberdade, e de empregar a coerção, que o acompanha, constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro mesmo do sentido moderno de coisa pública e, nessa medida, seria intransferível."<sup>165</sup>

O fato de público e privado fundirem-se é geralmente nocivo, e os interesses de alguns poucos podem ter mais peso, em prejuízo de toda a sociedade, e, em especial, da população carcerária.

Além disso, o fato de alguém lucrar com o sofrimento humano acarreta na instrumentalização de um ser humano por outro, o que viola mais uma vez a dignidade humana, o que não deve jamais prevalecer.

Alguns Estados brasileiros que experimentaram o sistema de co-gestão de estabelecimentos penais retomaram por completo a sua administração; nos Estados Unidos, já há algum tempo, apenas 7% (sete por cento) da população carcerária está alojada em estabelecimentos penais privatizados<sup>166</sup>, o que denota que a

---

<sup>165</sup> Laurindo Dias MINHOTO, *Privatização de Presídios e Criminalidade*, p. 87.

<sup>166</sup> PARANÁ e Ceará desistem da co-gestão, considerada polêmica por especialistas, *Folha de São Paulo*, 7 fev. 2008, Caderno Dinheiro, p. B10.



experiência da privatização de estabelecimentos penais não obteve resultados satisfatórios.

### 3.5. A necessidade de um sistema alternativo de pena

Na verdade, para que efetivamente seja alcançada a redução dos índices de criminalidade e reincidência há que se ter a consciência de que a criminalidade não irá desaparecer completamente, não importa que medidas sejam tomadas para este fim. Isto acontece porque o crime é um fenômeno social, inerente à condição humana, na medida em que somente os seres humanos praticam condutas, sendo que algumas delas são consideradas pelo ordenamento jurídico como delito.

Aníbal Bruno assevera que: "... assinalou-se que o crime é essencialmente uma ação, isto é, uma manifestação da vontade humana no mundo exterior, mas uma ação antijurídica, isto é, contrária ao Direito..."<sup>167</sup>.

Além disso, ressalta-se que o que é relevante, e muito, para a redução dos índices de criminalidade e reincidência é a certeza de que a pena será aplicada<sup>168</sup>. A disposição para a prática de delitos cresce na proporção em que a impunidade afigura-se.

Se, com o cometimento de um delito, só há benefícios para o criminoso, ele certamente continuará com as práticas delitivas. Por outro lado, se uma pena, ainda que mais branda, for efetivamente cumprida, conscientizando o criminoso de que lhe foi aplicada uma sanção penal, será bem maior a contribuição para a redução dos índices de criminalidade e reincidência, bem como para a ressocialização do delinqüente.

---

<sup>167</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, p. 177.

<sup>168</sup> Cesare Bonesana, o Marquês de BECCARIA, na sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, já em 1764 afirmava: "A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade." (p. 92).

É certo também, por outro lado, que o sistema clássico de pena não pode ser totalmente desprezado, pois, para os crimes mais graves e para os criminosos com pouca probabilidade de efetiva ressocialização, a pena privativa de liberdade é a pena possível de ser aplicada, em virtude da vedação de penas cruéis e degradantes<sup>169</sup>.

Neste sentido afirma Guilherme de Souza Nucci: “Promovida a reforma penal descriminalizadora daquilo que é inútil à intervenção do Direito Penal, eleitas as penas alternativas e todos os substitutivos necessários para evitar o encarceramento dos delinqüentes não perigosos, primários, sem antecedentes, voltemos os olhos à criminalidade violenta e às indispensáveis penas privativas de liberdade.”<sup>170</sup>.

De fato, diante da estrutura garantista do Direito Penal, estabelecida constitucionalmente, há que se manter ainda os estabelecimentos penais, ressaltando, evidentemente, que sua estrutura física e as próprias condições da execução da pena privativa de liberdade devem sofrer sérias modificações para que fiquem adequadas à legislação em vigor e deixem de ter o caráter criminógeno atual.

Um sistema alternativo de pena, de outro lado, configura-se viável frente às falhas do sistema clássico de pena, eis que, ao mesmo tempo que reprovava a conduta delitiva do condenado, pode atender também ao objetivo ressocializador previsto na Lei de Execução Penal, conforme já relatado no Capítulo I deste trabalho.

---

<sup>169</sup> Conforme o artigo 5º, XLVII da Constituição Federal.

<sup>170</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 349.

## **CAPÍTULO IV – SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA**

### **4.1. O sistema alternativo na legislação vigente**

O Brasil possui um sistema alternativo de pena, que foi mais bem estruturado com a reforma da Parte Geral do Código Penal, através das Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 11 de julho de 1984. A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, ampliou este sistema.

Entretanto, na legislação penal militar brasileira, o sistema alternativo de pena já existia antes de 1984. No Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) estão instituídas penas como, por exemplo, a de impedimento (artigo 63 do Código Penal Militar), de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função (artigo 64 do Código Penal Militar) e de reforma (artigo 65 do Código Penal Militar). Ressalta-se que, nos casos do referido Diploma Legal, a natureza destas penas é de pena principal não privativa de liberdade e restritiva de direitos.

O artigo 32 do Código Penal estabelece que as penas integrantes do sistema alternativo de pena, isto é, as penas não privativas de liberdade, são as penas restritivas de direitos (artigo 32, II) e de multa (que também é aplicada de maneira cumulativa à pena privativa de liberdade em alguns delitos, como o crime de furto – artigo 32, III).

As penas restritivas de direitos foram subdivididas, no artigo 43 do Código Penal, em prestação pecuniária (artigo 43, I), perda de bens e valores (artigo 43, II), prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (artigo 43, IV), interdição temporária de direitos (artigo 43, V) e limitação de fim de semana (artigo 43, VI).

## 4.2. Penas alternativas versus penas substitutivas

Alguns autores questionam a nomenclatura deste sistema de penas, afirmando que não se trata de penas alternativas, mas sim de penas substitutivas, uma vez que o *caput* do artigo 44 do Código Penal estabelece que as penas restritivas de direitos substituem as penas privativas de liberdade aplicadas.

Cezar Roberto Bitencourt, analisando o assunto, corrobora este pensamento: “de outro lado, as referidas penas também não são alternativas, mas substitutivas, posto que só podem ser aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória (arts. 44, *caput*, 54 e 55, do CP).”<sup>171</sup>.

Entretanto, como a expressão “alternativa” foi consagrada pela doutrina<sup>172</sup>, neste trabalho o sistema continuará a ser denominado sistema alternativo de pena.

## 4.3. Divergências sobre a nomenclatura “penas restritivas de direito”

Outra controvérsia, também sobre nomenclatura, diz respeito à divisão das penas restritivas de direitos, anteriormente citada, estabelecida pelo artigo 43 do Código Penal.

Luiz Regis Prado<sup>173</sup>, por exemplo, critica nesta divisão o fato de que praticamente todas as penas não privativas de liberdade, com exceção da multa, foram denominadas restritivas de direitos. Contudo, as penas que efetivamente causam uma redução de direitos do condenado, ou seja, que restringem os seus direitos, são as penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e as de interdição de temporária de direitos.

---

<sup>171</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 68.

<sup>172</sup> Julio Fabbrini MIRABETE (*Manual de Direito Penal*, p. 265), Damásio E. DE JESUS (*Penas Alternativas*) e Sérgio Salomão SHECAIRA (*in: René Ariel Dotti et al, Penas Restritivas de Direito*, p. 219), por exemplo, também se referem a *penas alternativas*.

<sup>173</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 576.

Já as penas de limitação de fim de semana e a de proibição de freqüentar determinados lugares (classificada no artigo 47, IV do Código Penal como pena de interdição temporária de direitos) deveriam ter sido denominadas penas restritivas de liberdade, na medida em que limitam, mas não privam, como o cárcere, o condenado da liberdade.

As penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, por sua vez, deveriam ter recebido a denominação de penas patrimoniais, eis que o patrimônio do condenado é o efetivamente atingido com a aplicação destas penas.

Em que pese as críticas terem fundamento, uma vez que o legislador poderia ter dividido o sistema alternativo de pena de acordo com que seria restringido pela sanção aplicada (direitos, liberdade ou patrimônio do condenado), as divisões, classificações e denominações a serem seguidas neste trabalho serão as dispostas no ordenamento jurídico nacional.

#### **4.4. Extinção das penas acessórias**

Outro tema relativo ao sistema alternativo de pena é o fato de que, com a reforma da Parte Geral do Código Penal, não existem mais na legislação brasileira as penas acessórias<sup>174</sup>, o que significa dizer que as penas estabelecidas a partir do artigo 43 do Código Penal têm o caráter de pena principal, caso venha a ser efetivada a substituição da pena privativa de liberdade por uma delas. Isto também é confirmado pelo artigo 44 do Código Penal, que dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas.

---

<sup>174</sup> Conforme René Ariel Dotti, as penas acessórias eram aquelas “cuja imposição dependia da aplicação de uma pena principal (reclusão e detenção)...”. (*in*: René Ariel DOTTI *et al*, *Penas Restritivas de Direito*, p. 102).

#### **4.5. Penas alternativas e efeitos da condenação**

As penas do sistema alternativo também não se confundem com os efeitos da condenação, previstos a partir do artigo 91 do Código Penal. Segundo Luiz Regis Prado, “a imposição de sanção penal (...) ou de medida de segurança é, sem dúvida, o principal efeito da condenação. Entretanto, o fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros, secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham.”<sup>175</sup>.

Isto significa dizer, então, que sempre que houver uma sentença condenatória a um indivíduo imputável, ser-lhe-á aplicada uma pena, que poderá, ainda, ser substituída por uma pena do sistema alternativo.

Em alguns casos, porém, além da pena a sentença condenatória trará outros efeitos para o condenado, como, por exemplo, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (artigo 91, I do Código Penal). Logo, a pena aplicada, mesmo se substituída por uma pena do sistema alternativo, não pode se confundir com os efeitos da condenação, pois a primeira tem autonomia e independência, enquanto que o segundo tem caráter secundário, dependendo da aplicação de uma pena para existir.

#### **4.6. Aplicação subsidiária do Código Penal na Legislação Extravagante**

Deve ser ressaltado que o sistema alternativo de pena não é encontrado apenas no Código Penal e no Código Penal Militar. Leis esparsas, como o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), por exemplo, também

---

<sup>175</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 672.

instituíram sanções não privativas de liberdade, que são aplicadas de maneira substitutiva, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade<sup>176</sup>.

Desta maneira, o Código Penal, no tocante à estrutura do sistema alternativo de pena, é utilizado sempre que não houver incompatibilidades, conforme o artigo 12 do Código Penal, que estabelece que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”.

#### **4.7. Espécies de penas alternativas**

As espécies de penas que compõem o sistema alternativo devem ser analisadas de maneira mais detalhada:

##### **4.7.1. Pena de prestação pecuniária**

A pena de prestação pecuniária, disposta no artigo 45, §1º do Código Penal, é o pagamento, por parte do condenado, de um valor, que será destinado à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social. É o juiz quem determina o valor a ser pago, que não poderá ser inferior a um salário mínimo e nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

Anabela Miranda Rodrigues afirma “que a pena pecuniária tem especiais virtualidades para substituir a pena detentiva até seis meses.”<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Citem-se, por exemplo, os artigos 306 do Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.” e 39 da Lei nº 9.605/98: “Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”.

<sup>177</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 560.

Verifica-se o caráter reparatório desta pena, na medida em que a destinação da quantia a entidade pública ou privada deve ser feita somente em caráter excepcional, isto é, se não há vítima ou dependentes que possam ser os beneficiários ou se não houver dano a ser reparado<sup>178</sup>.

Afirma Cláudio Luiz Frazão Ribeiro que “uma pena como a presente poderia perfeitamente atender à necessidade de pacificação dos conflitos, tendo em vista que, não raro, sobretudo nos crimes contra o patrimônio, a vítima reclama tão-somente a reparação do prejuízo sofrido, sendo-lhe indiferente a repercussão penal da ação do agressor.”<sup>179</sup>.

Dispõe também o artigo 45, §2º do Código Penal que, se o beneficiário consentir, a prestação pecuniária pode transformar-se em prestação de outra natureza, como, por exemplo, entrega de alimentos.

Há ainda a possibilidade do valor pago pelo condenado, em razão da aplicação da pena de prestação pecuniária, ser compensado de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários, conforme o artigo 45, §1º do Código Penal.

#### **4.7.2. Pena de perda de bens e valores**

A perda de bens e valores do condenado é a destinação, ao Fundo Penitenciário Nacional, de valor que terá como teto o que for maior: o montante do prejuízo causado ou as vantagens obtidas pelo condenado ou por terceiro, em virtude do crime cometido, ressalvada a legislação especial, conforme o artigo 45, §3º do Código Penal.

---

<sup>178</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 117-118.

<sup>179</sup> Cláudio Luiz Frazão RIBEIRO, *O Mito da Função Ressocializadora da Pena*, p. 152.



#### **4.7.3. Pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**

O condenado à pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, que está estabelecida no artigo 46 do Código Penal, deverá realizar trabalhos não remunerados em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos do gênero, mantidos pelo Estado ou pela própria comunidade, de acordo como o artigo 46, §§ 1º e 2º do Código Penal.

Esta pena só poderá ser aplicada se a condenação à pena privativa de liberdade for superior a seis meses, segundo o artigo 46, *caput*, do Código Penal.

As atividades a serem atribuídas ao condenado devem ser adequadas as suas aptidões pessoais, e devem ser cumpridas na proporção de uma hora de tarefa por dia de condenação, de acordo com o artigo 46, §3º do Código Penal.

Ainda conforme este mesmo dispositivo legal, as horas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas devem ser fixadas de forma que não prejudiquem a jornada de trabalho do condenado, pois um dos objetivos da aplicação das penas do sistema alternativo é fazer especialmente com que o condenado continue com sua vida familiar e profissional. Para tanto, conforme o artigo 149, §1º da Lei de Execução Penal, o serviço também pode ser prestado aos sábados, domingos e feriados.

Se for necessário realizar alterações no horário de cumprimento da pena para que esta fique ajustada à jornada de trabalho do condenado, o juiz da execução poderá realizá-las, conforme o artigo 149, III da Lei de Execução Penal.

Além disso, dispõe o artigo 46, §4º do Código Penal que se a pena a ser substituída pela prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas for superior a um ano, o condenado pode cumprir a referida pena em um tempo menor,

sendo que este tempo não pode ser inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

É também o juiz da execução quem deve determinar em qual entidade ou programa o condenado irá cumprir a pena, sendo que a entidade ou programa designado deverá ser devidamente credenciado ou convencionado, conforme o artigo 149, I da Lei de Execução Penal.

A entidade que receber o trabalho gratuito do condenado deverá encaminhar mensalmente ao juiz da execução relatório sobre as tarefas realizadas pelo condenado, além de informar sobre ausências ou faltas disciplinares, segundo o disposto no artigo 150 da Lei de Execução Penal.

A execução da pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, de acordo com o artigo 149, §2º da Lei de Execução Penal, tem início a partir do primeiro comparecimento do condenado, que será previamente intimado da entidade, dias e horários em que a pena deverá ser cumprida, conforme o artigo 149, II do mesmo Diploma Legal.

As entidades escolhidas pelo ordenamento jurídico para receber o trabalho gratuito do condenado (entidades assistenciais e programas comunitários, conforme descrito no artigo 46, §2º do Código Penal) são aquelas sem fins lucrativos, de utilidade pública, que, ao menos teoricamente, tem menos recursos financeiros para a contratação de pessoal, sendo que, com o cumprimento da pena, elas terão os serviços prestados, mas sem nenhum ônus decorrente destes mesmos serviços<sup>180</sup>.

O trabalho do condenado é gratuito e não tem a natureza de emprego, é parte da reprovação pela prática do delito. Outro ônus para o condenado é cumprir a pena em horários de descanso para os demais. Entretanto, ao realizar o trabalho voltado à comunidade, o condenado percebe que está fazendo algo de bom para a

---

<sup>180</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 38.

sociedade, que tenderá a reconhecer este fato<sup>181</sup>. Aliado a isso, como já mencionado, o condenado não necessitará privar-se de sua rotina familiar, social e profissional durante o cumprimento da pena, o que poderá facilitar, e muito, a sua ressocialização.

René Ariel Dotti corrobora este pensamento, relatando que a pena de prestação de serviços à comunidade “constitui uma das mais fecundas alternativas.”<sup>182</sup>.

#### **4.7.4. Pena de limitação de fim de semana**

Na pena de limitação de fim de semana, o condenado é obrigado a comparecer em casa do albergado ou outro estabelecimento adequado, aos sábados e domingos, e lá permanecer por cinco horas diárias, de acordo com o artigo 48, *caput*, do Código Penal.

Durante o tempo em que permanecer no estabelecimento indicado, o condenado poderá freqüentar cursos e palestras ou participar de atividades educativas, segundo o parágrafo único do artigo 48 do Código Penal e artigo 152 da Lei de Execução Penal. Se o caso foi de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar que o condenado freqüente programas de recuperação e reeducação, conforme o parágrafo único do artigo 152 da Lei de Execução Penal, que teve redação determinada pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Nota-se, em razão da freqüência, por parte do condenado, a cursos, palestras e atividades educativas, o caráter educativo desta pena, o que se coaduna com o objetivo ressocializador da pena, descrito no artigo 1º da Lei de Execução Penal<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 141.

<sup>182</sup> René Ariel DOTTI, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, p. 486.

<sup>183</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 154.

Da mesma forma que na pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, o juiz da execução deverá determinar a intimação do condenado, acerca do local, dias e horários em que ele cumprirá a pena, cujo início de execução será com o primeiro comparecimento (artigo 151 da Lei de Execução Penal).

Além disso, o estabelecimento indicado deverá encaminhar ao juiz da execução relatórios mensais sobre o condenado, assim como deverá informar sobre ausência ou falta disciplinar cometida pelo condenado, de acordo com o artigo 153 da Lei de Execução Penal.

#### **4.7.4.1. Patronato**

O Patronato, conforme o artigo 61, VI da Lei de Execução Penal, é um dos órgãos da execução penal e dentre as incumbências a ele atribuídas pelo Diploma legal citado está a orientação dos condenados à pena restritiva de direitos (artigo 79, I) e a fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana (artigo 79, II).

#### **4.7.5. Pena de interdição temporária de direitos**

A pena de interdição temporária de direitos está disposta no artigo 47 do Código Penal e subdivide-se em:

##### **4.7.5.1. Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo**

Esta pena está estabelecida no artigo 47, I do Código Penal. Luiz Regis Prado fornece os conceitos de cargo público, atividade pública e mandato eletivo: “por cargo público entende-se o lugar instituído na organização do serviço público, com

denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente (...) já a atividade pública é toda aquela, remunerada ou não, desenvolvida em benefício do Estado e sujeita a nomeação, escolha ou designação pelo Poder Público (...); o mandato eletivo, por fim, é aquele exercido pelos membros do Poder Legislativo (senadores, deputados, vereadores) e Executivo (presidente da República, governadores, prefeitos), durante determinado lapso temporal previamente fixado.”<sup>184</sup>.

Já Hely Lopes Meirelles define função pública como a “atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinação dos servidores para a execução de serviços eventuais.”<sup>185</sup>.

A pena deve ser aplicada ao condenado que tenha a qualidade de funcionário público e também que o crime tenha sido cometido com violação dos deveres funcionais, segundo o artigo 56 do Código Penal.

Caso esta pena seja aplicada, a autoridade competente, de acordo com o artigo 154, §1º da Lei de Execução Penal, assim que receber o ofício sobre a condenação, deverá baixar ato no prazo de vinte e quatro horas, o que dará início à execução da pena.

A pena de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, como já mencionado, não pode ser confundida com a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, que é um efeito da condenação, previsto no artigo 92, I do Código Penal. A sentença condenatória terá este efeito quando o delito foi praticado com abuso de poder ou violação de dever em relação à Administração Pública (artigo 92, I, “a”) ou se a pena privativa de liberdade aplicada for superior a quatro anos (artigo 92, I, “b”).

---

<sup>184</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 584.

<sup>185</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 348, *apud*: Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 584.

#### **4.7.5.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público**

A proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público está regulada no artigo 47, II do Código Penal. Julio Fabbrini Mirabete define: “Existem profissões (trabalho remunerado de caráter predominantemente intelectual), ofícios (trabalho remunerado de caráter predominantemente manual) e atividades (remuneradas ou não) que dependem de certos requisitos legais para serem exercidas: cursos superiores ou profissionalizantes, licença da autoridade pública, registros, etc., que são controlados e fiscalizados pelo Estado. É o caso dos médicos, engenheiros, advogados, despachantes, corretores de valores e seguros etc.”<sup>186</sup>.

Esta pena, da mesma forma que a pena de proibição do exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, também deve ser aplicada ao profissional que cometeu um crime desrespeitando os deveres inerentes à profissão, atividade ou ofício (conforme o artigo 56 do Código Penal).

Além disso, a pena de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público também se aplica, com muito mais razão, à condenação pela prática de crimes próprios, isto é, aqueles que só podem ser cometidos por estes profissionais, como, por exemplo, os delitos de patrocínio infiel (artigo 355<sup>187</sup> do Código Penal) e de falsidade de atestado médico (artigo 302 do Código Penal<sup>188</sup>)<sup>189</sup>.

Ainda, a aplicação e execução da pena de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício não libera o condenado de sanções extrapenais (como,

---

<sup>186</sup> Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p. 269.

<sup>187</sup> Artigo 355 do Código Penal: “Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a três anos, e multa.”

<sup>188</sup> Artigo 302 do Código Penal: “Art. 302: Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.”

<sup>189</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 585-586.

por exemplo, um advogado ser excluído dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil após processo disciplinar conduzido pela própria entidade).

#### **4.7.5.3. Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo**

A pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor é estabelecida no artigo 47, III do Código Penal. Quando esta pena foi introduzida no Código Penal, ainda estava vigente o hoje revogado Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108/66).

Atualmente, vigora no ordenamento jurídico pátrio o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997). Diante disso, os conceitos de habilitação e autorização para dirigir veículo estão dispostos nos artigos 140 e 141, §1º, respectivamente, do Código de Trânsito Brasileiro.

A autorização é dirigida aos condutores de veículos ciclomotores. Já a habilitação é destinada aos condutores que querem dirigir veículo automotor ou elétrico, e é conferida aos candidatos que preencherem os requisitos estabelecidos no próprio Código e forem aprovados nos exames a cargo do CONTRAN.

Além da autorização e da habilitação para dirigir, o Código de Trânsito Brasileiro introduziu a figura da permissão para dirigir veículo, prevista no artigo 148, §§2º, 3º e 4º do mencionado Diploma legal. A permissão para dirigir veículo, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, “é a primeira habilitação de alguém, com prazo de um ano, visando-se a testar sua postura como motorista. Se não cometer infração grave ou gravíssima, nem for reincidente em infração média, pode obter a habilitação definitiva.”<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, p. 832.

A pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo prevista no Código Penal deve ser aplicada aos condenados por crimes culposos de trânsito<sup>191</sup>. É necessário, ainda, que à época da prática do delito o condenado já tivesse a autorização ou habilitação para dirigir veículo, pois o contrário seria permitir que o condenado mude posteriormente a pena a ser aplicada, violando, desta forma, o princípio da reserva legal<sup>192</sup>.

O Código de Trânsito Brasileiro prevê, no artigo 292, que “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades.”.

Desta forma, para os crimes culposos de trânsito, o Código de Trânsito Brasileiro acabou revogando tacitamente o artigo 47, III do Código Penal, no tocante à suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor, na medida em que esta pena tem caráter principal no Código de Trânsito Brasileiro, e será sempre aplicada em caso de condenação, sendo que no Código Penal a referida pena tem caráter substitutivo, e somente seria aplicada se todos os requisitos estabelecidos no próprio Código Penal fossem preenchidos e favoráveis à substituição.

Com relação à proibição de se obter permissão para dirigir veículo automotor o Código Penal não pode ser aplicado, em respeito ao princípio da reserva legal, exatamente porque este Diploma legal não prevê a referida pena (repita-se, a figura da permissão para dirigir veículo automotor somente é disposta no Código de Trânsito Brasileiro, que deve regular a sua aplicação).

Já com relação à pena de suspensão de autorização para dirigir veículo, na medida em que o Código de Trânsito Brasileiro não estabeleceu que esta pena tem

---

<sup>191</sup> Conforme Guilherme de Souza Nucci, crime de trânsito “é a denominação dada aos delitos cometidos na direção de veículos automotores, desde que sejam de perigo – abstrato ou concreto – bem como de dano, desde que o elemento subjetivo constitua culpa.” (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, p. 829).

<sup>192</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 151.



natureza de pena principal (como fez com a pena de suspensão de habilitação), permanece, desta maneira, para a referida pena, em vigor o Código Penal.

Cabe ressaltar também, como já relatado, que a pena do artigo 47, III do Código Penal não pode ser confundida com o efeito da condenação previsto no artigo 92, III, também do Código Penal, pois este efeito da condenação é aplicado ao condenado (que estará inabilitado para dirigir veículo automotor) somente quando ele utilizar o veículo como meio para a prática de crime doloso.

Por fim, conforme o artigo 154, §2º da Lei de Execução Penal, quando houver a aplicação da pena de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público e da de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo o juízo da execução deverá determinar a apreensão dos documentos que possibilitam o exercício do direito suspenso.

#### **4.7.5.4. Proibição de freqüentar determinados lugares**

Esta pena é regida pelo artigo 47, IV do Código Penal. Para Cezar Roberto Bitencourt, “é indispensável que haja uma relação de integração-influência entre ‘lugar-infração-delinqüente’”<sup>193</sup> para que esta pena seja aplicada.

Isto significa dizer que o local deve guardar relação com o delito praticado, bem como com o próprio condenado, já que não teria sentido proibir um indivíduo, que não bebe bebidas alcoólicas, de freqüentar um determinado bar, pelo fato dele ter sido condenado pela prática de registro de nascimento inexistente (artigo 241 do Código Penal<sup>194</sup>), por exemplo.

---

<sup>193</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 153.

<sup>194</sup> Artigo 241 do Código Penal: “Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

#### **4.7.5.5. Regras gerais sobre a execução da pena de interdição de direitos dispostas na Lei de Execução Penal**

O juiz da execução deverá comunicar à autoridade competente acerca da pena de interdição temporária de direitos aplicada, uma vez determinada a intimação do condenado sobre a pena, de acordo com o artigo 154, *caput*, da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, a autoridade competente deve comunicar ao juiz da execução sobre eventual descumprimento, por parte do condenado, da pena de interdição temporária de direitos, segundo o artigo 155 da Lei de Execução Penal, que também prevê, no seu parágrafo único, que a mencionada comunicação de descumprimento poderá ser feita por qualquer prejudicado.

#### **4.7.6. Pena de multa**

A pena de multa, conforme o artigo 49, *caput*, do Código Penal, é o pagamento, que será destinado ao Fundo Penitenciário, de um valor que foi fixado na sentença condenatória. A quantia a ser paga pelo condenado é calculada de acordo com o sistema de dias-multa.

A multa também é prevista como sanção penal na legislação extravagante, como o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965<sup>195</sup>). Entretanto, nem todas as leis esparsas que também cominam a pena de multa utilizam o sistema e os procedimentos do Código Penal<sup>196</sup>. Desta maneira, reitera-se que o Código Penal só será utilizado se a norma que comina a pena de multa não prevê procedimento

---

<sup>195</sup> Vide, por exemplo, o seu artigo 291: “Art. 290. Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código: Pena – reclusão até 2 (dois) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa.”.

<sup>196</sup> Como o próprio Código Eleitoral, que estabelece no seu artigo 286, que o máximo de dias-multa a ser aplicado é trezentos, e não trezentos e sessenta, como o Código Penal.

diverso. Além disso, o Código Penal também será utilizado na legislação extravagante que previa a pena de multa expressa em cruzeiros<sup>197</sup>.

#### **4.7.6.1. O sistema de dias-multa**

O sistema de dias-multa, que foi o escolhido para a fixação do valor da pena de multa, é dividido em duas etapas: a primeira consiste em fixar a quantidade de dias-multa que a pena terá, no limite mínimo de dez e no máximo de trezentos e sessenta dias-multa. Para que o número de dias-multa seja fixado, devem ser analisadas a gravidade do crime e a culpabilidade do condenado.

A segunda etapa, por sua vez, é destinada a determinar o valor de cada dia-multa. Neste momento é analisada, principalmente, a situação econômica do condenado, sendo que o valor mínimo de um dia-multa não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época em que o crime foi praticado e o valor máximo não poderá ser superior a cinco vezes esse mesmo salário.

A quantidade e o valor dos dias-multa serão determinados pelo juiz, de acordo com o artigo 49, *caput* e §1º do Código Penal. O sistema de dias-multa, ao mesmo tempo que avalia a culpabilidade do condenado e a gravidade do delito (na fixação da quantidade de dias-multa), avalia também a capacidade econômica do condenado (na fixação do valor de cada dia-multa), impedindo desta, forma, que a pena de multa torne-se ineficaz.

#### **4.7.6.2. Análise das condições financeiras do condenado**

Como já mencionado, na aplicação da pena de multa devem ser observadas as condições econômicas do condenado, o que está literalmente disposto no artigo 60, *caput*, do Código Penal. Isto acontece para que o condenado que tenha uma

---

<sup>197</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 565.

situação financeira ruim possa cumprir a pena sem agravar ainda mais sua condição, e também para que ela não seja ineficaz, caso o condenado tenha ótima situação econômica. Para que este último fato não ocorra, o Código Penal prevê, no seu artigo 60, §1º, que o juiz poderá elevar o valor da multa até o triplo, ainda que ela já tenha sido aplicada no limite máximo.

Inclusive, em caso de concurso de agentes, sendo um deles de confortável situação financeira e o outro de péssima capacidade econômica, ainda que ambos tenham a mesma atuação na prática do delito (sendo-lhes, portanto, aplicada a mesma quantidade de dias-multa) um terá o valor do dia-multa fixado no máximo e o outro no mínimo, respeitando, desta forma, a individualização da pena de multa e o princípio da igualdade<sup>198</sup>.

#### **4.7.6.3. Natureza da pena de multa**

A pena de multa atinge o patrimônio do condenado, mas não se confunde com multas de natureza fiscal ou administrativa, em razão do descumprimento de alguma obrigação legal, pois estas não se pautam pelos princípios que regem o Direito Penal, como, por exemplo, o da personalidade e o da culpabilidade. Além disso, a multa que tem a natureza de sanção penal revela a reprovação pela prática de um crime, não tendo função reparatória ou indenizatória<sup>199</sup>.

#### **4.7.6.4. Divisão da pena de multa**

No ordenamento jurídico brasileiro, a pena de multa divide-se em dois tipos: o primeiro é a multa que é aplicada alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Ela já está cominada no tipo penal<sup>200</sup>, e também é calculada

---

<sup>198</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 564.

<sup>199</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 601-602.

<sup>200</sup> Vide, por exemplo, o caso do furto: “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” e o do furto de coisa comum: “Art.156. Subtrair

conforme o sistema de dias-multa, de acordo com o artigo 58, *caput*, do Código Penal.

Há também a pena de multa que integra o sistema alternativo de pena, substituindo a pena privativa de liberdade. Ela não está prevista nos tipos penais, conforme o parágrafo único do artigo 58 do Código Penal e, para ser aplicada, o juiz deverá verificar antes se a substituição é possível, o que também deve fazer para aplicar as demais penas do sistema alternativo.

#### **4.7.6.5. Pagamento da multa**

Com relação ao pagamento da multa, o condenado pode requerer, e o juiz permitir se as circunstâncias forem concordes ao pedido, que o pagamento aconteça em parcelas mensais, de acordo com o artigo 50, *caput*, do Código Penal. O artigo 169, *caput*, da Lei de Execução Penal afirma que as parcelas devem ser, além de mensais, iguais e sucessivas.

O artigo 169, §1º da Lei de Execução Penal, por sua vez, dispõe que o juiz, antes de permitir o referido parcelamento, poderá determinar diligências para que seja apurada a efetiva situação financeira do condenado. Ainda conforme o mesmo dispositivo legal, o Ministério Público deverá ser ouvido, para que, assim, o juiz possa determinar a quantidade de parcelas a serem pagas pelo condenado.

Caso o condenado atrase o pagamento de alguma parcela, ou caso aconteça melhora na sua capacidade econômica, o parcelamento será revogado, de ofício pelo juiz ou a pedido do Ministério Público, e a pena de multa será executada, conforme o artigo 169, §2º da Lei de Execução Penal.

---

o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A quantia a ser paga a título de pena de multa poderá ainda ser descontada do vencimento ou do salário do condenado, de acordo com o artigo 50, §1º do Código Penal, no caso da pena de multa ser aplicada isoladamente (artigo 50, §1º, “a”); ser aplicada de maneira cumulativa com uma pena restritiva de direitos (artigo 50, §1º, “b”) ou ainda se for concedida ao condenado a suspensão condicional da pena (artigo 50, §1º, “c”).

Se a pena de multa for aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, o artigo 170, *caput*, da Lei de Execução Penal determina que é possível descontar da remuneração do condenado encarcerado o pagamento da pena de multa.

Conforme o artigo 170, §1º da Lei de Execução Penal, caso a pena de multa ainda não tiver sido paga, mas a pena privativa de liberdade já tiver sido cumprida, ou se o condenado obtiver livramento condicional, haverá a cobrança da multa nos termos do mencionado Diploma legal. O mesmo se aplica se houver a concessão da suspensão condicional da pena antes do pagamento da multa (de acordo com o artigo 170, §2º da Lei de Execução Penal).

A cobrança da multa através de desconto no vencimento ou salário do condenado deverá ser feita conforme o artigo 168 da Lei de Execução Penal, que dispõe que o limite máximo a ser descontado mensalmente é a quarta parte da remuneração do condenado; o limite mínimo será de um décimo desta remuneração (artigo 168, I).

Além disso, o desconto só poderá ser feito mediante ordem do juiz a quem for responsável por efetuar o desconto, ou seja, ao empregador do condenado (artigo 168, II, da Lei de Execução Penal). Ele será também intimado mensalmente a fazer o recolhimento da quantia fixada, até o dia determinado pelo juiz (de acordo com o artigo 168, III, da Lei de Execução Penal).

O desconto no vencimento ou salário do condenado não pode incidir sobre recursos que sejam imprescindíveis para o sustento do condenado e da sua família, segundo com o artigo 50, §2º do Código Penal.

#### **4.7.6.6. Superveniência de doença mental**

Em consonância com os artigos 52 do Código Penal e 167 da Lei de Execução Penal, e evidenciando o caráter penal da sanção, a pena de multa será suspensa se sobrevier ao condenado doença mental, isto é, o dever de pagar, imposto pela sentença condenatória, não passará aos sucessores do condenado, que ficou impossibilitado de cumprir a pena de multa por motivo de doença mental superveniente.

#### **4.7.6.7. Prazo para o cumprimento da pena de multa: divergência**

Há divergência nas disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal quanto ao prazo para o cumprimento da pena de multa, segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>201</sup>. O Código Penal, no seu artigo 50, *caput*, estabelece que a multa deve ser paga no prazo de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Já a Lei de Execução Penal, no artigo 164, *caput*, dispõe que, após extraída certidão de sentença condenatória com trânsito em julgado (que valerá como título executivo judicial), o Ministério Público, em autos apartados, requererá a citação do condenado para que pague, no prazo de dez dias, o valor da multa ou nomeie bens à penhora.

Desta feita, surge a dúvida: quando começa o prazo para o pagamento da multa, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória (conforme o Código Penal) ou a partir da citação para pagamento ou nomeação de bens à penhora (conforme a Lei de Execução Penal)?

---

<sup>201</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 566-567.

É certo que o prazo descrito no Código Penal corre de forma automática, enquanto que o prazo estabelecido na Lei de Execução Penal depende de providências (como o requerimento do Ministério Público e a própria citação do condenado, por exemplo), que demandam um maior tempo.

Poder-se-ia afirmar que o prazo do Código Penal é para o pagamento voluntário, e que o da Lei de Execução Penal é para a execução da pena de multa. Entretanto, o pagamento voluntário da multa deve ser aceito a qualquer tempo, ainda que após o prazo de dez dias, o que tornaria o prazo previsto no Código Penal desnecessário.

Em virtude da situação, como bem finaliza Cezar Roberto Bitencourt<sup>202</sup>, o melhor a ser feito é aplicar a norma mais favorável ao condenado, que, no caso em questão, é a Lei de Execução Penal, em razão de seu procedimento demandar mais tempo do que o do Código Penal.

#### **4.7.6.8. Execução da pena de multa em caso de descumprimento**

Caso o condenado não realize o pagamento voluntário da multa no prazo já mencionado, será utilizado o procedimento de execução da pena de multa previsto na Lei de Execução Penal, sendo penhorados tantos bens quantos forem necessários para garantir a execução, conforme o artigo 164, §1º do mencionado Diploma legal.

O procedimento a ser seguido, no caso de nomeação de bens à penhora e posterior execução, é o da lei processual civil, segundo o artigo 164, §2º da Lei de Execução Penal.

---

<sup>202</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 567.



Caso a penhora recaia sobre bem imóvel, os autos serão remetidos para o juízo cível, que prosseguirá com a execução, de acordo com o artigo 165 da Lei de Execução Penal.

Já se a penhora recair sobre outros bens, estabelece o artigo 166, também da Lei de Execução Penal, que o juízo penal prossegue na execução, que será conforme o disposto no artigo 164, §2º do mesmo Diploma legal.

É certo que o valor da multa será atualizado, no momento da execução da pena, pelos índices de correção monetária, conforme o artigo 49, §2º do Código Penal.

#### **4.8. Execução das penas alternativas**

O juiz da execução é o responsável pela execução das penas do sistema alternativo, conforme indica o artigo 147 da Lei de Execução Penal. Depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, ele pode promover a execução de ofício ou a requerimento do Ministério Público e, quando for necessário, pode requisitar o auxílio de entidades públicas ou de particulares.

Além disso, o juiz da execução pode, em qualquer momento da execução da pena, de maneira motivada, modificar o modo de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, para que as referidas penas fiquem adequadas às condições pessoais do condenado, bem como às características do estabelecimento, entidade ou programa comunitário ou estatal, de acordo com o artigo 148 da Lei de Execução Penal.

#### **4.9. Requisitos que permitem a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa**

É preciso também analisar os requisitos, ou pressupostos, que indicarão se a substituição da pena privativa de liberdade por uma do sistema alternativo será possível.

Conforme o artigo 59, IV do Código Penal<sup>203</sup>, o momento desta análise é na fixação da pena, na sentença condenatória. Desta maneira, em primeiro lugar o juiz fixará a quantidade de pena privativa de liberdade a ser aplicada, para, a partir deste fato, verificar se estão presentes todos os requisitos legais para que seja efetivada a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa.

Deve ser ressaltado mais uma vez que, no tocante à legislação extravagante, o Código Penal será utilizado para a análise da possibilidade de substituição sempre que a legislação esparsa não dispuser de modo diverso.

Observa-se ainda que o Código Penal não cominou penas do sistema alternativo em cada tipo penal, ou seja, os requisitos necessários para a substituição valem, em princípio, para todos os delitos, sendo que o juiz tem a discricionariedade de escolher a pena alternativa que seja mais adequada ao condenado e ao delito praticado, respeitando os limites estabelecidos no próprio Código Penal<sup>204</sup>.

Os requisitos que vão indicar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma do sistema alternativo de pena estão dispostos no artigo 44, I, II e III do Código Penal. É evidente que todos os requisitos devem ser satisfeitos no

---

<sup>203</sup> Artigo 59, IV do Código Penal: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”.

<sup>204</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 78-79.

momento da fixação da pena na sentença condenatória, ou a substituição da pena privativa de liberdade não será possível.

#### **4.9.1. Quantidade de pena aplicada e crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa**

O primeiro dos requisitos é a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada na sentença condenatória (artigo 44, I do Código Penal). A pena privativa de liberdade não poderá ser superior a quatro anos, e o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Em se tratando de crimes culposos, não há limite previsto de pena aplicada, isto é, se o crime praticado for culposos, qualquer que seja a pena privativa de liberdade aplicada autorizará a substituição (caso os demais requisitos também sejam favoráveis à substituição).

Pode-se concluir, então, que o limite de quatro anos de pena aplicada refere-se aos crimes dolosos que, repita-se, não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Com relação à violência e grave ameaça, deve ser ressaltado que, em princípio, a violência à coisa não impede a substituição, pois o que está previsto no Código Penal é a violência ou grave ameaça à pessoa, somente.

Além disso, há crimes, como a lesão corporal dolosa de natureza leve (artigo 129 do Código Penal<sup>205</sup>) e o constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal<sup>206</sup>), por exemplo, que são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, mas

---

<sup>205</sup> Artigo 129 do Código Penal: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”.

<sup>206</sup> Artigo 146 do Código Penal: “Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”.

enquadram-se no conceito de infrações de menor potencial ofensivo<sup>207</sup> e, portanto, devem submeter-se aos procedimentos estabelecidos pela Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995<sup>208</sup>.

Cabe ressaltar ainda que o artigo 54 do Código Penal não está em consonância com o restante do sistema alternativo de pena, já que prevê que a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa só é possível nas condenações inferiores a um ano ou nos crimes culposos, sendo que o artigo 44, I do Código Penal, conforme já relatado, prevê a possibilidade de substituição se a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos (e o crime não for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa) ou nos crimes culposos.

#### **4.9.2. Reincidência**

O segundo requisito é a reincidência. De acordo com o artigo 44, II do Código Penal, o réu não pode ser reincidente em crime doloso.

Dispõe o artigo 63 do Código Penal que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”.

No caso dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por uma do sistema alternativo de pena, exige-se apenas que a reincidência não seja em crime doloso, ou seja, basta que qualquer um dos crimes cometidos, o anterior ou o atual, seja culposo para que a substituição não seja obstada.

---

<sup>207</sup> Artigo 61 da Lei n° 9.099/95: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”.

<sup>208</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 83.

Como anteriormente mencionado, a regra estabelecida pelo Código Penal é a reincidência em crime doloso impedindo a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa.

Entretanto, dispõe o artigo 44, §3º do Código Penal que “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”.

Isto significa dizer que o condenado reincidente em crime doloso<sup>209</sup> pode ter a sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena alternativa, caso “a medida seja socialmente recomendável”.

Por medida socialmente recomendável entende-se aquela que é favorável não só ao condenado<sup>210</sup>, mas também à sociedade, isto é, se a substituição mostrasse conveniente para o condenado (que ainda assim receberá a reprovação pelo delito praticado) e para a sociedade (que terá em seu meio alguém que está tendo uma nova e efetiva oportunidade de ressocializar-se) ela deverá ser efetivada, ainda que o condenado seja reincidente em crime doloso (e, evidentemente, se os demais requisitos também forem favoráveis).

Contudo, se a reincidência for em razão da prática do mesmo crime doloso, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa será definitivamente impossível, em razão da parte final do já citado artigo 44, §3º do Código Penal.

---

<sup>209</sup> Já que, repita-se, se uma das condenações for por crime culposos a substituição ainda será possível.

<sup>210</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 93-94.

#### **4.9.3. Condições pessoais favoráveis do condenado**

O terceiro e último requisito é o descrito no artigo 44, III do Código Penal: “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”.

É mister que o condenado reúna condições pessoais que lhe sejam favoráveis, que demonstrem que, mesmo tendo cometido um delito, ele ainda pode viver em sociedade<sup>211</sup>, mantendo sua rotina pessoal, social e profissional, e que a aplicação da pena alternativa em substituição à pena privativa de liberdade será suficiente como reprovação pelo delito praticado, dando ao condenado a oportunidade de uma efetiva ressocialização.

A avaliação das condições pessoais do condenado é feita pelo juiz e deve ser elaborada de maneira criteriosa, para não deteriorar o sistema alternativo de pena, pois uma substituição indevida pode ser alvo de críticas, o que prejudica o sistema.

#### **4.10. Substituição conforme a quantidade de pena aplicada e o delito praticado**

O Código Penal também estabelece regras para indicar, de acordo com a quantidade de pena aplicada, quais as espécies de penas do sistema alternativo podem substituir a pena privativa de liberdade.

Desta maneira, dispõe o artigo 44, §1º do mencionado Diploma legal que se a condenação for igual ou inferior a um ano, pode ser aplicada ao condenado a pena de multa ou uma das penas restritivas de direitos (artigo 43 do Código Penal), em substituição à pena privativa de liberdade.

---

<sup>211</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 590.

Já se a pena for superior a um ano, o juiz terá a opção de substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos. Ressalta-se que, nesta segunda situação a aplicação da pena de multa deve ser cumulativa com a aplicação da pena restritiva de direitos, o que não acontece na primeira situação (condenação igual ou inferior a um ano, na qual a aplicação de uma das já citadas penas será feita isoladamente).

O artigo 44, §2º do Código Penal tem redação determinada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998 e acabou revogando tacitamente o artigo 60, §2º do Código Penal, na medida em que ampliou a possibilidade da aplicação da pena de multa substitutiva de uma condenação não superior a seis meses para uma condenação igual ou inferior a um ano. Desta forma, o juiz escolherá, no caso concreto, qual a melhor pena a substituir a pena privativa de liberdade: a pena de multa ou a pena restritiva de direitos.

Quando forem aplicadas duas penas restritivas de direitos ao condenado, em substituição à pena privativa de liberdade, o cumprimento destas penas deve ser feito, dentro do possível, de maneira simultânea, já que, por levar menos tempo, o cumprimento simultâneo das penas é mais benéfico ao condenado.

É certo também que quando forem aplicadas ao condenado, no caso de concurso de crimes, uma pena privativa de liberdade que não foi suspensa, para um dos crimes praticados, a substituição da pena privativa de liberdade não será possível para os demais crimes, de acordo com o artigo 69, §1º do Código Penal.

Já se forem aplicadas ao condenado, ainda em caso de concurso de crimes, penas restritivas de direitos, ele deve cumprir simultaneamente as penas que forem compatíveis de cumprimento simultâneo e de maneira sucessiva as demais penas, segundo o artigo 69, §2º do Código Penal.

Além disso, como já foi relatado, as penas estabelecidas no artigo 47, I, II e III do Código Penal têm aplicação específica, prevista nos artigos 56 e 57, também do Código Penal. Desta feita, quando houver a necessidade de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos, pelo menos uma das penas deverá ser a do artigo 47, I, II ou III do Código Penal<sup>212</sup>.

#### **4.11. Duração das penas alternativas**

A duração das penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana será a mesma da pena privativa de liberdade que foi substituída, conforme o artigo 55 do Código Penal, que faz a ressalva à já mencionada exceção do artigo 46, §4º do mesmo Diploma legal (que é a possibilidade de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade em um tempo menor do que o da pena privativa de liberdade aplicada, mas nunca inferior à metade desta pena, no caso de condenação superior a um ano).

#### **4.12. Prescrição das penas alternativas**

Conforme o parágrafo único do artigo 109 do Código Penal, para a prescrição das penas do sistema alternativo são seguidos os prazos estabelecidos para a prescrição das penas privativas de liberdade (previstos no artigo 109 e seguintes do mesmo Diploma legal). Já para a pena de multa, segundo o artigo 114, também do Código Penal, a prescrição ocorrerá em dois anos, se a pena de multa for a única pena cominada ou aplicada (artigo 114, I), ou no mesmo prazo que a pena privativa de liberdade, se a pena de multa for cominada de maneira alternativa ou cumulativa, ou ainda se a pena de multa for aplicada de forma cumulativa.

---

<sup>212</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 87.



#### **4.13. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos durante a execução**

A Lei de Execução Penal prevê, no seu artigo 180, que a pena privativa de liberdade pode ser convertida em pena restritiva de direitos durante a sua execução. Para tanto, é necessário que o condenado cumpra alguns requisitos (que são diferentes dos requisitos para verificação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa, dispostos, como já mencionado, no artigo 44 do Código Penal).

O primeiro requisito está no *caput* do artigo 180, e estabelece que a quantidade de pena privativa de liberdade não pode ser superior a dois anos. O preceito legal não estabelece se esta quantidade de pena é a aplicada na sentença condenatória ou se é o restante de pena a ser cumprido. Cezar Roberto Bitencourt admite a interpretação extensiva, afirmando que “a pena aplicada – não substituída nem suspensa – que se encontra em execução pode ter sido superior a dois anos, desde que o restante a cumprir esteja dentro deste limite.”<sup>213</sup>.

O próximo requisito diz respeito ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Para que a conversão seja possível, o condenado deve estar cumprindo a pena em regime aberto (artigo 180, I da Lei de Execução Penal). Isto significa que a pena privativa já pode ter sido fixada inicialmente para cumprimento em regime aberto, ou que o condenado atingiu o mencionado regime através da progressão de regimes (analisada no Capítulo I deste trabalho).

O terceiro requisito é o condenado já ter cumprido pelo menos um quarto da pena privativa de liberdade (artigo 180, II da Lei de Execução Penal). Ainda que seja possível a conversão, o condenado deve passar um tempo encarcerado, período que deve servir para demonstrar que o objetivo ressocializador pode ser alcançado com o cumprimento da pena em liberdade, no meio social.

---

<sup>213</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 170.

O último requisito está disposto no artigo 180, III da Lei de Execução Penal e estabelece que “os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.”. Mais uma vez o condenado deve demonstrar, através de suas condições pessoais, que a prisão não é mais indispensável e que ele merece a oportunidade de voltar ao convívio social.

#### **4.14. Conversão das penas alternativas em pena privativa de liberdade**

A conversão é um instituto destinado a dinamizar a execução penal, de modo que a pena cumprida seja adequada à situação pessoal do condenado e a sua conduta durante o cumprimento da pena fixada na sentença condenatória. Mas isto não é tudo, os interesses da sociedade também devem ser buscados e, por isso, a pena alternativa aplicada também pode ser convertida em pena privativa de liberdade<sup>214</sup>.

Desta maneira, segundo o artigo 44, §4º do Código Penal, a pena alternativa será obrigatoriamente convertida em pena privativa de liberdade se o condenado, de forma injustificada, descumprir a restrição que lhe foi imposta. Significa dizer que o condenado não aproveitou a oportunidade de cumprir a pena substituída em meio à sociedade, mantendo a sua rotina. Logo, é necessária a conversão da pena alternativa em pena privativa de liberdade.

O condenado, ainda conforme o artigo 44, §4º do Código Penal, terá deduzido o tempo já cumprido da pena alternativa, sendo que o mínimo de detenção ou reclusão a cumprir é de trinta dias.

Há doutrinadores<sup>215</sup> que se opõem a este limite mínimo de trinta dias, afirmando que, com ele, a quantidade de pena fixada em sentença pode ser ultrapassada. Contudo, este saldo estabelecido no Código Penal serve exatamente

---

<sup>214</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 592.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 594.

para que o condenado mantenha-se focado no cumprimento da pena, evitando qualquer descumprimento, especialmente no seu fim<sup>216</sup>.

Se ao condenado sobrevier condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, dispõe o artigo 44, §5º do Código Penal que o juiz da execução é quem decidirá sobre a conversão, tendo a faculdade de não aplicá-la “se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”.

Isto significa dizer que uma condenação por outro crime não converte obrigatoriamente a pena do sistema alternativo em pena privativa de liberdade; se for possível ao condenado cumprir a pena alternativa anteriormente aplicada de forma simultânea com a nova pena a conversão não se mostra necessária.

#### **4.14.1. A conversão na Lei de Execução Penal**

A Lei de Execução Penal prevê ainda, no artigo 181, a conversão específica de algumas penas do sistema alternativo.

##### **4.14.1.1. Pena de prestação de serviços à comunidade**

Para a pena de prestação de serviços à comunidade, são causas de conversão, de acordo com o artigo 181, §1º da Lei de Execução Penal:

- O condenado não ser encontrado por estar em lugar incerto e não sabido ou não atender a intimação realizada por edital (artigo 181, §1º, "a"). Se o condenado não for encontrado quando intimado para o cumprimento da sentença (certificando, então, o Oficial de Justiça estar o mesmo em lugar incerto e não

---

<sup>216</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 173.

sabido) ou se o condenado revel não atender a intimação feita por edital (também sobre o cumprimento da sentença) deve ser operada a conversão.

- O condenado não comparecer, de maneira injustificada, à entidade ou programa no qual ele deveria prestar o serviço (artigo 181, §1º, “b”). Reforça-se que o não comparecimento do condenado deve ser injustificado, eis que, se a justificativa for aceita, não há que se falar em conversão.

- O condenado recusar-se, também injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto (artigo 181, §1º, “c”). O serviço que o condenado deverá prestar, como dispõe o artigo 46, §3º do Código Penal, deve ser adequado às aptidões do condenado, ou seja, conforme suas habilidades; portanto, se o condenado não souber realizar a tarefa determinada, a recusa será justificada<sup>217</sup>.

- O condenado praticar falta grave (artigo 181, §1º, “d”). Qualquer falta grave praticada (que não se confunde com as faltas graves da execução da pena privativa de liberdade<sup>218</sup>) demonstra que o condenado não está apto a cumprir uma pena fora do cárcere, operando-se, desta forma, a conversão.

- Se ao condenado sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, cuja execução não seja suspensa (artigo 181, §1º, “e”). É evidente que o cárcere impede que o condenado cumpra a pena de prestação de serviços à comunidade, que deve ser convertida em pena privativa de liberdade.

#### **4.14.1.2. Pena de limitação de fim de semana**

Já com relação à pena de limitação de fim de semana haverá a conversão (de acordo com o artigo 181, §2º da Lei de Execução Penal) se:

---

<sup>217</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 181-182.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 182.

- O condenado não comparecer ao estabelecimento que lhe foi designado para o cumprimento da pena. O dispositivo legal não estabelece que o não-comparecimento deva ser injustificado, mas, tendo em vista a equidade com a pena de prestação de serviços à comunidade, se for justificada a razão pela qual o condenado não compareceu ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, a conversão não deve ser efetivada<sup>219</sup>.

- O condenado recusa-se a exercer a atividade determinada pelo juiz. As atividades que são designadas ao condenado, conforme o parágrafo único dos artigos 58 do Código Penal e 152 da Lei de Execução Penal, são de natureza educativa, e, portanto, não há razão que justifique a recusa a exercer estas atividades, acarretando-lhe, então, a conversão<sup>220</sup>.

- O condenado, assim como na pena de prestação de serviços à comunidade, não for localizado por estar em local incerto e não sabido ou não atender a intimação feita por edital, praticar falta grave ou for condenado por outro crime, à pena privativa de liberdade, que não teve sua execução suspensa.

#### **4.14.1.3. Pena de interdição de direitos**

A pena de interdição de direitos, por sua vez, é convertida em pena privativa de liberdade, segundo o artigo 181, §3º da Lei de Execução Penal, se:

- O condenado exercer injustificadamente o direito interditado. Ressalta-se que o exercício do direito que está suspenso ou proibido de ser exercido deve ser injustificado, pois, se há motivo que justifique o condenado ter exercido direito que não podia, a conversão não pode se efetivar.

---

<sup>219</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 182.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 182-183.

- O condenado, a exemplo das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, não for encontrado por estar em local incerto e não sabido ou não atender a intimação editalícia ou sofrer uma condenação por outro crime, à pena privativa de liberdade, que não teve sua execução suspensa.

#### **4.14.2. Conversão das penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores e de prisão simples**

As penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade. Não há, em primeiro lugar, uma restrição imposta que venha a ser descumprida, como nas demais penas restritivas de direitos. Além disso, não há o cumprimento destas penas durante um lapso temporal, que poderia ser abatido em caso de conversão, de acordo com o já mencionado artigo 44, §4º do Código Penal.

Logo, não há como proceder à conversão destas penas em pena privativa de liberdade, pois não há como cumprir os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico<sup>221</sup>.

Para evitar a impunidade, a pena de prestação pecuniária não cumprida poderia ser convertida em uma outra espécie de pena do sistema alternativo, que, então, poderá ser convertida em pena privativa de liberdade no caso de descumprimento, se assim entender o juiz, utilizando-se do artigo 44, §4º do Código Penal<sup>222</sup>.

A pena de prisão simples também não pode ser convertida, caso seja substituída por uma pena do sistema alternativo. A prisão simples é a pena prevista para a prática de contravenções penais (artigo 5º, I da Lei das Contravenções

---

<sup>221</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 174-175.

<sup>222</sup> René Ariel DOTTEI *et al*, *Penas Restritivas de Direito*, p. 363.

Penais – Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941<sup>223</sup>); por sua vez a pena privativa de liberdade (que divide-se em reclusão e detenção) é a pena prevista no artigo 32, I do Código Penal<sup>224</sup> para a prática de crimes.

Desta feita, a conversão não é possível, pois o artigo 44, §4º do Código Penal refere-se apenas à pena privativa de liberdade, e a conversão, além de ser prejudicial ao condenado (eis que as penas de detenção e reclusão são mais graves do que a pena de prisão simples)<sup>225</sup>, o princípio da reserva legal seria violado.

#### **4.14.3. Conversão da pena de multa**

No tocante à pena de multa, a Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, alterou o artigo 51 do Código Penal, que permitia a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade em caso de não cumprimento. A partir de então, a pena de multa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, “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.”.

A alteração trazida pela lei de 1996 trouxe duas conseqüências: a primeira é que a pena de multa não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento por parte do condenado. A segunda conseqüência é que a pena de multa transformou-se em dívida de valor. Por dívida de valor entende-se aquela que pode ser atualizada até a data do pagamento<sup>226</sup>.

Entretanto, a maior polêmica que a alteração do artigo 51 do Código Penal criou foi sobre a competência para a execução da pena de multa. Alguns

---

<sup>223</sup> Artigo 5º, I da Lei das Contravenções Penais: “Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples.”.

<sup>224</sup> Artigo 32, I do Código Penal: “Art. 32. As penas são: I – privativas de liberdade.”.

<sup>225</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 594.

<sup>226</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 570.

doutrinadores<sup>227</sup> entendem que, uma vez que não há mais a possibilidade da conversão, e que a norma a ser utilizada é a da dívida ativa da Fazenda Pública, é esta quem deve assumir a execução.

Já outros doutrinadores<sup>228</sup> consideram que permanece a competência do Ministério Público para a execução da pena de multa, posto que esta não perdeu a natureza penal, sendo que sua execução se faz combinando os preceitos da Lei de Execução Penal (artigo 164 e seguintes) com a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

A divergência chega até os Tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, há decisões garantindo a titularidade do Ministério Público e outras afastando a sua competência:

“Recurso Especial. Processual Penal. Execução Penal. Multa. Competência do Ministério Público. Interpretação do art. 51 do CP, com alteração dada pela Lei 9.268/96. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais. Recurso desprovido.” (REsp 699286/SP Recurso Especial 2004/132662-4. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma. Data do Julgamento: 08/11/2005. DJ 05/12/2005, p. 369. RT vol. 846, p. 556).

“Penal. Execução de pena de multa. Art. 51 do CP. Ministério Público. Ilegitimidade. 1. A Fazenda Pública tem competência para executar pena de multa imposta em razão de processo criminal, uma vez que o seu inadimplemento configura dívida ativa. A lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do CP, afastou a

---

<sup>227</sup> Como, por exemplo, Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 621-622.

<sup>228</sup> Vide a respeito: Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 569-572 e Celso DELMANTO *et al*, *Código Penal Comentado*, p. 96-97.



legitimidade do Ministério Público. 2. Recurso especial provido.” (REsp 286889/SP Recurso Especial 2000/0116899-1. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma. Data do Julgamento: 06/12/2005. DJ 01.02.2006, p. 475).<sup>229</sup>

De fato, a pena de multa permanece com seu caráter penal, o que significa respeitar os princípios da reserva legal, da culpabilidade e da personalidade (já que, por exemplo, a cobrança da pena de multa não pode ser repassada aos herdeiros do condenado no caso de sua morte, o que, ao contrário, é causa de extinção da punibilidade, conforme o artigo 107, I do Código Penal<sup>230</sup>).

Portanto, ainda que seja utilizada a legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, por se tratar de uma sanção penal, a sua execução deve ficar a cargo do Ministério Público, nos juízos de execução penal.

---

<sup>229</sup> Ementas do Superior Tribunal de Justiça, obtidas através de [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em 30 nov. 2007.

<sup>230</sup> Artigo 107, I do Código Penal: “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente.”.

## **CAPÍTULO V – EFICÁCIA E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA ALTERNATIVO DE PENA**

Como tudo o que é idealizado e realizado pelo homem, é certo que o sistema alternativo de pena não é perfeito, e pode ser aperfeiçoado para o seu melhor funcionamento.

### **5.1. Falta de estrutura do sistema**

A falta de estrutura para o cumprimento das penas alternativas em muitos casos torna-se um obstáculo para a sua eficácia. A pena de limitação de fim de semana, por exemplo, não pode ser aplicada em várias comarcas brasileiras pela falta das Casas do Albergado, que devem ser construídas pelo Poder Público, mas ainda não o foram, por falta de recursos e de preocupação com o funcionamento do sistema penal.

Para a comprovação deste fato, basta checar os dados estatísticos fornecidos pelo Infopen<sup>231</sup>: tomando como referência o mês de dezembro de 2005, só existiam no Brasil 29 (vinte e nove) casas do Albergado, sendo 25 (vinte e cinco) para homens e 04 (quatro) para mulheres; em junho de 2006, estes números subiram para um total de apenas 39 (trinta e nove) Casas do Albergado, com 33 (trinta e três) Casas masculinas e 06 (seis) femininas; em junho de 2007 também não houve um grande aumento: no país inteiro havia somente 48 (quarenta e oito) Casas do Albergado (quarenta e uma para homens e sete para mulheres).

Guilherme de Souza Nucci também compartilha deste pensamento, afirmando que “a limitação de fim de semana, em face da completa ausência de casa do albergado em várias Comarcas, mas também pelo descaso com que são cuidadas

---

<sup>231</sup> O Infopen é o Sistema de Informações Penitenciárias, um programa criado e gerado pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça, e que coleta dados, com o auxílio das secretarias estaduais, sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Acesso através de [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), em 15 dez. 2007.

as Casas existentes em tantos outros lugares, apenas produziu fracassos. Vêm-se, para ela, dois fins: a) extinção; b) efetiva aplicação *somente* se forem criadas e mantidas pelo Estado as Casas do Albergado pelo Poder Executivo, a fim de, inclusive, poder abrigar os dependentes do regime aberto, que hoje desfrutam do conforto de suas próprias residências (prisão albergue domiciliar).<sup>232</sup>.

Os Patronatos, por sua vez, têm como função, além de prestar assistência aos albergados e egressos (como já relatado no Capítulo II), orientar os condenados à pena restritiva de direitos e fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana (conforme já exposto no Capítulo IV).

Todavia, também conforme já analisado no Capítulo II, os Patronatos são praticamente inexistentes no país, comprovando mais uma vez a falta de estrutura para a execução das penas alternativas.

A falta de estrutura para o cumprimento das penas alternativas é decorrente em grande parte da falta de vontade política das autoridades, que não têm como objetivo melhorar o sistema. Diante disso, os recursos que poderiam e deveriam ser destinados ao sistema alternativo de pena não o são, impedindo que ele funcione de maneira mais adequada.

## **5.2. Resistência à aplicação das penas alternativas**

Há também muita resistência à aplicação das penas alternativas, que, para uma parcela da sociedade e dos operadores do Direito, são sinônimo de impunidade, não tendo a reprovação suficiente em relação ao mal que advém da prática do delito, em comparação com a pena privativa de liberdade.

---

<sup>232</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 334-335.

Muitos juízes, no momento da aplicação da pena, tentam exasperá-la para que o limite de quatro anos, estabelecido pelo ordenamento jurídico atualmente em vigor, seja ultrapassado e, desta forma, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa não seja possível.

Além disso, o Poder Legislativo por muitas vezes também adota a política de exasperação de penas quando da cominação de sanções penais nas novas normas por ele criadas, o que, de um lado, dificulta a aplicação do sistema alternativo de pena e, de outro, agrava as sérias falhas do sistema clássico, pois, como já relatado no Capítulo III deste trabalho, a exasperação de penas não é o caminho adequado para a redução da criminalidade.

### **5.3. Falta de fiscalização**

Um dos maiores óbices ao bom funcionamento do sistema alternativo de pena é a falta de fiscalização do cumprimento das penas alternativas, por parte dos Juízos de Execução Penal e especialmente do Ministério Público, responsável por esta tarefa<sup>233</sup>, já que, se não há fiscalização efetiva, o condenado não criará em si a consciência de que está cumprindo uma pena e, conseqüentemente, não alcançará o objetivo ressocializador.

### **5.4. Críticas a algumas espécies de penas alternativas**

Algumas espécies de penas do sistema alternativo também são criticadas por doutrinadores<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> Conforme o artigo 67 da Lei de Execução Penal: “Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.”

<sup>234</sup> Como, por exemplo, Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas* e Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*.

#### 5.4.1. Pena de prestação pecuniária

Com relação à pena de prestação pecuniária, a crítica feita é decorrente do fato de que o dispositivo legal não cita sucessores, mas dependentes da vítima, o que significa dizer que só serão beneficiários da mencionada pena (ou seja, aqueles que vão receber a importância a ser paga pelo condenado) os que tiverem relação de dependência com a vítima, e não os que estão em sua linha sucessória<sup>235</sup>.

Além disso, no tocante à possibilidade de compensação do valor já pago, a título de pena de prestação pecuniária, em caso de eventual condenação em ação cível, critica-se justamente a necessidade de uma condenação em ação de reparação cível, excluindo-se, desta forma, a possibilidade de compensação em razão de conciliação entre as partes, no âmbito cível, o que contraria a tendência conciliatória do Direito Penal moderno.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt<sup>236</sup>, a possibilidade de compensação em virtude de conciliação cível só será possível na seara dos Juizados Especiais Criminais (instituídos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), nas ações penais públicas incondicionadas, eis que a composição cível, nos referidos Juizados, nas ações penais privadas ou públicas condicionadas à representação, é causa de extinção da punibilidade<sup>237</sup>.

Outra crítica feita a esta espécie de pena é em relação ao parâmetro escolhido pelo legislador para a fixação do valor a ser pago, o salário mínimo. Em primeiro lugar, poderia ter sido mantida a coerência e o sistema a ser adotado deveria ser o mesmo sistema utilizado para a pena de multa, o sistema dias-multa. Além disso, o valor mínimo disposto na norma é demasiadamente alto, uma vez que

---

<sup>235</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 118.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 121-122.

<sup>237</sup> Artigo 74 da Lei nº 9.099: "Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação."

a maioria dos condenados é oriunda das camadas mais necessitadas da sociedade, não tendo como arcar com este valor, e, em muitos casos, o eventual dano a ser reparado não chega ao valor de um salário mínimo<sup>238</sup>.

#### 5.4.2. Pena de perda de bens e valores

A pena de perda de bens e valores também recebe críticas na medida em que, para alguns autores<sup>239</sup>, configura pena de confisco, que não pode ser admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois retira do condenado bens lícitos, ao contrário da perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, desde que o fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito ou do produto do crime ou de qualquer bem ou valor auferido pelo condenado com a sua prática, conforme o estabelecido no artigo 91, II, “a” e “b” do Código Penal<sup>240</sup>.

Além disso, a pena de perda de bens e valores também violaria o princípio da personalidade da pena, eis que, conforme o artigo 5º, XLV da Constituição Federal<sup>241</sup>, pode atingir o patrimônio dos herdeiros e sucessores do condenado, no limite do patrimônio transferido, o que desrespeita também o preceito legal, já mencionado no Capítulo IV deste trabalho, que estabelece que a morte do agente extingue a punibilidade e, conseqüentemente, a pena<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 122-123.

<sup>239</sup> Novamente, Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas* e Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2006.

<sup>240</sup> Artigo 91, II, “a” e “b” do Código Penal: “Art. 91. São efeitos da condenação: (...) II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”.

<sup>241</sup> Artigo 5º, XLV da Constituição Federal: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”.

<sup>242</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 127.

### **5.4.3. Pena de prestação de outra natureza**

A pena de prestação de outra natureza, por sua vez, tem a inconstitucionalidade aventada, na medida em que, uma vez que não está devidamente determinada em lei qual a pena de outra natureza que poderá ser aplicada em substituição à pena de prestação pecuniária, o princípio da reserva legal restaria violado<sup>243</sup>.

Além disso, conforme já explanado no capítulo anterior, a prioridade de destinação da pena de prestação pecuniária é a vítima ou seus dependentes, em razão do seu caráter reparatório, e, só no caso de não haver vítima ou dependentes ou dano a ser ressarcido, é que o valor a ser pago pelo condenado é destinado a entidades públicas.

Todavia, com a aplicação da pena de outra natureza a vítima pode ser novamente preterida, pois a citada pena geralmente deixaria de ser destinada à vítima para ser entregue a uma entidade pública<sup>244</sup>.

### **5.4.4. Penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de limitação de fim de semana**

Com relação à pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a crítica é relativa à possibilidade do cumprimento da pena em menor tempo: como somente os condenados a penas superiores a um ano têm esta faculdade, os condenados que receberam esta mesma pena alternativa, mas em quantidade inferior a um ano, devem cumpri-la integralmente, o que configura tratamento desigual dos condenados.

---

<sup>243</sup> Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 672.

<sup>244</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 137.

Este tratamento desigual também é estendido à pena de limitação de fim de semana, na medida em que esta pena, assim como a pena de prestação de serviços à comunidade, também é temporal, isto é, o condenado deve cumpri-la durante o período determinado pelo juiz na sentença condenatória, ao contrário, por exemplo, da pena de prestação pecuniária, na qual o condenado deve pagar um valor à vítima ou a seus dependentes.

Desta feita, a pena de limitação de fim de semana também poderia ser cumprida em menor tempo, mas não há previsão legal para tanto, evidenciando, repita-se, o tratamento desigual dos condenados.

### **5.5. Eficácia do sistema alternativo de pena**

Estas críticas, entretanto, não maculam seriamente o sistema alternativo, fazendo com que a aplicação das penas alternativas fique desacreditada, já que são reparos totalmente possíveis de serem realizados, ao contrário do sistema clássico, em que o isolamento e o estigma sofridos pelo condenado, por exemplo, o marcam e o acompanham negativamente pelo resto de sua vida, impedindo a sua ressocialização.

E, se a aplicação do sistema alternativo ficar desacreditada, certamente haverá impunidade, e todos terão prejuízos, já que a sociedade e a vítima terão de conviver com alguém que praticou um delito e não teve a devida reprovação desta conduta, além de não ter reparado também os eventuais danos causados pela prática da conduta delituosa; o delinqüente, por sua vez, não terá a oportunidade de se ressocializar, aumentando as chances de reincidência.

Analisando os sistemas clássico e alternativo de pena, há a constatação de que o sistema alternativo é mais eficaz na redução da criminalidade do que o sistema clássico. Algumas razões podem ser elencadas para comprovar esta afirmação.



### **5.5.1. Os efeitos da aplicação de uma pena alternativa**

Conforme já relatado no capítulo anterior, a aplicação de uma pena alternativa não retira o condenado de seu ambiente familiar, social e profissional, o que auxilia a sua ressocialização.

Como não há essa quebra dos laços familiares, sociais e profissionais, o condenado não precisará, por exemplo, deixar seu emprego, caso tenha um, ou deixar de continuar sua busca por trabalho, se estiver desempregado.

Desta maneira, o condenado permanecerá perto de sua família, contribuindo afetivamente e também para o seu sustento material, e ela não será desfeita com a aplicação da pena alternativa, respeitando o princípio da personalidade da pena (ao contrário do que acontece em muitos casos com a aplicação da pena privativa de liberdade, como já relatado no Capítulo II).

O cumprimento da pena alternativa também não acarreta ao condenado os efeitos maléficos oriundos do cumprimento da pena privativa de liberdade, como, por exemplo, o contato com condenados mais perigosos, o estigma que perseguirá o condenado por praticamente toda a sua vida pelo fato de ele ter sido encarcerado e o ambiente propício à promiscuidade e corrupção (todos analisados no Capítulo II deste trabalho), ou seja, o condenado não fica marcado pelo cumprimento da pena alternativa, como acontece com a pena privativa de liberdade.

Ter um condenado a uma pena alternativa no convívio social também não será prejudicial para a sociedade, pois ele não terá passado pela péssima experiência prisional, mas ainda assim estará cumprindo uma pena pelo delito que praticou.

Desta forma, os efeitos da aplicação de uma pena alternativa são mais benéficos para o condenado, e não trazem prejuízos para a sociedade e a vítima, que poderão observar a reprovação ao condenado pelo delito praticado e não terão nenhuma sensação de impunidade e insegurança.

### **5.5.2. O Sistema alternativo de pena e a vítima**

O sistema alternativo de pena, ao contrário do sistema clássico, também se volta para a vítima. Na pena de prestação pecuniária, por exemplo, o valor a ser pago pelo condenado deve ser destinado à vítima ou aos seus dependentes, e só no caso de não haver qualquer vítima ou dependente é que o pagamento é destinado à entidade pública ou privada com destinação social.

Além disso, o comportamento da vítima não é analisado na verificação da possibilidade ou não da substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa, conforme o artigo 44, §3º do Código Penal. Este dispositivo legal teve redação determinada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, afastando, portanto, o antigo raciocínio (conforme já analisado no Capítulo II deste trabalho), no qual a vítima era alguém que contribuía ou até mesmo tinha total responsabilidade pelo delito, sendo somente um objeto a ser utilizado em investigações e processos, e não um sujeito de direitos, também dotada de dignidade<sup>245</sup>.

A reparação dos danos causados pelo cometimento do delito é outro fator que demonstra a maior eficácia do sistema alternativo de pena na redução da criminalidade frente ao sistema clássico. A obrigação de reparar o dano é um efeito da condenação, disposto no artigo 91 do Código Penal, que teve redação determinada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (que integrou a reforma legislativa que estruturou o sistema alternativo de pena).

---

<sup>245</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 24-25.

As penas de prestação pecuniária e de perda de bens e valores, por exemplo, instituídas no Código Penal, têm caráter reparatório, assim como a multa reparatória, disposta no artigo 297, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997<sup>246</sup>.

Sobre a reparação dos danos sofridos pela vítima, Winfried Hassemer relata que “todo meio que minimiza a execução da pena privativa de liberdade, por isso mesmo é bem-vindo. (...) Pode-se esperar que a realização do acordo entre autor e vítima reduza o montante de penas – certamente em uma proporção mais reduzida, as quantidades de penas privativas de liberdades executadas, pois a sua qualificação como instrumento alternativo poderia diminuir a gravidade dos delitos..<sup>247</sup>”.

A valorização da vítima também reduz as chances do sistema alternativo entrar em descrédito pois, na medida em que ela não é tratada como um objeto, mas como um sujeito de direitos, ela pode acompanhar de perto que a adequada reprovação pelo delito ocorreu, sem haver o receio de sofrer uma represália por parte de seu agressor, que não cumpriu a pena em uma “escola do crime”, como são os estabelecimentos penais atualmente, como já expressado no Capítulo II do trabalho.

Contudo, infelizmente nem sempre a busca pela reparação dos danos causados pelo delito é estimulada pelo Poder Público, que muitas vezes não auxilia nem orienta as vítimas sobre como proceder para a obtenção do ressarcimento dos danos, e em especial as vítimas mais carentes, que não dispõem de recursos para buscarem sozinhas esta reparação<sup>248</sup>. Mas, mesmo assim, as vítimas devem procurar e exigir o auxílio necessário para a obtenção da reparação dos danos sofridos, para que eles não sejam agravados.

---

<sup>246</sup> Artigo 297 do Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.”.

<sup>247</sup> Winfried HASSEMER, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, p. 399-400.

<sup>248</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 26-27.

### 5.5.3. Dados estatísticos

Dados estatísticos<sup>249</sup> também corroboram a eficácia do sistema alternativo de pena na redução da criminalidade frente ao sistema clássico. No ano de 2006, por exemplo, havia no Brasil 339.580 (trezentas e trinta e nove mil quinhentas e oitenta) pessoas ligadas ao sistema clássico, entre presos provisórios, condenados cumprindo pena e os que receberam uma medida de segurança (de internação ou tratamento ambulatorial).

Tomando como referência o mês de dezembro de 2006, deste total mencionado, 67.948 (sessenta e sete mil novecentas e quarenta e oito) pessoas já eram reincidentes e, no referido mês, houve 5.849 (cinco mil oitocentas e quarenta e nove) reinclusões no sistema e 3.528 (três mil quinhentas e vinte e oito) fugas; 2.281 (dois mil duzentos e oitenta e um) condenados abandonaram os regimes semi-aberto e aberto e 86 (oitenta e seis) envolveram-se em motins e rebeliões.

No Estado de São Paulo, no mesmo ano, o total de pessoas ligadas ao sistema clássico de pena era de 130.814 (cento e trinta mil oitocentos e quatorze). No mesmo mês de dezembro de 2006, 26.698 (vinte e seis mil seiscentas e noventa e oito) pessoas já eram reincidentes, e 2.842 (duas mil oitocentas e quarenta e duas) retornaram ao sistema.

Já no ano de 2007, no Brasil, tomando-se como referência o mês de junho, o total de envolvidos no sistema era de 360.830 (trezentas e sessenta mil oitocentas e trinta) pessoas, com 94.185 (noventa e quatro mil cento e oitenta e cinco) reincidentes, 7.369 (sete mil trezentas e sessenta e nove) reinclusões no sistema e 1.712 (mil setecentas e doze) fugas; 326 (trezentos e vinte e seis) condenados envolveram-se em motins ou rebeliões e 2.353 (dois mil trezentos e cinqüenta e três) abandonaram os regimes semi-aberto e aberto.

---

<sup>249</sup> Dados obtidos no Infopen (Sistema de Informações Penitenciárias), criado e administrado pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça. Acesso através de [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), em 15 dez. 2007.

Em São Paulo, no mesmo período (junho de 2007), a população ligada ao sistema clássico era de 138.306 (cento e trinta e oito mil trezentas e seis) pessoas, com 39.426 (trinta e nove mil quatrocentas e vinte e seis) já reincidentes e 3.172 (três mil cento e setenta e duas) que foram reinseridas no sistema.

O sistema alternativo de pena<sup>250</sup>, por sua vez, contava, em dezembro de 2006, com 7.495 (sete mil quatrocentos e noventa e cinco) cadastrados no Centro de Penas e Medidas Alternativas de São Paulo, que abrange várias Comarcas do Estado, sendo que, deste total, 3.358 (três mil trezentos e cinquenta e oito) receberam penas alternativas.

Neste mesmo período, 5.402 (cinco mil quatrocentos e dois) cadastrados foram desligados do sistema, 3.773 (três mil setecentos e setenta e três) por terem cumprido integralmente a pena e apenas 306 (trezentos e seis) por ação do Poder Judiciário.

Em dezembro de 2007, o mencionado Centro tinha cadastradas 10.978 (dez mil novecentas e setenta e oito) pessoas, das quais 4.599 (quatro mil quinhentas e noventa e nove) estavam cadastradas por lhes terem sido aplicadas penas alternativas.

Neste período, 7.908 (sete mil novecentas e oito) pessoas foram desligadas do sistema, sendo que 5.339 (cinco mil trezentas e trinta e nove) cumpriram a pena aplicada e somente 580 (quinhentas e oitenta) desligaram-se por ação do Poder Judiciário.

Pela análise destes números, fica evidente a eficácia do sistema alternativo de pena na redução da criminalidade, pois mais de 60% (sessenta por cento) dos

---

<sup>250</sup> Dados fornecidos, em comunicação pessoal à autora, por Marcia Antonietto, Diretora Técnica de Divisão do Centro de Penas e Medidas Alternativas de São Paulo – Departamento de Reintegração Social Penitenciário da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária de São Paulo.

envolvidos no sistema cumpriram a pena integralmente, e menos de 10% (dez por cento) foram desligados do sistema por ação do Poder Judiciário.

Já com relação ao sistema clássico, os números indicam o contrário: só no Estado de São Paulo, quase 30% (trinta por cento) dos envolvidos no sistema já são reincidentes, e a tendência é o aumento constante destes números, eis que a média nacional de reincidência para os envolvidos no sistema clássico de pena é de 82% (oitenta e dois por cento).

#### **5.5.4. Custos de aplicação de uma pena alternativa**

O custo da aplicação de uma pena alternativa é bem menor do que os custos de aplicação da pena privativa de liberdade. Somente para a criação de uma vaga em um estabelecimento penal, o Poder Público deve gastar cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), conforme dados do Depen (Departamento Penitenciário Nacional)<sup>251</sup>, isso sem contar os custos com a manutenção do condenado no cárcere (que incluem, dentre outras, despesas com alimentação, higiene, vestuário e pessoal penitenciário).

Já a execução das penas do sistema alternativo tem um custo bem menor, eis que, por exemplo, não é necessário criar um espaço físico para o cumprimento destas penas, com exceção da pena de limitação de fim de semana.

Além disso, em razão de não ser preciso uma vigilância contínua e nem uma estrutura para os condenados (já que não há a necessidade da manutenção deles em estabelecimentos penais), menos funcionários do Poder Público podem fiscalizar mais condenados, exatamente o contrário do que é preciso no sistema clássico de pena.

---

<sup>251</sup> PAGNAN, Rogério e CARAMANTE, André. Mesmo com prisões lotadas, SP gasta menos do que o previsto, *Folha de São Paulo*, 16 out. 2007, Caderno Cotidiano, p. C9.

### **5.5.5. O Sistema alternativo e as finalidades da pena**

O sistema alternativo de pena também se mostra mais conforme às finalidades da pena estabelecidas no Código Penal, de acordo com a análise feita no Capítulo III do trabalho.

A aplicação de uma pena alternativa, por sua vez, facilita a ressocialização do condenado durante a execução, exatamente, repita-se, pelo fato de a sua rotina não sofrer grandes alterações com o cumprimento da pena.

Ao mesmo tempo, o condenado vai sofrer a adequada reprovação pela sua conduta, e a prevenção geral também está garantida, o que pode ser demonstrado pelos baixos índices de reincidência dos apenados com uma pena alternativa, diminuindo na sociedade a sensação de impunidade ou de temor de reincidência do condenado.

A pena privativa de liberdade, ao contrário, desrespeita as finalidades de reprovação e prevenção de delitos, além de não cumprir o objetivo ressocializador durante a sua execução.

A pena privativa de liberdade não respeita a finalidade preventiva da pena, pois, conforme a análise dos dados estatísticos, apresentada neste capítulo, o índice de reincidência dos envolvidos com o sistema clássico de pena é muito alto.

Em conseqüência, pode-se afirmar que não há a adequada reprovação pela prática do delito, o que torna a pena privativa de liberdade mera retribuição, fato que não pode ser admitido pelo ordenamento jurídico em vigor.

### 5.5.6. Sistema alternativo e a efetividade dos princípios

O sistema alternativo de pena também é mais eficaz do que o sistema clássico porque está em maior conformidade com os princípios da proporcionalidade, humanidade e culpabilidade.

Conforme Guilherme de Souza Nucci, “princípio, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo.”<sup>252</sup>.

Os princípios da proporcionalidade, humanidade e culpabilidade são necessários para a efetivação de um Direito Penal de intervenção mínima, subsidiário, a *ultima ratio*, uma medida extrema a ser utilizada somente quando os demais meios de controle social (meios civis e administrativos, por exemplo) não se mostraram eficazes, e também um Direito Penal fragmentário, destinado apenas às ofensas mais graves aos bens jurídicos que merecem, pela sua importância, a tutela penal.

Cláudio Luiz Frazão Ribeiro explica que “compreender o direito penal como *ultima ratio* é conceber que a criminalização de uma conduta somente se justifica e se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. E apenas se revela como tal se inexistente qualquer alternativa extrapenal de controle social, como medidas civis ou administrativas. Por isso, o direito penal, no que diz respeito à orientação de sua produção positiva, deve assumir efetivamente sua feição lógica e politicamente subsidiária, apresentando-se exclusivamente quando os demais ramos do direito ou os demais sistemas de controle social informal revelarem-se incapazes de tutelar devidamente os bens

---

<sup>252</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 25.



relevantes na vida do indivíduo e da sociedade, sendo considerada ilegítima aquela intervenção excepcional, quando tomada como prioritária.”<sup>253</sup>.

Desta forma, a resolução de conflitos não necessita da radicalidade de movimentos como o Abolicionismo Penal e o de exacerbação de penas e medidas penais e processuais penais (como os Movimentos e Lei e Ordem, por exemplo), analisados no Capítulo III do trabalho.

#### **5.5.6.1. Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade estabelece que as penas aplicadas aos condenados devem guardar proporção com a gravidade dos delitos praticados. Isto significa que o Estado não deve aplicar ao cidadão penas que não sejam necessárias ou que sejam demasiadamente gravosas, ou seja, a pena deve ser adequada às circunstâncias (gravidade) do delito e à culpabilidade do condenado.

Este princípio pode ser apreciado em dois momentos: no momento da cominação da pena pelo legislador e no momento da aplicação da pena cominada no caso concreto, pelo juiz<sup>254</sup>.

Logo, o sistema alternativo de pena é mais conforme ao princípio da proporcionalidade do que o sistema clássico, na medida em que no primeiro sistema há um elenco de penas à disposição do juiz para que, no caso concreto, ele aplique a pena mais adequada, o que não acontece no segundo sistema, no qual há somente a pena privativa de liberdade a ser aplicada ao condenado (e em alguns casos a pena de multa, aplicada de maneira alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade).

---

<sup>253</sup> Cláudio Luiz Frazão RIBEIRO, *O Mito da Função Ressocializadora da Pena*, p. 160.

<sup>254</sup> Rogério Greco, *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 110.

René Ariel Dotti afirma que “realmente o legislador deve ter em vista que a grande variedade de ilícitos não poderá ser proporcionalmente retribuível com dois únicos tipos de penas principais: a prisão e a multa.”<sup>255</sup>.

Além disso, as penas do sistema alternativo mostram-se menos gravosas do que a do sistema clássico de pena, pois quase não alteram a rotina do condenado durante o seu cumprimento, sendo que, desta maneira, a possibilidade de ocorrer excessos ou arbitrariedades é diminuta, o que não ocorre com relação à pena privativa de liberdade, em que o cárcere muda completamente a vida do condenado.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente estabelecido no ordenamento jurídico pátrio, mas pode ser inferido de preceitos legais, como o que estabelece a individualização das penas (artigos 5º, XLVI da Constituição Federal e 59 do Código Penal<sup>256</sup>) e o que criminaliza a prática de crimes graves, como o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, por exemplo (artigo 5º, XLIII da Constituição Federal<sup>257</sup>)<sup>258</sup>.

#### 5.5.6.2. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade veda a cominação e aplicação de penas cruéis e degradantes, mantendo a dignidade do condenado. É ligado ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a proibição de penas cruéis e degradantes limita o

---

<sup>255</sup> René Ariel DOTTI, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, p. 217.

<sup>256</sup> Artigo 5º, XLVI da Constituição Federal: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”. Artigo 59 do Código Penal: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie da pena, se cabível.”.

<sup>257</sup> Artigo 5º, XLIII da Constituição Federal: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”.

<sup>258</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 24.

legislador e o juiz à cominação e aplicação, respectivamente, de penas proporcionais.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, “a proscricção de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade.”<sup>259</sup>.

Nilo Batista também afirma que “a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança.”<sup>260</sup>.

Por tudo o que foi analisado até o momento neste trabalho, especialmente no Capítulo II, o sistema alternativo de pena é muito mais adequado ao princípio da humanidade do que o sistema clássico, que, ao contrário, desrespeita o referido princípio, uma vez que não há, atualmente, o menor respeito pela integridade física e moral dos encarcerados, bem como pela sua dignidade, que, repita-se, deve ser preservada.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “o Estado brasileiro investe-se do perfil de protetor dos direitos humanos, ao menos porque apregoa no texto constitucional (art. 5º, XLVII) a vedação de penas consideradas cruéis em sentido lato. Entretanto, o investimento necessário para garantir o cárcere humanizado caminha a passos lentos...”<sup>261</sup>.

O sistema alternativo de pena, por sua vez, não retira o condenado, durante o cumprimento da pena, do seu convívio familiar, social e profissional, embora, insiste-

---

<sup>259</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Novas Penas Alternativas*, p. 39.

<sup>260</sup> Nilo BATISTA, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 100.

<sup>261</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 42.

se, o condenado deva ter a consciência de que está cumprindo uma pena em razão do cometimento de um delito, já que, como afirma Cezar Roberto Bitencourt, “o Direito Penal não é necessariamente assistencial.”<sup>262</sup>.

O princípio da humanidade está disposto no artigo 5º, XLVII e XLIX da Constituição Federal<sup>263</sup>. Mas este princípio é tão importante que também está previsto em Declarações e Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil e que, portanto, fazem parte do ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948, no artigo V<sup>264</sup>), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948, artigos XXV e XXVI<sup>265</sup>) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (aprovada pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992 – artigos 4º, 3 e 5º<sup>266</sup>).

Há também uma Convenção específica sobre o assunto, a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (aprovada pelo Decreto Legislativo 4, de 23 de maio de 1989 e promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991).

---

<sup>262</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 17.

<sup>263</sup> Artigo 5º, XLVII da Constituição Federal: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”. Artigo 5º, XLIX da Constituição Federal: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”.

<sup>264</sup> Artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. V. Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”.

<sup>265</sup> Artigos XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Art. XXV. (...) Todo indivíduo, que tenha sido privado de sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade. Art. XXVI. (...) Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.”.

<sup>266</sup> Artigos 4º, 3 e 5º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: “Art. 4º. (...) 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. (...). Art. 5º 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”.

### 5.5.6.3. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade, a seu turno, pode ser compreendido em três diferentes aspectos<sup>267</sup>. O primeiro deles é a culpabilidade como fundamento da pena, isto é, a possibilidade de ser aplicada uma sanção penal a um indivíduo em razão de ele ter praticado uma conduta definida pela lei penal como um delito (se no caso concreto estiverem presentes a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa).

O segundo aspecto é a culpabilidade como fator impeditivo da responsabilidade objetiva, ou seja, a nenhum indivíduo pode ser imputada a prática de um delito se este indivíduo não houver agido com dolo ou com culpa.

O terceiro aspecto é a culpabilidade como limite da pena, isto é, a culpabilidade obsta que a pena seja aplicada além da própria culpabilidade do condenado (que significa a culpabilidade no sentido dos dois primeiros aspectos, analisados anteriormente), juntamente com as circunstâncias, gravidade e conseqüências do delito cometido.

Rogério Greco preleciona que “... quando da aplicação da lei penal, o Estado poderá valorar o grau de reprovabilidade do comportamento criminoso, tendo como ‘termômetro’ a culpabilidade do agente.”<sup>268</sup>.

Destacando-se este último aspecto do princípio da culpabilidade, pode-se afirmar então que o sistema alternativo é mais conforme a este princípio, eis que, em sendo aplicada uma pena alternativa, a culpabilidade do condenado é analisada de uma forma mais efetiva e adequada do que quando da aplicação da pena privativa de liberdade, porque o juiz pode escolher a pena alternativa que mais se ajusta ao caso concreto, de acordo com o delito praticado e com o condenado; na aplicação

---

<sup>267</sup> Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 16.

<sup>268</sup> Rogério Greco, *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 136.

da pena privativa de liberdade não há esta possibilidade de escolha, e a pena aplicada pode ultrapassar a culpabilidade do condenado.

### **5.5.7. O sistema alternativo e o ordenamento jurídico**

O sistema alternativo de pena também respeita de forma efetiva o ordenamento jurídico vigente, especialmente no que concerne à estrutura garantista constitucionalmente estabelecida e os Tratados internacionais<sup>269</sup> dos quais os Brasil faz parte, de acordo com o que já foi detalhado neste capítulo.

O sistema clássico, de outro lado, desrespeita o ordenamento jurídico nacional, não cumprindo, por exemplo, o objetivo ressocializador definido no artigo 1º da Lei de Execução Penal, como já analisado no trabalho.

Desta forma, a análise do ordenamento jurídico em vigor mostra mais uma vez a eficácia do sistema alternativo de pena, uma vez que o respeito ao ordenamento vigente fortalece o sistema, o que acaba por lhe garantir eficácia, ao contrário do sistema clássico, que dentre as suas várias falhas, está o desrespeito às normas vigentes, como já relatado anteriormente no trabalho.

## **5.6. Aperfeiçoamento do sistema alternativo de pena**

Diante de tudo o que já foi analisado no trabalho, evidencia-se que o sistema alternativo de pena é mais eficaz do que o sistema clássico na redução da criminalidade. A aplicação das penas alternativas ainda legitima o Direito Penal de forma mais efetiva, evitando que ele se torne um Direito Penal meramente simbólico, no qual medidas são tomadas pelo Poder Público apenas com o objetivo de transmitir à população a impressão de que ações estão sendo realizadas para a

---

<sup>269</sup> Como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o respeito à integridade física, psíquica e moral de toda a pessoa (artigo 5º, 1), bem como o princípio da personalidade da pena (artigo 5º, 3).

redução da criminalidade, mas, na realidade, estas medidas não surtem efeito e, pelo contrário, acabam por deslegitimar o Direito Penal<sup>270</sup>.

Todavia, medidas se fazem necessárias para o aperfeiçoamento do sistema, para que sua eficácia não seja diminuída.

### **5.6.1. Estrutura adequada e efetiva fiscalização**

Para que o sistema alternativo de pena permaneça eficaz, em primeiro lugar o Poder Público deve manter uma estrutura necessária e adequada para a aplicação das penas do sistema alternativo, para que, desta forma, elas tenham condições de ser aplicadas corretamente, conseguindo, então, obter uma efetiva eficácia.

Os recursos financeiros para a manutenção do sistema alternativo devem ser efetivamente destinados e empregados no sistema, pois os custos para a manutenção do sistema clássico são bem maiores, e o Estado não pode despender o dinheiro público de maneira incorreta, isto é, o sistema alternativo é mais barato e eficaz, e, por isso, o Poder Público deve investir nele adequadamente.

Além disso, é necessária uma efetiva fiscalização da aplicação destas penas, exatamente para que, repita-se, o condenado tenha a consciência de que lhe foi aplicada uma pena pelo fato de ele ter cometido um delito, pois, se isso não ocorrer, poderá haver a sensação de impunidade (não só para o condenado, mas também para a sociedade e a vítima), o que faz com que o sistema fique desacreditado e, desta maneira, perca a eficácia.

Também deve ser retirada do sistema alternativo a marca negativa de que nele não há a aplicação de uma pena, de que o delinqüente, mesmo tendo praticado um delito, continua com suas atividades cotidianas, como se estivesse impune.

---

<sup>270</sup> Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 304-307.

Através da efetiva fiscalização da aplicação das penas alternativas esse preconceito acabará, e toda sociedade poderá ter a certeza e a segurança de que houve a adequada reprovação do condenado em razão do delito por ele cometido.

### **5.6.2. Efetiva aplicação do princípio da individualização da pena**

Os juízes, no momento da aplicação da sanção penal, também devem respeitar o princípio da individualização da pena, bem como a própria legislação em vigor, e escolher a pena alternativa que mais se adapte ao caso concreto (gravidade e circunstâncias do delito praticado e culpabilidade do condenado), bem como às condições pessoais do condenado, no caso de ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena do sistema alternativo.

A individualização da pena, segundo Guilherme de Souza Nucci, “tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.”<sup>271</sup>.

Desta maneira, os princípios da humanidade e da proporcionalidade entre os delitos e as penas, já analisados, serão respeitados, além do fato de que, com a pena adequada, o condenado terá real oportunidade de alcançar a ressocialização, tendo ao mesmo tempo, repita-se mais uma vez, a consciência de que lhe está sendo aplicada uma sanção penal pelo fato de ele ter praticado um delito.

---

<sup>271</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 30.



### 5.6.3. Maior interação dos envolvidos na aplicação do sistema alternativo

Também há que haver uma interação maior dos envolvidos com a execução da pena e o criminoso, para que, desta forma, a execução da pena aconteça adequadamente, contribuindo para a redução da criminalidade.

Sobre o tema, Franz von Liszt afirma que “a luta consciente contra o crime pressupõe a educação profissional de todas as pessoas que se envolvam com a administração da justiça, convindo em particular que se tenham familiarizado completamente com o *modus vivendi* do mundo dos delinqüentes sob todas as suas direções.”<sup>272</sup>.

Além disso, o Poder Judiciário não pode ter receio de aplicar as penas alternativas, se a substituição da pena privativa de liberdade por uma delas for possível, pelo preconceito, antes relatado, que alguns de seus membros possuem, de que não há reprovação com a aplicação de uma pena do sistema alternativo.

Se os juízes ficarem distantes do sistema alternativo, o restante dos envolvidos com a aplicação do sistema também ficará dele distante, e o sistema não poderá funcionar a contento. Mas, com a efetiva interação entre todos que são ligados à aplicação do sistema alternativo, a sua eficácia restará mais uma vez comprovada e garantida.

### 5.6.4. Alterações legislativas

Mudanças legislativas também são sempre necessárias para que o sistema alternativo de pena permaneça em consonância com a realidade social.

---

<sup>272</sup> Franz VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 157.

É cediço que o Direito deve acompanhar as mudanças que acontecem na sociedade. O Direito Penal, em especial, não deve demorar para realizar as alterações legislativas, porque uma norma sobre criminalização/descriminalização de condutas, e a quantidade de pena cominada para cada infração deve refletir a sociedade, o momento e as circunstâncias em que foi elaborada, mantendo sempre a harmonia e a coerência com o restante do ordenamento jurídico. Se isso não acontecer, há o risco haver insegurança no meio social, e o Direito Penal poderá ter apenas aquela função simbólica, já relatada neste capítulo, que acaba por deslegitimá-lo.

Desta maneira, devem ser retiradas da proteção penal as infrações cujas condutas não causam mais uma lesividade na sociedade, da mesma forma que novas condutas, que possuem um alto grau de ofensividade, devem ser incriminadas<sup>273</sup>.

O mesmo deve acontecer na cominação de penas, pois, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não é possível que penas elevadas sejam cominadas a condutas de pequeno potencial ofensivo.

Logo, o sistema alternativo de pena é resultado de uma evolução do direito punitivo estatal, pois não há mais a utilização de penas corpóreas e o sistema clássico de pena tem muitas falhas.

Desta feita, até novas espécies de penas alternativas também poderão ser criadas pelo Poder Legislativo, e as críticas feitas a algumas espécies de penas do sistema alternativo deixarão de existir, porque o sistema evoluirá normalmente, de forma natural.

Medidas como a criação de Varas de Execução de Penas Alternativas (já existentes nas Comarcas de Porto Alegre e Recife) também contribuem, e muito,

---

<sup>273</sup> Alice BIANCHINI, *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, passim*.

para a eficácia do sistema alternativo de pena, pois são especializadas no cumprimento das penas alternativas, e têm como analisar o que necessita ser modificado ou aperfeiçoado para o sistema permanecer com um bom funcionamento.

### **5.7. Ampliação do sistema alternativo**

Com a evolução e aperfeiçoamento do sistema alternativo de pena, ele poderá ser ampliado. A ampliação do sistema não significa que ele poderá ser usado em todos os casos, para todos os condenados e tipos de delitos.

Conforme já relatado neste trabalho, a alguns condenados não podem ser aplicadas penas alternativas, porque sua maior periculosidade impede que o cumprimento da pena seja realizado em meio à sociedade. Desta forma, a pena privativa de liberdade é a indicada, ressalvando-se que mudanças se fazem urgentes para que as falhas do sistema clássico de pena, se não forem possíveis de ser corrigidas, sejam ao menos amenizadas.

Delitos graves, como homicídio doloso, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e latrocínio, só para citar alguns exemplos, também não podem ter como sanção uma pena do sistema alternativo, pois causam maior impacto e prejuízos na sociedade; para estes casos, a pena privativa de liberdade também é a indicada.

Guilherme de Souza Nucci, sobre o assunto, afirma que “a pena privativa de liberdade é a única medida plausível para a justa sanção a ser aplicada aos delitos considerados mais graves, em especial os que envolvem ofensa dolosa à vida e à integridade física da pessoa humana...”<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> Guilherme de Souza NUCCI, *Individualização da Pena*, p. 361.

Contudo, se o condenado não apresenta alta periculosidade e se as circunstâncias e conseqüências do delito praticado permitirem a substituição da pena privativa de liberdade por uma do sistema alternativo, a aplicação da pena alternativa deve ser efetivada, ainda que a pena aplicada seja superior ao limite estabelecido atualmente no ordenamento jurídico em caso de crimes dolosos, ou ainda que tenha havido violência ou grave ameaça na prática do delito, pois o essencial será a análise do delito praticado e da culpabilidade do condenado, efetivando-se, assim, a individualização da pena (conforme já analisado neste capítulo).

Ainda que a pena aplicada seja superior ao limite legal estabelecido, com a evolução e ampliação do sistema alternativo a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena alternativa deverá ser considerada, pois a conduta delitiva não é o único fator a ser analisado no momento da decisão sobre a possibilidade ou não de substituição; a culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, circunstâncias e motivos do delito também devem ser analisados, segundo o artigo 44, III do Código Penal, já comentado no capítulo anterior, em respeito, repita-se, aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, da humanidade e da culpabilidade.

Se todas as providências anteriormente sugeridas forem tomadas para evitar que o sistema alternativo de pena seja deteriorado e perca a eficácia, as penas alternativas poderão ser aplicadas para crimes como corrupção passiva<sup>275</sup> e ativa<sup>276</sup>, por exemplo (ainda que, mais uma vez, a pena aplicada na sentença condenatória seja superior a quatro anos).

---

<sup>275</sup> Crime de corrupção ativa, artigo 317, do Código Penal: “Art. 317: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. §1º. A pena é aumentada de um terço se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. §2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – reclusão, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

<sup>276</sup> Crime de corrupção ativa, artigo 333 do Código Penal: “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

Até mesmo para alguns dos crimes elencados no rol dos crimes hediondos, como a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (conforme o artigo 1º, VII – B da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990<sup>277</sup>), a substituição será possível. Ressalta-se mais uma vez que, nestes casos, a aplicação da pena alternativa dependerá das circunstâncias e conseqüências do crime praticado e da culpabilidade e personalidade do condenado.

Desta forma, o sistema alternativo de pena terá eficácia garantida e tanto a sociedade como a vítima poderão ter a segurança de que o delito cometido teve a adequada reprovação, assim como o condenado também terá a segurança de que a pena aplicada proporcionará a ele uma real oportunidade de ressocialização, sem as mazelas do sistema clássico de pena.

---

<sup>277</sup> Artigo 1º, VII – B da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990: “Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) VII – B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e §1º A, §1º B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2-7-1998).”.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi analisado no trabalho, pode-se afirmar que, em razão da prática de um delito, há um desequilíbrio na sociedade e o Estado, que é detentor do direito de punir, deve agir para que o equilíbrio seja restaurado. Deste modo, a medida a ser tomada pelo Estado é a aplicação de uma pena.

Ao longo dos tempos a pena foi evoluindo, mas, por muitos séculos, as penas corporais eram largamente aplicadas e não havia proporcionalidade entre os delitos e as penas.

Através da reforma de caráter humanitário que ocorreu no Direito Penal, as penas corporais, mais cruéis, deixaram gradativamente de ser utilizadas, e a pena passou a visar a liberdade do condenado.

Desta forma, a pena privativa de liberdade tornou-se a principal pena a ser aplicada em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o brasileiro.

O sistema clássico de pena, representado pela pena privativa de liberdade, tem vários institutos, como o sistema progressivo de cumprimento da pena, a remissão, a detração e o livramento condicional, por exemplo, que estruturam o sistema e preparam o condenado para a volta à liberdade.

Todavia, o sistema clássico de pena tem diversas falhas que o deterioram e fazem com que ele não contribua para a redução da criminalidade e dos níveis de reincidência.

É certo que o isolamento proporcionado pelo cárcere (e as suas condições insalubres), o estigma sofrido pelo condenado, a repressão sexual que o recluso

experimenta no estabelecimento penal e a superpopulação carcerária transformam o sistema clássico de pena em um fator criminógeno.

Além disso, o sistema clássico pretere a vítima do delito e também não respeita as finalidades da pena e o ordenamento jurídico em vigor, fazendo com que a pena seja uma mera retribuição pelo delito praticado, o que também prejudica o sistema.

Outras falhas do sistema clássico, como as cifras negras, a formação de grupos criminosos, a corrupção, o reforço das desigualdades sociais e os altos custos para a sua manutenção fazem com que ele chegue perto da inviabilidade.

A conseqüência deste quadro é uma situação favorável ao aumento da criminalidade e da reincidência e, por isso, o sistema clássico de pena não pode continuar a ser utilizado em todos os casos, ele deve ser reservado para os delinqüentes de maior periculosidade, que praticam delitos mais graves.

Propostas como a abolição do Direito Penal, o endurecimento de penas e a privatização de estabelecimentos penais são aventadas para resolver a crise do sistema clássico de pena e do direito de punir como um todo, mas não podem prosperar, por não comprovarem eficácia e viabilidade para a redução da criminalidade e da reincidência, demonstrando a necessidade de um sistema alternativo de pena.

O Brasil possui um sistema alternativo de pena, estruturado não só no Código Penal, mas também em leis esparsas, nas quais as penas alternativas podem ser aplicadas de maneira substitutiva, alternativa ou cumulativa à pena privativa de liberdade.

No Código Penal, as penas alternativas substituem a pena privativa de liberdade aplicada, se cumpridas as condições estabelecidas no artigo 44 do mencionado Diploma legal.

Porém, caso as restrições impostas ao condenado forem por ele injustificadamente descumpridas a pena alternativa aplicada será convertida (com exceção das penas de caráter pecuniário e da pena de prisão simples) em pena privativa de liberdade.

O sistema alternativo de pena também sofre críticas e precisa de reparos e de aperfeiçoamento, para que também não se transforme em um fator criminógeno, como o sistema clássico.

Para o aperfeiçoamento do sistema alternativo, é necessário que o Poder Público mantenha a estrutura adequada para a aplicação das penas alternativas e que a aplicação destas penas seja efetivamente fiscalizada.

É preciso também que exista uma maior interação entre os envolvidos com o sistema alternativo, a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena e alterações legislativas (para que a evolução do sistema ocorra naturalmente e as correções do sistema possam ser feitas).

Mas os reparos a serem feitos no sistema alternativo não o inviabilizam, porque são reparos e alterações possíveis de serem realizadas, e as críticas dirigidas ao sistema alternativo não são graves como as dirigidas ao sistema clássico.

Portanto, o sistema alternativo de pena é mais eficaz do que o sistema clássico na redução da criminalidade. Dentre as razões pelas quais a sua eficácia é comprovada podem ser citadas as seguintes:



- O condenado não sofre os malefícios da aplicação da pena privativa de liberdade (como o estigma e os danos psicológicos oriundos do cárcere, por exemplo), porque a aplicação da pena alternativa não traz um impacto negativo no cotidiano do condenado, o que facilita a sua ressocialização;
- O sistema alternativo de pena também respeita as finalidades da pena e o ordenamento jurídico vigente, bem como os princípios da proporcionalidade, humanidade e culpabilidade, o que nem sempre acontece com o sistema clássico de pena;
- A vítima não tem um papel secundário no sistema alternativo, na medida em que é a principal beneficiária da aplicação da pena pecuniária (o que demonstra que o sistema alternativo volta-se mais para a reparação dos danos sofridos com o delito do que o sistema clássico);
- O sistema alternativo tem custo de manutenção bem menor do que o sistema clássico;
- Dados estatísticos também comprovam que o índice de reincidência em condenados que receberam uma pena alternativa é bem menor do que o índice de reincidência de condenados que receberam a pena privativa de liberdade.

Se os reparos visando o aperfeiçoamento do sistema forem realizados o sistema alternativo não perderá a sua eficácia, ao contrário, ela será garantida e o sistema poderá ser ampliado, para delitos cuja pena aplicada ultrapasse o limite estabelecido atualmente no ordenamento jurídico (especificamente o artigo 44, I do Código Penal), ou até para alguns dos crimes elencados no rol dos crimes hediondos, como a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, pois o que é essencial é a análise não só do delito cometido, mas também das condições pessoais do condenado e das

circunstâncias e motivos do crime, efetivando-se a aplicação do princípio da individualização da pena.

É certo que o sistema clássico não pode desaparecer, porque é o indicado quando o condenado tem alta periculosidade (denotando uma dificuldade maior em cumprir a sua pena no meio social) ou quando o crime causa um impacto muito negativo na sociedade.

Todavia, sempre que as condições para a aplicação da pena alternativa estiverem presentes, e se a sua aplicação revelar-se positiva para o condenado, a vítima e o restante da sociedade, a pena alternativa deve ser utilizada, eis que, além de ela ser mais eficaz do que a pena privativa de liberdade na redução da criminalidade, ela também contribui para que o condenado alcance a reinserção social. Ao mesmo tempo, a sociedade e a vítima não terão os sentimentos de impunidade e insegurança, pois terão a certeza que o delito praticado teve a devida reprovação e que o condenado não voltará a delinquir.

## BIBLIOGRAFIA

ARENAL, Concepción. *Estúdios Penitenciarios*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1895.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Trad. André Estefam, rev. e notas Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBIERI, Cristiane. PPs de prisões movimentam empresas. *Folha de São Paulo*, 7 fev. 2008, Caderno Dinheiro, p. B10.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Marquês de. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Rev. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série As Ciências Criminais no Século XXI. v. 7.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

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

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Pessoa Humana Diante da Sanção Penal*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_ et al. *Penas Restritivas de Direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *A Pena Capital e o Direito à Vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da Pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_ e JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. "Os Fins da Pena no Código Penal Brasileiro". In: *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, ano 14, n. 167, outubro de 2006.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 5 de novembro de 1.998*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassn Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 28. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em Seu Mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetrus, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HERKENHOFF, João Batista. *Crime: Tratamento Sem Prisão: relato da experiência de uma justiça criminal alternativa*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *O Princípio Constitucional o Duplo Grau de Jurisdição*. Barueri: Manole, 2004.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal: introdução e parte geral*. 23. ed. atual. org. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985. v.1.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Ministério da Justiça: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Individualização da Pena*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAGNAN, Rogério e CARAMANTE, André. Mesmo com prisões lotadas, SP gasta menos do que o previsto. *Folha de São Paulo*, 16 out. 2007, Caderno Cotidiano, p. C9.

PARANÁ e Ceará desistem da co-gestão, considerada polêmica por especialistas. *Folha de São Paulo*, 7 fev. 2008, Caderno Dinheiro, p. B10.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. *O Mito da Função Ressocializadora da Pena: a intervenção penal como fator de estigmatização do indivíduo criminalizado*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006.

RELATÓRIO O Brasil atrás das grades. Disponível em <http://hrw.org/portuguese/presos>. Acesso em 1º out. 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, Claus. "Sentido e Limites da Pena Estatal". In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Org. Luís Greco e Fernando de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Criminalidade: causas e soluções*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

Superior Tribunal de Justiça: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira, atual. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. 1.