

3

A PENA

3.1

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A vida social exige regras que disciplinem a conduta de seus partícipes, com vistas à manutenção da ordem e harmonia sociais, com reconhecimento de direitos e obrigações aos integrantes de determinada sociedade. À idéia de que a vida em grupo só é possível com a restrição da liberdade de cada um em benefício do todo corresponde outra idéia que consiste na possibilidade de violação do direito alheio. A sanção jurídica é uma resposta à violação do direito, como instrumento de punição do transgressor, e de intimidação de terceiros que cogitem a possibilidade de desrespeitar o direito. Portanto, a sanção, gênero que tem como uma das espécies a pena criminal, tem sua origem em tempos remotos, e é tão antiga quanto o próprio homem.

Na Antiguidade, o delito era punido com penas corporais, infamantes, suplícios, torturas, e a pena capital era largamente utilizada. Ainda não se concebia a prisão como pena, mas ela era largamente utilizada como instrumento de custódia do delinqüente enquanto aguardava o julgamento ou a punição. O delinqüente era encarcerado geralmente em locais subumanos, tais como calabouços, castelos, torres, etc¹. Na tradição greco-romano, a prisão civil por dívida era utilizada não como pena, mas como instrumento para compelir o devedor a saldar sua dívida.

Na Idade Média, permanecem e ainda são largamente utilizadas as penas corporais, infamantes, capitais e de suplício e torturas, bem como foram bastante comuns as ordálias, ou juízos de Deus, processos pelos quais a divindade, invocada pelo julgador, emitia o juízo ou sentença por meio de uma prova,

¹ Afirma Bitencourt (1993) que “de modo algum podemos admitir neste período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes” (p. 16).

absolvendo ou condenado o acusado. O caráter desumano da pena é marcado pela sua natureza – com a aplicação de suplícios e penas infamantes – pela mistura da lei do homem com a religião – as ordálias – e pela desproporcionalidade na punição do delito, uma vez que a mínima transgressão era punida com as penas mais bárbaras. “Os defeitos dos códigos criminais da Idade Média se acham neste, de mistura com as disposições do direito romano e canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins da pena, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue” (Fragoso, 1993, p. 56).

Na Era Medieval, a prisão ainda se presta à custódia do delinquente à espera do julgamento ou da aplicação da pena. No entanto, passa também a ser utilizada como pena, aplicada ora pelo estado, ora pela igreja. Retribuindo as transgressões eclesiais, a igreja aplicava a pena de prisão como forma de castigo, e como instrumento para que os violadores das normas meditassem sobre o erro cometido.

A pena de prisão está embrionariamente radicada nos primeiros tempos da Idade Média, formulada como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, que viviam em comunidade nos mosteiros, fazendo com que se recolhessem às celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e ao arrependimento da falta cometida, buscando o perdão e a reconciliação com Deus (Pimentel, 1989, p. 3).

Na Modernidade, a pena privativa de liberdade ganha notoriedade e importância, e os estados modernos constroem prisões organizadas, espalhando-se pela Europa as casas de correção, com a função de reabilitação dos delinquentes pelo isolamento, trabalho e rígida disciplina, visando à desestimulação do delito.

A influência canônica no sistema penitenciário e no processo de humanização da pena e afirmação da prisão como sanção é evidente. Contribuirá com a pretensão, radicada na criação das prisões eclesiais da Idade Média, de reabilitação da pena, e de sua humanização, já que a prisão irá paulatinamente substituir as penas desumanas que grassaram na antiguidade e no medievalismo². Esse período humanitário ganha força nas correntes iluministas, atacando a tortura, o arbítrio judicial, a desproporcionalidade e a crueldade das penas, representando um avanço do sistema criminal que segue paralelamente à evolução dos direitos humanos, sobretudo na matriz das garantias processuais. A crueldade e desproporcionalidade das penas foi fator decisivo para a luta por novas garantias, contra o arbítrio dos governantes, contribuindo para a evolução dos

² Cf. Bitencourt, 1993, p. 21.

direitos humanos. Beccaria, em *Dos Delitos e Das Penas*, é símbolo da luta pela humanização do sistema penitenciário. Heleno Cláudio Fragoso (1993) assevera que Beccaria

parte da idéia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo sequer ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se, dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal. Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade. Opunha-se, assim, Beccaria à justiça medieval que ainda vigorava em seu tempo, bem como ao direito comum, romano-canônico da época que aqui se encerra (p. 40).

Ratificando e corroborando a proporcionalidade, Jeremias Bentham³ afirmava que o delinqüente leva em conta a relação entre a pena e o prazer que lhe proporciona o delito. A pena é necessária para prevenir delitos, mas não pode, porém, infligir ao delinqüente um mal que exceda o dano produzido pelo delito.

Com o descobrimento do Brasil, o direito penal era regido pelas Ordenações do Reino, valendo ressaltar a ausência de um poder público organizado capaz de impor o direito. A Constituição de 1824, outorgada após a independência, determinava que devesse ser elaborado um novo código criminal sob as bases da justiça e da equidade (art. 179, XVIII), e abolia os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis (art. 179, XIX)⁴.

Em 1830, entra em vigor o Código Criminal, reduzindo drasticamente as hipóteses de aplicação da pena capital de setenta para três delitos – insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio – mantendo as galés, a prisão com trabalho forçado, a prisão simples, o banimento, o degredo, o desterro, a multa, a suspensão do emprego, a perda do emprego e o açoite de escravos – esta, em contradição com o texto constitucional. A prisão se transforma na principal pena do sistema criminal.

Em 1890, sob inspiração das idéias republicanas, promulga-se novo Código Penal, que abolia as galés e instituía tempo máximo de prisão de trinta anos. Em 1891, a nova Constituição abolia as galés e o banimento (art. 72, parágrafo 20), bem como a pena de morte (art. 72, parágrafo 21), ressalvada sua

³ Cf. Bitencourt, 1993, p. 53.

⁴ Cf. Fragoso, 1993, p. 59.

possibilidade em tempo de guerra, e mantinha a pena de prisão como elemento central das políticas criminais.

A Constituição de 1934 proscreeu as penas de banimento e de morte – exceto em casos de guerra – o confisco de bens e a pena perpétua (art. 113, item 29).

Em 1937, sob os auspícios do autoritarismo do Estado Novo, a nova Constituição instituiu a pena de morte como sanção para os diversos crimes políticos tipificados no próprio texto constitucional, limitando ainda os direitos e garantias individuais, em benefício do bem público e da segurança do estado. Em 1º de janeiro de 1941, é promulgado o Decreto-lei 2.848, que instituiu o Código Penal hoje em vigor. O novo Código, conforme preleciona Heleno Cláudio Fragoso (1993),

incorpora o princípio da reserva legal (inaplicável às medidas de segurança); o sistema de duplo binário (penas e medidas de segurança); a pluralidade das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção); a exigência do início da execução para a configuração da tentativa (art. 12); o sistema progressivo para o cumprimento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Na Parte Especial, dividida em onze títulos, a matéria se inicia pelos crimes contra a pessoa (abandonando-se o critério do CP anterior), terminando pelos crimes contra a administração pública. Não há, no CP comum, pena de morte nem de prisão perpétua. O máximo da pena privativa de liberdade é de 30 anos (p. 64).

Em 1946, promulga-se nova Constituição, de cunho democrático, restabelecendo direitos e liberdades individuais, abolindo a pena de morte, o confisco, as penas perpétuas, o banimento, instituindo-se a individualização e personalidade da pena.

Em 1964, o Golpe Militar produz uma ditadura que se estenderia até 1985. Em 1969, foi editado um Código Penal, restabelecendo a pena de morte, de prisão perpétua e de reclusão de trinta anos para crimes políticos, e endurecendo a legislação penal. No entanto, o Código jamais entrou em vigor, e após grande período de *vacatio legis*, foi revogado em 1978. No entanto, a ditadura produzia leis por um Congresso submisso ao Executivo, de modo que o direito penal era considerado “um instrumento meramente pragmático de interesses do poder que recorria à pena de prisão como uma ameaça de rotina” (Dotti, 1998, p. 85).

A Emenda Constitucional 11/1978 proibiu, uma vez mais, a pena de morte, a prisão perpétua e o banimento.

Em 1984, a parte geral do Código Penal de 1941 é reformada. A par de modificações teóricas para atender aos novos parâmetros da doutrina penal, do ponto de vista pragmático é mantida a pena de prisão como sanção central do sistema penal, mas instituem-se alternativas a ela, com a criação de novas penas patrimoniais. São extintas as penas acessórias, e revistas as medidas de segurança, substituindo o modelo do duplo binário pelo sistema vicariante.

Não se pode olvidar a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84 – contemplando direitos fundamentais do condenado, como, por exemplo, a assistência religiosa, a assistência social, o trabalho, a saúde e a educação, o respeito à sua integridade física e moral, dentre outros.

A Constituição de 1988 é um marco para o direito penal brasileiro, com a previsão, em favor do acusado e condenado, de inúmeros direitos e garantias individuais e fundamentais, de cunho processual penal e penal, o que impõe a reformulação e reinterpretação do sistema penal brasileiro. A Constituição institui um estado democrático de direito, sob o enfoque irrenunciável dos direitos fundamentais. Estes, os direitos fundamentais, são o coração das constituições, e isso impõe, a partir da supremacia constitucional, a releitura do direito processual penal e penal, especialmente dos diplomas legais promulgados em períodos de história ditatorial – os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros datam da década de 1940.

Em 1995, promulga-se a Lei 9.099/95, regulamentando o art. 98 da Constituição Federal e criando os Juizados Especiais Criminais, num modelo de justiça consensual caracterizado por institutos como a composição civil de danos – art. 74 – a transação penal – art. 76 – e a suspensão condicional do processo – art. 89 – com a finalidade dupla de democratizar o direito penal e de minorar os graves problemas do sistema carcerário.

Em 1998, edita-se a Lei 9.714, alargando e aprimorando o rol de penas substitutivas da prisão – prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

3.2

SISTEMA PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL

A relação entre o direito penal e constituição é evidente e inegável, posto que a constituição é que determina a política criminal de um estado.

Tal como concebida na modernidade, a constituição é um documento escrito no qual se agasalham os direitos considerados vitais de uma dada sociedade, quais sejam, os direitos fundamentais⁵.

O sistema penal e os direitos fundamentais se relacionam intensa e abrangentemente. Por um lado, à idéia de que aos direitos fundamentais é imperioso conferir proteção jurídica, corresponde a tutela conferida aos direitos fundamentais pelo direito penal⁶. Com efeito, os tipos penais visam sempre à tutela dos bens jurídicos mais relevantes em determinada comunidade, e sua função é a incriminação de condutas e cominação de sanção penal para atos que, de alguma forma, lesam citados direitos. Os crimes contra a honra tutelam a honra, a vida privada, a intimidade do ser humano. Os crimes patrimoniais tutelam a propriedade e o patrimônio do indivíduo. Os crimes contra a pessoa protegem a vida e a integridade física. Trata-se, a toda evidência, de tipos que tutelam direitos fundamentais – honra, propriedade, vida, integridade, etc. Há, assim, uma imposição constitucional ao legislador, para a criação de um direito penal que proteja aqueles bens jurídicos relevantíssimos porque fundamentais, e isso se dá pela tipificação legal de condutas e pela cominação e imposição de penas em face da violação de direitos.

Não é o caso de se defender a tutela de todo e qualquer bem jurídico constitucional pelo direito penal, o que levaria a uma constituição penal ou constituição do terror. A Constituição da República de 1988, ao mesmo tempo que impõe a tutela penal dos direitos fundamentais, prescreve-lhe limites, tais como a dignidade humana, a intervenção mínima, a subsidiariedade do sistema penal, a proporcionalidade de tipos penais e penas.

⁵ Joaquim Carlos Salgado (1996) afirma que “os direitos fundamentais têm (...) como elementos definidores: quanto ao seu conteúdo, os valores considerados principais da nossa cultura; quanto à forma, a sua declaração ou positivação, como reconhecimento universal dos que o declaram” (p. 192).

⁶ Cf. Dotti, 1998, p. 154.

Por outro lado, é na constituição que se encontram as mais importantes e sólidas garantias penais e processuais penais conferidas ao indivíduo que se vê processado ou condenado por um delito. A Constituição de 1988 traça uma série de limites para conter o arbítrio estatal, conformando inexoravelmente o direito penal e processual penal definido pela legislação infraconstitucional, com a previsão de inúmeros direitos e garantias individuais e fundamentais ao acusado e condenado, o que impõe a reformulação e reinterpretação do sistema punitivo brasileiro. O artigo 5º representa o núcleo duro de proteção desses direitos e garantias. Eugênio Pacelli de Oliveira (2004) nos remete “a três princípios estruturais do devido processo legal, a saber: o princípio da inocência, o da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente e o do direito ao silêncio” (p. 173). Ao lado desses e de outros, citem-se os princípios da legalidade – desdobrável na reserva legal, na anterioridade da lei penal e na clareza de sua formulação –, da pessoalidade, individualização e humanidade da pena, da vedação de determinadas espécies de pena – de morte, salvo exceções militares, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis –, da inviolabilidade da vida privada em seu sentido amplo – o que inclui a intimidade, a honra, a imagem, o domicílio, o sigilo de dados –, do juiz natural e da publicidade dos atos processuais.

Esses dois lados do sistema penal tal como engendrados na Constituição de 1988, ou seja, da imposição da tutela penal dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se tutela o acusado ou condenado contra o arbítrio estatal, não de ser interpretados não como contraposições, mas numa relação dialética de complementaridade, o que, uma vez mais, reafirma a relação entre direito penal e constituição. Daí se afirmar que o direito penal é, antes de tudo, direito constitucional, o qual dita as bases em que se construirá a legislação infraconstitucional penal. Asseverava José Frederico Marques (1997) que

não pode haver dúvidas sobre o nexo íntimo entre a ciência penal e as leis fundamentais do Estado, quando se pensa que o delito tende a dissolver a ordem social, e faz nascer constante conflito entre os direitos do indivíduo e os da sociedade, conflito que deve ser resolvido também com respeito às leis do Estatuto Fundamental, para tutelar o indivíduo contra os arbítrios da autoridade social (p. 57).

O sistema penal tem, assim, relação de subordinação com a ordem constitucional, no clássico sistema erigido por Kelsen (1998), segundo o qual a constituição é o padrão de validade das demais normas jurídicas⁷.

A interconexão entre direito penal e constitucional é tão evidente que a legislação penal normalmente é modificada para atender aos novos anseios constitucionais de uma sociedade. Vale dizer, novas constituições, fundadas em novos fatos e valores, trazem novas leis penais, de modo que essas vão se conformando àquelas, na medida das necessidades históricas de um povo.

No Brasil, as mudanças constitucionais repercutiram no direito penal, impondo mudanças para a adaptação à nova ordem. Esse processo não é necessariamente linear, ou seja, à mudança constitucional não se segue, *ipso facto*, a mudança da legislação infraconstitucional penal, pois é possível que o direito penal seja modificado antecedentemente à mudança constitucional. Há, porém, sempre uma correlação histórica entre as mudanças de ambos os sistemas, a indicar que eles estão necessariamente imbricados.

A Constituição de 1824 foi sucedida pelo Código Criminal de 1830. Em 1889 é proclamada a república, seguindo-se um novo Código Penal em 1890 e a nova Constituição de 1891. Em 1937, institui-se o Estado Novo, que mais tarde, em 1941, editaria novo código penal, de caráter autoritário e nacionalista. Em 1946, com a nova constituição democrática, foram formadas comissões de juristas para a adaptação do Código de 1941 à nova ordem constitucional, o que acabou por não ocorrer, em virtude do golpe de 1964. No entanto, a legislação extravagante já espelhava e sufragava os novos valores constitucionais⁸. Às Constituições de 1967 e 1969 correspondeu o Código de 1969, que não entrou em vigor e permaneceu em *vacatio legis* até 1978, quando foi revogado. No entanto, sua concepção e a iminência da vigência demonstram a ideologia política dominante da época. Em 1984, num ambiente de abertura política, precedente à Carta de 1988, o Código Penal de 1941 foi reformado em sua parte geral,

⁷ “A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade” (Kelsen, 1998, p. 181).

⁸ Cf. Dotti, 1998, p. 71.

adaptando-se a uma ideologia mais democrática, com a edição, no mesmo ano, de uma satisfatória – ao menos no plano teórico – Lei de Execução Penal. A Constituição de 1988 inaugura uma nova época do direito penal, exigindo a releitura dos Códigos Penal e Processual Penal, e da legislação específica. Impõem-se novas reflexões sobre o sistema punitivo, as penas, as garantias individuais, os bens jurídicos constitucionais que devem merecer a proteção do Direito Penal. Edita-se a Lei 9.099/95 e a Lei 9.714/98, modificando profundamente o sistema de aplicação de penas, sobretudo no que se refere às penas privativas de liberdade. Leis que tutelam bens difusos são promulgadas, criminalizando condutas lesivas ao meio ambiente, às relações de consumo, à ordem tributária e econômica, etc.

3.3

SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Os Estados Unidos são apontados como os autores dos primeiros sistemas penitenciários. No entanto, já na Europa do século XVI se espalharam as casas de correção – os *bridwells* da Inglaterra, as casas de correção na Holanda, Suíça e Alemanha⁹.

O sistema celular conhecido como pensilvânico foi adotado na Filadélfia, no final do século XVIII, e caracterizava-se pelo total isolamento do preso, que não podia trabalhar, receber visitas e devia ficar em absoluto silêncio. Era permitida e incentivada a leitura bíblica, na crença de que a solidão aliada à leitura estimularia o arrependimento pelo cometimento do delito. As críticas ao sistema voltavam-se a sua natureza de tortura dissimulada, pois o isolamento absoluto e o silêncio, combinados com a impossibilidade de trabalho e de visitas, resultavam num tratamento desumano e degradante.

As críticas ao sistema pensilvânico, aliadas às necessidades do capitalismo, permitiram a concepção de um novo sistema penitenciário. Com efeito, o liberalismo exacerbado e o capitalismo selvagem produziram, sobretudo a partir do século XVIII, a exploração excessiva da classe trabalhadora e o seu

⁹ Bitencourt, 2003, p. 93.

empobrecimento, gerando graves questões sociais que, mais tarde, fundamentariam o estado social. A criminalidade aumentou drasticamente, levando ao cárcere grandes contingentes das classes subalternas, que eram retirados do exército de mão de obra.

Nesse contexto, institui-se em Auburn, Estado de Nova Iorque, a partir de 1818, o sistema auburniano, mantendo-se o isolamento noturno, a regra do silêncio absoluto¹⁰, a proibição de visitas, mas instituindo o trabalho durante o dia como obrigação do detento, propiciando, por uma lado, a sua vigilância, além de destinar grande contingente humano oriundo da pobreza e da miséria para o desenvolvimento do capitalismo.

No séc. XIX, surge na Inglaterra o sistema progressivo, fundado na idéia de que a pena de prisão deveria ser cumprida em regimes diversos, do mais severo ao menos severo, de acordo com o merecimento do preso.

O sistema foi aceito e aplicado em muitas prisões da Inglaterra, ficando por isso, conhecido como sistema progressivo inglês. Adotava-se o critério de dividir o tempo de cumprimento da pena em três períodos: o primeiro era chamado o período de prova, com isolamento celular completo do tipo pensilvânico; o segundo período iniciava-se com a permissão dada ao preso para trabalhar na comunidade carcerária, observando, porém, a regra auburniana do rigoroso silêncio e mantendo-se em isolamento noturno, passando, depois de algum tempo, para as chamadas *public work-house*, com vantagens maiores; finalmente, o terceiro período, no qual, pela correção demonstrada, o prisioneiro obtinha o *ticket of leave*, ou seja, o benefício da liberdade condicional (Pimentel, 1989, pp. 267-268).

O art. 33 do Código Penal brasileiro, e a Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84 – adotam o sistema progressivo, instituindo três regimes de cumprimento de pena – fechado, semi-aberto e aberto. Na dicção do art. 112 da LEP, a progressão de regime se dá após o cumprimento de 1/6 da pena pelo condenado, desde que ele mantenha bom comportamento carcerário.

¹⁰ “Ponto vulnerável nesse sistema era a desumana regra do silêncio. Segundo os estudiosos, foi essa regra que deu origem ao costume dos presos de se comunicarem com sinais feitos com as mãos, formando uma espécie de alfabeto peculiar, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é rígida. Usavam, também – como até hoje fazem – processos engenhosos de comunicação, fazendo sinais com batidas nas paredes ou nos canos d’água ou, ainda, esvaziando as bacias dos sanitários para falarem no que chamavam boca do boi” (Pimentel, 1989, p. 266-267).

3.4

A APLICAÇÃO DA PENA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

3.4.1

GENERALIDADES

O direito penal brasileiro é regulado precipuamente pelo Código Penal de 1941, e a aplicação da pena vem disciplinada na sua Parte Geral. São três as penas previstas: as privativas de liberdades, as restritivas de direito e a de multa (art. 32).

De um modo geral, os tipos penais, previstos na Parte Especial do Código Penal, bem como na legislação penal especial, prevêm um preceito primário, em que se tipifica a conduta criminosa, e um preceito secundário, no qual se cominam as penas aplicáveis à prática do delito. A pena privativa de liberdade é ainda o centro do sistema de penas do direito penal brasileiro. Cada tipo penal traz um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade cominada. As penas de multa são cominadas ou cumulativa ou alternativamente com as privativas de liberdade, e, em alguns excepcionais, isoladamente. Vale dizer, alguns tipos penais cominam apenas a pena de prisão; alguns cominam a pena de prisão cumulada com a pena de multa; alguns cominam, ao mesmo tempo, a prisão ou a multa, devendo o juiz optar por uma delas ao aplicar a sanção ao caso concreto; e alguns cominam tão-só a pena de multa. Já as penas restritivas de direito não estão previstas no preceito secundário do tipo penal, e sim na Parte Geral do Código Penal, e substituem as penas privativas de liberdade aplicadas quando presentes determinados requisitos legais.

Ao juiz incumbe, ao aplicar a pena, seguir o caminho trilhado pela lei, com vistas à justa e necessária reprovação e prevenção do delito¹¹. Rendendo-se ao

¹¹ O *caput* do art. 59 do Código Penal se filia à teoria mista, ao afirmar:

“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 da pena privativa de liberdade;

comando do art. 59 do Código Penal, deve escolher a pena que será aplicada dentre as cominadas, fixando para essa pena a sua quantidade, seguida, se for o caso, pelo regime inicial de cumprimento da pena de prisão e, se cabível, promovendo a substituição da prisão por outra espécie de pena.

Ainda que haja grande margem de discricionariedade ao juiz no desenvolvimento desse processo, em todas essas etapas há limites legais previamente impostos. Somente se escolhe uma determinada pena dentre as previamente cominadas. A fixação do *quantum* da pena deverá observar referências e limites previamente determinados. Os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade são previamente disciplinados por lei, e sua escolha deve atender a critérios legais. E a substituição operada da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa bem como a suspensão condicional da pena vêm estritamente reguladas na legislação. Durante todo o processo, incide a normatividade do *princípio da legalidade* como uma garantia fundamental instituída pelo art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal.

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos (...).

Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida (Bitencourt, 2003, p. 10).

É impostergável a necessidade de que a decisão judicial condenatória seja suficientemente motivada, garantia do estado democrático de direito, uma vez que é grande a margem de discricionariedade dada ao juiz na fixação da sanção criminal. Como adverte Hélio Tornaghi (1989), “o juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade” (p. 74). O registro se faz imperioso diante da realidade brasileira, na qual recorrentemente as sentenças criminais aplicam penas em quantidades superiores ao mínimo legal, sem a devida

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (grifo nosso).

fundamentação, cerceando-se o direito de defesa do réu e abusando-se do poder punitivo estatal.

3.4.2

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na antiguidade, a pena era aplicada pelo juiz de modo flexível, inexistindo parâmetros prévios que a limitassem no seu aspecto qualitativo ou quantitativo. Segundo o “prudente arbítrio” do magistrado, impunha-se a pena ao delinqüente em conformidade com as circunstâncias do caso concreto.

A partir do Iluminismo, instituiu-se um sistema de aplicação de penas rígido e inflexível. A sanção deveria ser previamente disciplinada em lei, e fixada de modo certo e determinado. Em respeito à separação de poderes, o juiz apenas repetia o texto legal e aplicava a pena já definida qualitativa e quantitativamente pelo legislador.

Com o passar do tempo, porém, evidenciou-se a necessidade de melhor individualização da pena, operada não só pelo legislador ao defini-la em lei, mas também pelo juiz ao aplicá-la ao caso concreto, e durante sua execução. A Constituição de 1988 consagra o *princípio da individualização da pena*, impondo que a pena seja aplicada levando em conta o delinqüente, bem como o fato criminoso e suas circunstâncias (art. 5º, XLVI¹²).

A individualização ocorre em três níveis. No âmbito legislativo, o legislador elegerá condutas que considera delituosas e lhes cominará a pena respectiva. Geralmente, a legislação prevê a espécie de pena cominada ao delito – sendo a prisão a pena principal do sistema penal brasileiro – limitando-a num mínimo e num máximo. No âmbito do processo judicial, fica a cargo do juiz nova individualização da pena, a partir da cominação feita pelo legislador. Segundo

¹² “XLVI – 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;”.

critérios também prévios e definidos no art. 59 do Código Penal, o juiz escolherá, conforme for permitida pela lei, a pena que será aplicada ao caso concreto, fixará o seu *quantum*, escolherá, se for o caso, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, e verificará a possibilidade de substituição da prisão por pena restritiva de direitos. A individualização ocorrerá, ainda, no âmbito da execução da pena. Segundo prescrição do art. 5º XLVIII, da Constituição de 1988, a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. A legislação infraconstitucional estabelece, ainda, uma série de institutos que disciplinam a individualização da pena durante a execução, tais como a progressão de regime, a remição de pena, a graça, o indulto, a comutação, o livramento condicional, a suspensão condicional da pena, todos os institutos jurídicos voltados à individualização da punição penal. A individualização da pena é, assim, uma necessidade da sociedade contemporânea, fundada na idéia de que, para situações distintas, exigem-se soluções distintas. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior (1991) asseveram que

causas distintas das relações jurídicas e delinquentes diferentes impõem solução diferente. A individualização da pena leva em consideração o fato global, ou seja, o fato-infração penal com os seus protagonistas (sujeito ativo e sujeito passivo) com revisão da vida de ambos e projeção da futura conduta do delinqüente (pp. 133-134).

3.4.3

A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DO REGIME INICIAL DE SEU CUMPRIMENTO

A fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade segue o critério trifásico, defendido por Nelson Hungria e sufragado na reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Até então, o Código Penal não era claro quanto à forma de aplicação de pena, uns entendendo que o sistema era trifásico, tal como hoje se concebe, outros entendendo que era bifásico, fixando-se a pena-base, sobre a qual incidiriam todas as demais circunstâncias, fossem agravantes e atenuantes, fossem causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena. A partir de 1984, com a reforma da Parte Geral, o art. 68 espancou as dúvidas e elegeu o sistema trifásico, tornando a aplicação da pena mais transparente.

Segundo esse sistema, o juiz deve fixar, numa primeira etapa, a pena-base, dentro dos limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário do tipo penal, para tanto sopesando as “circunstâncias judiciais”¹³ previstas no *caput* do art. 59 do CPP. Levando em conta a culpabilidade do fato, os antecedentes do réu, sua conduta social e sua personalidade, os motivos do crime, suas circunstâncias e conseqüências, bem como o comportamento da vítima, o juiz fixará a pena-base dentro dos limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal.

Após a fixação da pena-base, cabe ao juiz verificar a ocorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes. As agravantes vêm previstas nos artigos 61 e 62¹⁴ do CP, num rol taxativo, que invoca a necessidade de interpretação restritiva. Trata-se, mais uma vez, de circunstâncias que tornam mais censurável o delito e, portanto, exigem majoração da pena a ele aplicada. Do mesmo modo, as

¹³ Circunstâncias, no direito penal, são fatos ou dados que circundam o delito, não interferindo, porém, em sua existência. As circunstâncias previstas no *caput* do art. 59 são tradicionalmente denominadas de “circunstâncias judiciais”. Segundo Bitencourt, elas “constituem (...) uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente. Os elementos constantes do art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base” (Bitencourt, 2003, p. 553).

¹⁴ “**Circunstâncias agravantes**

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

atenuantes, revistas nos artigos 65 e 66¹⁵ do Código Penal, denotam circunstâncias que tornam menos censurável o crime e exigem uma menor punição¹⁶.

Na última fase do sistema trifásico, incidem as causas de aumento ou redução de pena previstas nas Partes Geral ou Especial do Código Penal. O juiz avaliará a presença de causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena, vale dizer, situações específicas previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal, que imponham a majoração ou redução da pena até então aplicada. Diferentemente das agravantes e atenuantes, os dispositivos legais que definem as causas de aumento ou diminuição de pena trazem a quantidade de variação da pena.

Após as três etapas, estará individualizada a sanção criminal, em processo que levou em conta a cominação da pena imposta pelo legislador, as condições do agente praticante do delito, bem como os vários elementos que circundaram o fato para torná-lo único e suscetível de uma pena singular suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Definida a pena, ao juiz incumbe a fixação do regime inicial de seu cumprimento. O art. 33¹⁷ do Código Penal prevê a existência de três regimes, o

¹⁵ “**Circunstâncias atenuantes**

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

¹⁶ As agravantes e atenuantes não permitem, segundo jurisprudência consolidada pelo STJ (súmula 231) a diminuição ou aumento da pena-base para aquém ou além dos limites cominados pelo preceito secundário do tipo.

¹⁷ “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

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

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

fechado, o semi-aberto e o aberto. O juiz escolherá um dentre os três para o início do cumprimento da pena, e o fará observando os critérios definidos nos parágrafos 2º e 3º do art. 33, numa combinação entre a quantidade aplicada da pena privativa de liberdade, o fato de ser o agente do delito reincidente ou primário, e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Assim, o regime fechado é imposto quando a pena privativa de liberdade fixada superar oito anos. O regime semi-aberto é aplicado para penas superiores a quatro anos até oito anos de prisão, desde que o agente seja primário. E o regime aberto é previsto para o réu primário nos casos em que a pena aplicada não ultrapasse quatro anos. Em todos os casos, o juiz ponderará as circunstâncias judiciais para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Se a pena privativa de liberdade for a de detenção, é vedado o início do cumprimento no regime fechado, devendo o juiz fixar, observando os parâmetros já citados, os regimes semi-aberto ou aberto, podendo, no entanto, ocorrer, durante a execução da pena de prisão, a regressão de regime nos casos previstos na Lei de Execução Penal¹⁸.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”

¹⁸ Ao furto simples, definido no *caput* do art. 155 do Código Penal, é cominada pena de reclusão de um a quatro anos, além de multa. A título de exemplo, suponha-se que o réu, reincidente e ostentando péssimos antecedentes criminais, tenha praticado um crime de furto durante o repouso noturno. Diante desses elementos dados no exemplo, a pena privativa de liberdade poderia ser assim fixada: pena-base de um ano e dois meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, que são uma circunstância judicial desfavorável, prevista no *caput* do art. 59 do Código Penal; tratando-se de réu reincidente, aplica-se a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, elevando-se em quatro meses de reclusão a pena, totalizando, nesta segunda fase, o montante de dezoito meses de reclusão; na última etapa, a pena é majorada em 1/3, em razão da causa especial de aumento de pena prevista no p. 1º do art. 155 – prática do furto durante o repouso noturno – elevando finalmente a reprimenda penal a vinte e quatro meses de reclusão. O regime inicial de cumprimento de pena cabível seria o fechado, uma vez que, embora a pena privativa de liberdade aplicada tenha sido de dois anos, permitindo, em princípio, a fixação do regime aberto, a reincidência e os maus antecedentes impõem o regime fechado de cumprimento inicial, na forma do parágrafo 2º do art. 33 do Código Penal.

3.4.4

A APLICAÇÃO E FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA

A pena de multa freqüentemente vem cominada no próprio tipo penal, em seu preceito secundário, podendo ser aplicada cumulativa, isolada ou alternativamente, em relação à pena privativa de liberdade¹⁹. Contudo, o Código Penal também arrola a pena de multa no rol de penas restritivas de direito (art. 44, par. 2º), à medida que possibilita a substituição da pena privativa de liberdade pela multa.

A fixação da pena de multa segue o disposto no art. 49²⁰ do Código Penal, numa combinação entre a quantidade de dias-multa, e o valor de cada dia-multa. O tipo penal, via de regra, não prevê, especificamente para cada delito, um mínimo e um máximo da pena de multa, nem na sua quantidade – em dias-multa – nem no *quantum* de cada dia-multa, prevendo, tão-só o cabimento da multa como punição ao delito cometido. Os limites quantitativos e qualitativos vêm expressos no art. 49, devendo a quantidade de dias-multa ser fixada entre dez e trezentos e sessenta, e o valor de cada dia-multa fixado entre um trigésimo do salário mínimo e cinco vezes o salário mínimo, valor que será fixado levando em conta a capacidade financeira do condenado.

A fixação da quantidade de dias-multa segue o mesmo critério trifásico aplicado à pena de prisão. O juiz deverá fixar, numa primeira etapa, a quantidade de dias-multa levando em consideração as circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59. Após essa etapa, deverá fazer incidir as agravantes e atenuantes, e por fim, as causas de aumento ou diminuição de pena. Com a fixação da

¹⁹ Exemplo de cominação cumulativa é o furto previsto no Código Penal: “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Exemplo de cominação alternativa é a ameaça prevista no Código Penal: “Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”. E exemplo de cominação isolada é o anúncio de meio abortivo, previsto na Lei de Contravenções Penais: “Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto: Pena – multa”.

²⁰ “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

quantidade de dias-multa, fixa-se o *quantum* de cada dia-multa, de modo que a multiplicação dos dois parâmetros resultará no montante final da sanção penal pecuniária.

3.4.5

A APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas restritivas de direito, no direito penal brasileiro, não estão cominadas especificamente nos tipos penais, mas vêm disciplinadas de modo genérico a partir do art. 43 do Código Penal. São elas: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

As penas restritivas de liberdade são autônomas, mas substituem a pena privativa de liberdade aplicada, se presentes os requisitos próprios. A pena de prisão é ainda a principal referência sancionatória do direito penal brasileiro, e vem cominada junto ao tipo penal, no seu preceito secundário. Após a fixação da pena privativa de liberdade pelo sistema trifásico, o juiz, cumprindo o disposto no art. 59, IV, do Código Penal, substituirá a pena de prisão pela restritiva de direitos, se presentes os seguintes requisitos, previstos no art. 44²¹ do Código Penal:

²¹ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

1. não se tratar de *crime doloso* praticado com violência ou grave ameaça à pessoa;
2. a pena privativa de liberdade for fixada em patamar não superior a quatro anos, exceto para os crimes culposos, para os quais não há limites no *quantum* de pena privativa de liberdade aplicado;
3. o réu não for reincidente em crime doloso, podendo este requisito ser afastado pelo juiz se a reincidência não se operar pela prática do mesmo crime, e a substituição for socialmente recomendável;
4. a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja adequada.

Atendendo ao comando ao parágrafo 2º do art. 44, serão aplicadas duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direito e multa em substituição à pena privativa de liberdade quando esta for superior a um ano. Se igual ou menor do que um ano, a pena de prisão será substituída por apenas uma restritiva de direitos ou pela multa.

O Código Penal deixa ao juiz a discricionariedade na escolha da pena restritiva de direitos que substituirá a prisão. Pressupõe-se que a análise do caso concreto pelo juiz evidenciará a pena substitutiva que melhor se adequará às condições do condenado e do fato delituoso²².

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

²² “A metodologia brasileira é absolutamente correta (...), pois possibilita ao juiz *eleger*, com margem de liberdade, a pena mais adequada, assim como a substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos *dessocializadora*” (Bitencourt, 2003, p. 450).