

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS SANÇÕES PENAIS NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Bianca Fernandez Galante

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS SANÇÕES PENAIS NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Bianca Fernandez Galante

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2016

**ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS SANÇÕES PENAIS NO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO
Orientador

JOÃO AUGUSTO ARFELI PANUCCI
Examinador

FERNANDA NATSUMI DEMORI BONIOLI
Examinadora

Presidente Prudente/SP, 19 de Outubro de 2016.

Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar.
Josué 1,9.

Dedico a elaboração do presente trabalho à razão do nosso existir, Deus, minha fortaleza, que proporciona todos os momentos da minha vida, com muita saúde, paz, felicidade e amor. Dedico também aos meus pais, Ideraldo e Encarnação, a quem amo tanto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, minha razão de viver e por me proporcionar capacidade para elaboração do presente estudo.

Ao meu pai, meu grande amigo, que sempre esteve ao meu lado e que nunca mediu esforços para proporcionar melhores condições de estudo e de vida para seus filhos.

A minha mãe, minha melhor amiga, que sempre me incentivou e me ensinou a nunca desistir, estando sempre presente em todos os momentos da minha vida.

Ao meu irmão, meu companheiro, que dedica sua atenção e seu tempo a mim, de forma carinhosa e alegre, sempre me motivando.

A minha cunhada Michelli e a minha sobrinha Catarina, que me proporcionam diversos momentos inesquecíveis e fazem dos meus dias mais felizes.

Ao professor Arteiro, que me honrou em aceitar o convite para orientação do presente trabalho, prestando grande ajuda com seu grande conhecimento jurídico.

Aos meus familiares, que sempre me incentivam nas decisões mais difíceis, sempre com muito amor.

Aos meus amigos, que de uma forma ou outra colaboraram com a elaboração deste trabalho, me dando grande apoio.

Aos examinadores, João e Fernanda, que gentilmente aceitaram compor minha banca examinadora.

RESUMO

Objetiva o presente estudo analisar a eficácia e a aplicabilidade das sanções penais no atual cenário do Direito Penal Brasileiro. Em um primeiro momento discorre-se acerca das sanções durante a história do Brasil, evidenciando sua evolução humanitária. Apresenta-se, logo em seguida, a importância dos princípios para o Direito Penal, diferenciando assim as normas regras das normas princípios. Uma análise minuciosa dos princípios norteadores das penas é apresentada e discutida logo à frente. Ato contínuo é abordado o tema central do presente trabalho, qual seja, o estudo das sanções penais, no qual estuda suas teorias e sua aplicação no direito pátrio. Pondera-se, na sequência, sobre as penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, penas de multa e sobre as medidas de segurança, todas as formas de sanções penais entabuladas no direito nacional. Logo em seguida, discute-se a respeito da crise da pena privativa de liberdade, demonstrando a falência de tal instituto em nosso meio social. Aborda-se ainda o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, explicitado por meio da súmula nº 57, que busca reparar a falta de estrutura do sistema penitenciário. Por fim, conclui-se que as sanções penais no Brasil não veem atingindo o objetivo almejado pelo legislador, ou seja, a prática dos delitos e o número de reincidentes só vem aumentando no decorrer do tempo, dessa forma, a melhor solução, seria uma reestruturação na aplicação das sanções penais, através de maiores investimentos no setor carcerário, bem como na prevenção dos delitos e na ressocialização dos infratores.

Palavras-Chave: Sanções Penais. Direito Penal. Princípios do Direito Penal. Pena Privativa de Liberdade. Eficácia da aplicação das sanções penais.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the effectiveness and applicability of criminal sanctions in the current Brazilian Penal Law scenario. At first it talks-about penalties in the history of Brazil, highlighting its humanitarian developments. Thereafter is introduced the importance of the principles of criminal law, distinguishing, this way, the rules from the principle rules. A thorough analysis of the guiding principles of penalties is presented and discussed just ahead. Subsequently, it is addressed the central motif of this paper, which is the study of criminal sanctions, with the study of its theories and their application in the parental right. Following, it is considered the custodial sentences, restrictive rights penalties, fines and security measures, all forms of criminal penalties inserted in national law. Afterwards, is discussed yet the crisis of the liberty restrictive penalties, demonstrating the failure of such institute in our social environment. It is addresses, still, the recent understanding of the Supreme Court, explained by docket n^o. 57, which seeks to repair the lack of the penitentiary system structure. Finally, it is clear that criminal penalties in Brazil are not achieving the legislator desired objective, that is, the practice of crimes and the number of repeating offenders has only increased over time. Therefore, the best solution would be a restructure of the application of criminal sanctions, through increased investments in prisional sector, as well as in the crime prevention and ressocialization of offenders.

Keywords: Criminal Sanctions. Criminal Law. Principles of criminal law. Deprivation of liberty. Effectiveness of the application of criminal sanctions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	11
2.1 Princípios.....	13
2.1.1 Norma princípio x norma regra.....	14
2.2 Princípio da Legalidade	15
2.3 Princípio da Anterioridade	16
2.4 Princípio da Individualização da Pena.....	17
2.5 Princípio da Humanidade	18
2.6 Princípio da Culpabilidade.....	19
2.7 Princípio da Proporcionalidade.....	20
2.8 PrincípioNo Bis In Idem	21
3 SANÇÃO PENAL	23
3.1. Teorias Sobre a Função da Pena	24
3.1.1. Teorias absolutas	25
3.1.2. Teorias relativas	27
3.1.3 Teorias unitárias ou ecléticas	29
3.2. Classificação das Penas.....	30
3.2.1 Penas privativas de liberdade	31
3.2.1.1 Espécies	31
3.2.1.2 Regimes penais.....	32
3.2.2 Penas restritivas de direitos.....	37
3.2.3 Pena de multa.....	40
3.3 Medidas de Segurança.....	42
3.3.1 Duração das medidas de segurança.....	44
3.3.2 Imposição da medida de segurança.....	45
3.3.3 Liberação e extinção da punibilidade	46
4 CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	47
4.1 Índices de Reincidência.....	48
4.2 Efeitos Sociológicos Ocasionalmente pela Prisão.....	48
4.3 Efeitos Psicológicos Produzidos pela Prisão	50
4.4 Problema Sexual nas Prisões.....	52
4.4.1 Soluções para o problema sexual.....	52
4.5 Análise Etiológica da Conflitividade Carcerária	54
5 SÚMULA VINCULANTE Nº 57 E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DAS SANÇÕES PENAIS	56
6 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Sanções Penais são verdadeiras consequências do delito, traduzindo-se em uma resposta imposta pelo próprio Estado à determinada conduta, que, por sua vez, terá o condão de produzir os mais variados efeitos jurídicos.

No Direito Penal Pátrio, as Sanções Penais foram classificadas basicamente como: penas privativas de liberdade; penas restritivas de direito; penas de multa; e ainda medida de segurança, todas elencadas no Código Penal Brasileiro vigente.

O presente artigo, nessa toada, buscou explanar a despeito da eficácia das sanções penais atualmente impostas dentro do Sistema penal hodierno, percorrendo um caminho pelos mais diversos assuntos relacionados ao tema central.

Inicialmente, o trabalho atentou-se ao contexto e desenvolvimento histórico do Direito Penal Brasileiro, buscando evidenciar sua grande evolução humanitária e demonstrar cada vez mais a procura da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, no tocante ao tema “princípios”, versou-se sobre a grande importância destes, não só para as sanções penais, mas para o estudo do direito como um todo, uma vez que se apresenta como verdadeiro alicerce do direito. Logo após, o estudo da diferenciação dos princípios e das normas, apresentando suas peculiaridades e diferenças.

O trabalho alvitrou os principais princípios norteadores das sanções penais no ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiras vigas mestras da estrutura do Direito Penal Brasileiro. Declinando-se ainda a respeito da importância e eficácia de cada um dos princípios nos dias atuais, uma vez que são fundamentais para a interpretação da situação fática e até mesmo para criação das normas penais referentes às sanções penais.

Já em momento posterior, passa à análise das sanções penais e suas teorias, que buscam explicar e justificar a finalidade das sanções. Por derradeiro, exposto e ponderado acerca da classificação das penas e, sob o mesmo enfoque, no que tange às medidas de segurança e suas particularidades.

Neste ínterim, assevera-se que a crise da pena privativa de liberdade, estudo central do presente trabalho, coloca em proeminência a real eficácia (ou não) de tal instituto, com a ressalvada súmula vinculante nº 57 do Supremo Tribunal de Federal, recente inovação explicitada pela Suprema Corte.

Por fim, concluirá explanando acerca da eficácia ou não das sanções penais em nosso país, buscando, dessa maneira, apresentar ideias nas quais, ao nosso entender, apresentam-se como as mais viáveis para a situação atual do país.

Utilizou-se o método dedutivo, espécie de raciocínio lógico, partindo-se de premissas maiores (princípios verdadeiros, amplos e gerais) para estabelecer relações com as premissas menores (princípios restritos e normas específicas), chegando-se às conclusões lógicas acerca do tema proposto.

Como recurso e subsídio para o presente trabalho, fez-se o uso da bibliografia correlata, sem prejuízo de pesquisas e consultas realizadas na legislação, doutrina, jurisprudência, *internet* e artigos científicos disponíveis em periódicos.

2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Em meados do Século XVI, época do descobrimento do Brasil, o direito penal era baseado em crenças tribais e costumes indígenas. Praticavam a eutanásia, a vingança compensatória, e até mesmo o canibalismo, em que o prisioneiro era devorado como maneira de puni-lo.

Segundo o doutrinador Francisco de Assis Toledo (1994, p. 56), “a história do direito penal teve início durante o período colonial, junto as Ordenações Afonsinas, que eram presentes em Portugal na época”.

As Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Manuelinas e por fim as Filipinas. Essa última traduzia-se em um direito penal injusto, cruel e inconsequente, na qual as punições eram desumanas, severas e a sanção predominante era a pena de morte. Os homens não faziam por menos, obedeciam aquilo que era prescrito no Livro V das Ordenações Filipinas.

Ainda não era respeitado o princípio da legalidade, podendo o julgador arbitrar a pena do modo que achava mais eficaz. As Ordenações Filipinas perduraram por mais de dois séculos no Brasil, constituindo-se sempre como o modelo extremamente rigoroso.

Posteriormente com a promulgação da Carta Constitucional, em 1824, por D. Pedro I, ocorreram mudanças primordiais no direito penal brasileiro, apresentando princípios sobre direitos e liberdades individuais, influenciando até mesmo a legislação penal de outros países da época.

Em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, que por mais que tenha sido modificado, ainda restavam algumas características da sociedade escravocrata, com inúmeros instrumentos de repressão.

Com a proclamação da República em 1889, necessitava-se adequar as exigências da aristocracia e burguesia urbana, foi então criado o Código Republicano, que posteriormente converteu-se no segundo Código Penal brasileiro, o qual foi alvo de diversas críticas, surgindo diversos estudos para sua suposta substituição.

O primeiro Código Penal Republicano ficou acrescido de várias leis, as quais tinham a intenção de completá-lo, aparecendo então os mais diversificados projetos de Código Penal.

Segundo Francisco Assis de Toledo (1994, p. 61):

Compreende-se que, em um panorama como esse, descrito por quem o conhecia bem de perto, carecia o país não só de um bom código penal como, e principalmente, de uma ciência penal que pudesse oferecer os métodos de pesquisa e fundamentos científicos para a modernização de nossa legislação penal.

Portanto, era patente a necessidade de um novo código, já que o de 1890 apresentava-se com diversos defeitos de técnica, existindo um visível atraso de acordo com a ciência de seu tempo.

Em 1937, surgiu então um novo projeto de Código Criminal Brasileiro, onde se submeteu a uma comissão revisora, sendo sancionado por decreto em 1940, sendo usado até os dias de hoje, contudo, com diversas reformas.

Com as saudosas palavras de Toledo(1994, p. 63 e 64):

Uma das maiores virtudes do novo Código – senão a maior – é a boa técnica e a simplicidade com que está redigido, tornando-o uma lei de fácil manejo, fato que lhe tem acarretado merecidos elogios. Por outro lado, na época em que veio à luz, incorporava o que se tinha de melhor em outros códigos, circunstância que levou o 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia, realizado em Santiago, no ano de 1941, a dedicar-lhe moção de aplauso pela sua estrutura, técnica e adiantadas instituições.

O Código de 1940 sofreu grande influência do Código italiano de 1930 (Código Rocco), como também do suíço de 1937. Porém, permaneceu com as características da tradição liberal, a qual teve início com o Código do Império, entendimento este, dos doutrinadores Costa e Silva (1943, Código Penal, v. 1, p.8.), apud Francisco de Assis Toledo (1994, p. 63). O presente Código, ainda que tenha sofrido grande influência, não adotou a pena de morte e nem a prisão perpétua do supracitado Código italiano.

Houve uma substituição pelo Código de 1969, permanecendo apenas em *vacatio legis*, vez que não chegou se quer a entrar em vigor, sendo revogado em 1978.

No ano de 1977, a Lei 6.416 e a Lei 7.209 de 1984, foram responsáveis pela criação de uma nova parte geral, substituindo a de 1940, no lugar em que se encontrou uma clara influência finalista.

Nos dias atuais é possível identificar em nossa Constituição Federal princípios que tutelam também o bem jurídico penal, presentes em seu artigo 5º.

Dessa maneira, todas as Leis brasileiras devem respeitar e fundamentar-se os mandamentos previstos na Constituição Federal.

A Constituição Federal é verdadeiro filtro, servindo de parâmetro para limitar o Poder Punitivo, para que não aconteça algum tipo de abuso contra a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Rogério Greco (2014, p. 9) “a Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores”.

Greco (2014, p. 477) aduz ainda:

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos na nossa Constituição Federal.

Portanto, sendo uma Lei inferior a Constituição Federal, o atual Código Penal deve respeitá-la, agindo nos termos daquela, já que a Constituição busca proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, proibindo algumas espécies de penas, aos quais estão em desacordo com a dignidade da pessoa humana.

2.1 Princípios

Assim como nos outros ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal também é norteado por diversos princípios. Esses podem, a qualquer momento, entrar em conflitos, assim, utiliza-se o instituto da ponderação, prescrevendo que prevalecerá aquele que estiver mais adequado ao caso concreto, ou seja, aquele que melhor se enquadrar na situação fática. De acordo com o doutrinador Humberto Ávila (2012, p. 56):

Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro não apresentam as mesmas funções, e sim, diversos aspectos em relação a sua atuação estatal, cada um com sua característica, como também sua eficácia.

2.1.1 Norma princípio x norma regra

Antes de aduzir sobre os diversos princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro é importante diferenciar os conceitos de Norma Princípio e Norma Regra. A primeira está no topo do sistema jurídico, possuindo alta carga valorativa, é obrigatória e deve ser cumprida. É relevante destacar que a norma princípio encontra-se em um plano supralegal, ou melhor, no plano constitucional.

As normas princípios são escassas e elitizadas, portanto, são importantes pelo fato de nortear valores que irradiam todo o sistema jurídico do Brasil. De modo que servem para a criação das demais normas, ou seja, elas inspiram a sua criação e proporcionam uma melhor interpretação diante das demais normas.

Além de serem flexíveis, misturam-se umas nas outras, por expressarem valores. Utiliza-se no Direito italiano o termo dúctil, sendo moldável caso a caso. Quando se colidirem e houver a interferência de uma na outra, aplicar-se-á a ponderação de valores.

A norma regra encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro em grande quantidade, ela está abaixo da norma princípio, é como se fosse comparada a matéria prima, a argamassa do ordenamento do Brasil.

Ao contrário da norma princípio, a norma regra é dura e inflexível, possui alta carga normativa, sendo originada para cada caso concreto, moldada para uma realidade. Sua função é ser pragmática e pré-estabelecida, para que resolva os problemas que surgirem no cotidiano dos indivíduos.

Outra diferença, é que quando duas normas regras se chocam, ao invés da ponderação, ocorre o fenômeno chamado “antinomia”, onde apenas uma delas sobrevive. Dessa forma, a norma que prevalece, a mais adequada, anula a outra.

Existem três critérios a adotar para que seja identificada a norma regra mais adequada, sendo esses: Hierarquia, Especialidade e por último a Cronologia. Portanto, a norma regra é prática, é aquilo que está postulado.

Aduzindo sobre a diferença entre a regra e o princípio, o doutrinador Humberto Ávila (2012) alega que:

O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a um outro critério – o “modo de colisão”: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles.

Logo, a diferença que merece maior destaque sobre essas duas normas é a qualificação quanto ao critério de ponderação, quando se colidem.

2.2 Princípio da Legalidade

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da Legalidade apresenta-se como um dos mais relevantes, já que assegura que se não há prévia definição legal, não há como se falar em crime ou contravenção penal, à vista disso, sem prévia cominação legal, é inexistente a pena. Este princípio está elencado no artigo 5º, inciso XXXIX, 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Especificado também no artigo 1º, do Código Penal brasileiro, “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

O princípio citado foi criado para que retirasse o poder absoluto das mãos do soberano, para evitar abusos, tendo sua origem, para alguns entendedores, na Magna Carta de 1215. Todavia, foi com o advento da Revolução

Francesa, que o princípio da Legalidade tomou os moldes aos quais exigem o Direito Penal.

Com a criação deste, acarretou-se a abrangência de outros preceitos, como a presunção de inocência e até mesmo a ampla defesa, todos presentes no Devido Processo Legal. Ele esteve presente em todos os Códigos Penais brasileiros.

Rogério Greco em sua doutrina (2014, p. 97), cita o entendimento de Paulo Bonavides:

Preleciona Paulo Bonavides: O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibussolutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Assim, o que não estiver proibido expressamente na Lei, será lícito dentro do Direito Penal, uma vez que, para punir e aplicar sanção ao indivíduo, deverá estar positivado o crime em Lei, para que haja uma segurança jurídica.

2.3 Princípio da Anterioridade

Este princípio aduz que não há como usar a lei de modo retroativo, dessa maneira ao cometer algum delito, este já deverá estar qualificado na Lei, de outra forma, inexistirá possibilidade de criação de uma nova norma para retroagir a determinado caso.

Os artigos presentes no ordenamento aos quais fundamentam o princípio da Anterioridade são os mesmos elencados ao princípio da Legalidade, sendo estes o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e o artigo 1º do Código Penal.

Guilherme Nucci (2012, p. 23), explana que:

Por certo, definir a conduta criminosa é essencial, desde que se faça anteriormente, dando conhecimento à sociedade. Assim ocorrendo, quem

pratica a infração penal age com plena opção, assumindo a viabilidade de ser punido.

Todavia, há a possibilidade de uma norma retroagir, seria o caso em que esta favorecesse o agente do crime. Esta exceção está elencada no artigo 5º, inciso XL, 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

E fundamentada também no artigo 2º, do Código Penal:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Assim, a regra é que a norma não retroagirá, só será punido o que estiver prescrito em Lei, no entanto, se a norma for mais favorável ao agente do crime, poderá sim retroagir.

2.4 Princípio da Individualização da Pena

Será aplicada a pena proporcional ao que o agente é merecedor, apenas ao que ele praticou, ou seja, ela será individualizada, no que consiste a Lei. O princípio da Individualização da Pena está calcado no artigo 5º, XLVI, *caput*, primeira parte, 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

- c) multa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;
- d) prestação social alternativa;

É visível notar que a sanção penal não é transmissível a terceiros, ela é pessoal, tanto que este princípio também recebe a classificação de princípio da Pessoalidade. Portanto, o agente será julgado de acordo com a espécie e quantidade, ou seja, de acordo com a cominação legal do crime em que praticou.

Luiz Regis Prado (2012, p. 173), aduz:

Em termos gerais, a individualização da pena obedece a três fases distintas: legislativa, judicial e executória. Na primeira delas, a lei “fica para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa (Canotilho)”; na segunda, o julgador, tendo em conta as particularidades da espécie concreta e determinados fatores previstos em lei, fixa a pena aplicável, obedecendo o marco legal; e a terceira, é a que diz respeito ao cumprimento da pena – fase de execução da pena, que é basicamente de ordem administrativa.

A pena deve ser proporcionalmente aplicada ao indivíduo, como já citado, ela deve ser adequada ao crime praticado. Deve-se respeitar o Devido Processo Legal para a aplicação da pena, devendo atentar-se a todo o procedimento exigido por Lei, dando segurança jurídica ao indivíduo, para que seja uma decisão justa e digna.

2.5 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade surgiu para restringir as penas corporais e as de morte, em que não havia piedade do indivíduo, sendo torturado de maneira cruel. Tais penais foram substituídas por penas privativas de liberdade, e também, penas alternativas, como multas, serviços a comunidade, limitação de fim de semana, entre outras.

A Constituição Federal enumera sobre as vedações das citadas penas em seu artigo 5º, inciso XLVII, alienas:

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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 XLVII - 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;

É um princípio calcado na dignidade humana, buscando proporcionar ao agente do crime uma pena proporcional ao crime praticado, devendo ser punido, porém, de forma digna, não extrapolando seus direitos.

O entendimento de Guilherme Nucci (2012, p. 24) é:

O Estado deve dar o exemplo, jamais atuando com base em objetivos vingativos, sem utilidade e propósito positivo. Impor ao autor do crime um sofrimento atroz e desmedido suplanta até mesmo o cometimento do delito, pois provém de quem deve manter o equilíbrio e a imparcialidade.

Ainda, na Legislação encontra-se uma Lei ao qual se refere aos crimes de tortura, onde disciplina quais são suas condutas e punições, enumerada como Lei 9.455 de 1997. Portanto, são vedados no ordenamento jurídico brasileiro os crimes de tortura, logo as penas com estas características.

2.6 Princípio da Culpabilidade

Inexiste crime que não tenha sido praticado sem dolo ou sem culpa, exige-se um elo entre o agente e a fato praticado. A Culpabilidade é pressuposto para a aplicação da pena. Não é um princípio que se encontra na Constituição Federal, no entanto, é expresso no Código Penal em seu artigo 18, onde aduz que:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime culposo(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Só pode ser declarado culpado aquele que agiu culposamente, e ainda, só poderá receber pena proporcional a sua culpabilidade. Entende-se que não há

como punir alguém devido um dano ao qual não havia uma previsibilidade em relação ao resultado.

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 63/64) lecionam que:

O princípio da culpabilidade pode ser analisado em três sentidos diversos: a) Culpabilidade como elemento do crime ou pressuposto de aplicação de pena [...] b) Culpabilidade como mediação da pena [...] c) Culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva [...].

Dessa forma, a culpabilidade é analisada não só como um elemento do crime, mas também, para definir medidas para aplicação da pena.

2.7 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da Proporcionalidade prega que deverá existir entre o crime praticado, os instrumentos utilizados, o intuito do indivíduo e a pena aplicada para o caso, uma proporcionalidade, uma vez que, o indivíduo deverá ser julgado de acordo com o crime e a intensidade com que o praticou.

A aplicação da pena deverá ser necessária e adequada, deverá ter condições suficientes para justificar a restrição e limitação de algum direito do indivíduo.

Por mais discutido, e por ter origens na Antiguidade, o princípio da proporcionalidade firmou-se durante o período Iluminista, especialmente pela obra da época “Dos Delitos e das Penas”, de Marquês de Beccaria.

Greco cita também em sua doutrina (2014, p. 79), o entendimento de Alberto Silva Franco, que aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõe ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

A proibição do excesso e a proibição deficiente são temas a serem discutidos dentro do princípio da proporcionalidade.

A primeira aduz sobre a limitação do Estado ao aplicar uma pena, de modo que, a atuação do Estado deverá ser proporcional, onde ele observará qual era o fim desejado e os meios aplicados na ação. O indivíduo tem a proteção na Lei para que não sofra abuso do Estado.

Todavia, a proibição deficiente elenca que o Estado poderá deixar de agir para que sejam defendidos direitos mínimos da Constituição Federal, no entanto, não se admite que um direito fundamental tenha uma proteção deficiente. Podendo ocorrer inconstitucionalidade através do excesso do Estado e também a inconstitucionalidade decorrente de proteção insuficiente de um direito fundamental ou social.

A Constituição Federal enumera em seu artigo 5º, inciso XLVI, quais penas poderão ser adotadas pela Lei ordinária, são essas:

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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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; |
| c) multa; | | | | |
| e) suspensão | ou | interdição | de | direitos; |
| d) prestação social alternativa; | | | | |

Portanto, deverão acompanhar a gravidade do crime praticado pelo indivíduo, sendo aplicadas por proporcionalidade, preservando a dignidade humana.

2.8 Princípio *No Bis In Idem*

Compete ao princípio *no bis in idem* limitar, mais uma vez, a atuação do Estado, para que este não impute ao indivíduo mais de uma punição pelo mesmo crime praticado.

Destarte, é vedado declarar culpado alguém duas vezes ou mais, ou ser processado mais de uma vez, pelo mesmo fato, que ora, já foi punido, sendo totalmente desproporcional.

Guilherme Nucci (2012, p. 26), traz um exemplo sobre o princípio exposto:

Se o homicídio é cometido contra criança, com tenra idade, trata-se de dupla punição se o juiz aplicar a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, *in fine*, do Código Penal (homicídio contra menor de 14 anos), juntamente com a agravante prevista no art. 61, II, *h*, do mesmo Código (crime contra criança). A dupla punição é abusiva, exagerada e desumana.

Como dito, o princípio *no bis in idem* tem função de limite, fundando-se no princípio da proporcionalidade, vedando a dupla punição penal pelo mesmo fato ou administrativa.

3 SANÇÃO PENAL

No Direito Penal moderno as consequências do delito aplicam-se as penas e medidas de segurança dependendo da culpabilidade do agente do crime. Todavia, a pena é a consequência jurídica mais importante no Direito Penal.

Conforme entendimento de Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 357):

Segundo o princípio *nulla poena sine crimine*, a pena é uma consequência jurídica da infração penal (crime ou contravenção penal). Desse modo, praticado um fato típico e ilícito, e havendo a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), surge a possibilidade de aplicação da pena.

Assim, basta a prática de um ato ilícito e tipificado na legislação para acarretar um tipo de pena, conforme a culpabilidade do agente infrator e a gravidade do delito.

A pena em si busca proteger a sociedade, ela se molda a cada caso, a cada delito e a cada agente infrator. Outra finalidade é a proteção dos bens jurídicos, bem como reeducar o indivíduo preso, preparando-o para sua reinserção social.

É de fato, uma consequência jurídica do crime, uma sanção imposta pelo Estado, consistente na diminuição de um bem jurídico. A pena ocorre quando o indivíduo opera um fato típico, sendo este culpável e ilícito, podendo, portanto, o Estado interferir e fazer seu *jus puniendi*, para preservar a ordem e a segurança da convivência social.

As características das penas estão apontadas por diversos doutrinadores, Damásio de Jesus (2011, p. 564) aduz que:

São caracteres da pena: É personalíssima, só atingindo o autor do crime; a sua aplicação é disciplinada pela Lei; é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação; é proporcional ao crime.

Nota-se que as características citadas podem ser encontradas nos textos de Lei, como a personalidade, em que tem base no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, não podendo a pena passar da pessoa do condenado. No que tange a legalidade da pena, é elencado no artigo 1º do Código Penal que: “Art. 1º -

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

De modo que, para aplicação da pena, o ilícito deve estar tipificado na legislação. A pena também deve ser proporcional ao delito praticado e a culpabilidade do agente, baseando-se no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Por fim, a característica de inderrogável, como já dito, é a certeza da aplicação da pena, ou seja, não se pode derrogar, deverá ser cumprida.

3.1 Teorias Sobre a Função da Pena

Para que se possa analisar a eficácia das sanções penais, é necessário levar em consideração a forma de Estado e o modelo socioeconômico onde o sistema sancionador se desenvolve. Alguns doutrinadores aduzem que os conceitos de pena e de Estado possuem uma ligação, uma vez que, a pena traz consigo as características do Estado onde é aplicada.

A pena é utilizada pelo Estado para proteger a sociedade, para trazer segurança. A culpabilidade também se inter-relaciona aos conceitos de pena e de Estado, juntos formam conceitos dinâmicos, de modo que, evoluindo o Estado, evolui também o direito penal. Entende-se que o Estado invoca a pena quando necessário, para a convivência dos homens frente à sociedade.

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 358) destacam que:

Existe uma relação dinâmica entre o Estado e a visão dos fins da pena, de sorte que as teorias que justificam a pena encontram sua motivação em conformidade com a estrutura política do Estado. Apesar da histórica discussão acerca dos fins da pena, duas teorias se destacam: as *teorias absolutas* (pena como forma de retribuição pelo crime cometido) e as *teorias relativas* (pena como meio para se realizar o fim utilitário da prevenção dos crimes). Dessas duas teorias existem outras variantes denominadas *teorias mistas, unitárias ou ecléticas*, mas sempre procurando uma combinação das duas primeiras.

Portanto, segundo os doutrinadores, há três teorias sobre a finalidade da pena, cada qual com seus objetivos e razões. Diante o exposto, analisaremos os fundamentos de cada uma das teorias citadas.

3.1.1 Teorias absolutas

O fundamento das teorias absolutas é o conceito de retribuição, uma vez praticado o delito, este acarretará em uma sanção, a pena. De modo que, aquele que praticou ato ilícito deverá ser punido.

O doutrinador Luiz Regis Prado (2012, p. 627/628) entende que:

Fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado (*punitur quia peccatum est*). A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).

Possuem origem no idealismo alemão, no entanto, os grandes expoentes dessas teses absolutas são Kant e Hegel, sendo qualificados como os principais. Bitencourt (1993, p. 103) esclarece que:

Enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica. De acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é digno do Direito de cidadania. Nestes termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”. Kant elabora sua concepção retributiva da pena sobre a idéia de que a lei penal é um imperativo categórico.

Segundo entendimentos de Kant, as teorias absolutas possuem uma retribuição ética ou moral, é uma exigência de justiça. São fundamentadas em uma ideia essencial de retribuição, de modo que, a pena deve ser contra o culpado pelo fato de ter praticado o delito. Não podendo basear a pena em condutas em benefício à sociedade, mas sim, em punir aquele que infringiu a lei.

Bitencourt ainda ensina (1993, p. 106):

Kant não ignorou um aspecto importante da pena: sua espécie e medida. Depois de se perguntar pelo grau e espécie de castigo que a justiça pública devia impor como princípio e como regra, a balança de seus juízos inclinou-se pelo *ius talionis*. Seus argumentos eram: “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras-te a ti mesmo”. Dessa forma, Kant afirma que não há nada melhor do que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, “mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)”. A função retribucionista da pena é evidente na tese kantiana que, com sua aplicação, pretendia alcançar a Justiça.

Compreende-se que Kant almejava a aplicação da Justiça, a pena deveria ser proporcional ao mal causado pelo agente, e mais, não se buscava utilidades sociais, mas tão só punir o infrator. Não há como finalidade da pena uma função de prevenção para que não haja outros delitos ou até mesmo que o delinquente não pratique novos atos ilícitos.

Kant e Hegel possuem a mesma ideia sobre as teorias absolutas, sendo a essência de retribuição e a relação de igualdade entre a punição e o delito praticado, todavia, Hegel possui suas particularidades.

Nos entendimentos de Bitencourt (1993, p. 106), as concepções de Hegel eram:

Sua tese resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. Para Mir Puig, a fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da *vontade geral*, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig, que “se a *vontade geral* é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á que negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado e “de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena.

Extrai-se o entendimento de que, para Hegel, as bases do Direito são a racionalidade e a liberdade. Impondo-lhe a pena, haverá o restabelecimento da ordem jurídica quebrada e o delinquente receberá o que é seu de direito. Entende-se que, aos olhos de Hegel, a pena compensa o delito praticado e restabelece o equilíbrio.

Além de Kant e Hegel, podemos encontrar diversos doutrinadores que aduzem sobre a essência das teorias absolutas, algumas semelhantes, mas com suas particularidades. No entanto, todos adeptos à essas teorias defendem que a pena tem caráter de retribuição.

Luiz Regis Prado (2013, p. 629) afirma:

Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

Percebe-se que hoje as teorias absolutas não possuem muito espaço no Direito Penal, uma vez que a pena é fundamentada em um princípio limitativo, devendo ser respeitada pela proporcionalidade entre o delito e a culpabilidade, para que não haja injustiças.

3.1.2 Teorias relativas

Diferente das teorias absolutas as teorias relativas baseiam-se nas concepções utilitárias da pena, buscando evitar que os delinquentes pratiquem delitos futuros. São portadoras da característica de prevenção, almejam uma garantia social para impedir novos delitos para proteger os bens jurídicos. Não são possuidoras da finalidade de retribuição, mas tão só a de prevenção.

Alguns defensores dessas teorias são Beccaria, Feuerbach, Bentham, entre outros.

Em conformidade com tema, leciona Bitencourt (1993, p. 116) que:

Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que abstenham de cometer delitos; é pois, uma “coação psicológica” com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Já não se observa somente a parte, muitas vezes cruel, da execução da pena (que neste caso serve somente para confirmar a ameaça), mas se antepõe à sua execução, a cominação penal. Presumia-se, assim, que “o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas fisicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga”.

Compreende-se que a finalidade preventiva social é fazer com que o delincente não pratique ato ilícito por medo da punição que este ato acarretará. Classifica-se como intimidatório para qualquer indivíduo da sociedade, que sabendo que haverá a aplicação da sanção penal, não praticará o delito, por medo e repressão.

As teorias relativas englobam dois tipos de prevenção, a geral e a especial. Entende-se através de Luiz Regis Prado (2012, p. 630):

De um modo geral pode-se afirmar que a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da

consciência do direito”). Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.

Pelas palavras do renomado doutrinador, supracitado, extrai-se que as teorias relativas trazem consigo alguns efeitos, no entanto, os principais são: a pacificação social, que há a intenção do Estado quando algo ameaçar a paz da sociedade; a aprendizagem, educando o indivíduo das regras estatais; e, por fim, a confiança que a sociedade obtém por ver se valer o Direito Penal.

Todavia, outra classificação da prevenção geral é a negativa. Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo nos ensinam que (2013, p. 359):

Prevenção geral negativa: na concepção de Feuerbach, o Direito Penal pode dar uma solução à criminalidade, sendo a pena uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos. Trata-se de uma *coaçoão psicológica* com a qual se pretende evitar o crime, ou seja, busca-se a intimidação da sociedade pela ameaça da aplicação da pena aos que vierem a delinquir.

Encontra-se nesta qualificação a característica de intimidar a sociedade, para que não cogitem a ideia de delinquir, buscam evitar a prática de delitos.

A doutrina classifica a prevenção também como especial, específica a cada delincente e não à sociedade. A prevenção especial profere-se como intimidação ou advertência individual, para corrigir o infrator com o intuito que este seja reintegrado na sociedade, no entanto, se a correção for incerta ou impossível, servirá para a separação do indivíduo frente aos outros.

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 360):

Enquanto a prevenção geral visa à prevenção de crimes pela intimidação da sociedade, a prevenção social dirige-se ao criminoso em particular, visando, assim, a ressocializá-lo e reeducá-lo. A pena, nesse enfoque, tem a finalidade de impedir que o delincente volte a cometer crimes. A prevenção especial também possui duas vertentes. Vejamos: prevenção especial positiva: a importância da pena está na ressocialização do condenado; prevenção especial negativa: visa à caracterização ou inocuidade do condenado quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes para sua ressocialização.

No que tange a ideia de ressocialização do indivíduo que praticou o delito, é de difícil aplicação, no entanto, é o que pretende ser aplicado e concluído

em prática. Quanto aos modos de buscar a prevenção elencados, são distintos, conquanto, ambas almejam prevenir a prática de delitos e concretizar a segurança dos bens jurídicos e de toda à sociedade.

3.1.3 Teorias unitárias ou ecléticas

Por fim, a terceira classe de teorias, e de fato, a mais aplicada na atualidade, são as teorias unitárias ou ecléticas. Elas se baseiam na prevenção social, mas também na exigência de retribuição jurídica da pena.

Aduz Bitencourt (1993, p. 132) que:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.

Em conformidade com o doutrinador, entende-se que as teorias mistas são uma fusão entre as outras duas teorias, englobando a característica de retribuição e de prevenção geral e especial.

Luiz Regis Prado esclarece sobre a nomenclatura do termo “retribuição” (2012, p. 636):

Na verdade, o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neorretribuição* ou *neorretribucionismo*, e não propriamente *retribuição*, já que tem fundamento próprio, diverso da noção clássica, e *relativizado*.

Extrai-se desse entendimento que aplicação justa da sanção penal é aquela proporcionalmente aplicada para a prevenção geral e especial, mas também compreendida e aceita pela sociedade e pelo delinquente.

A pena é justificada pela prática do delito e busca também evitar a prática futuros delitos, todavia, ela deve ser justa e proporcional, levando em conta o grau de culpabilidade do delinquente.

Compreende-se, portanto, que a pena, dentre as demais sanções jurídicas penais, é a última opção para punir o indivíduo que praticou o ato ilícito, ela é a *ultima ratio legis* do Direito Penal, para proteger os bens jurídicos e à sociedade.

Consoante ao tema Luiz Regis Prado (2012, p. 636/637) explica que:

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função *restritiva* ou *limitadora* de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada *necessária* do ponto de vista preventivo. Essa limitação do princípio de reafirmação do ordenamento jurídico evidencia que a pena pode ser inferior à gravidade do delito, desde que sua aplicação justa não seja necessária para a conservação da ordem social.

Pode-se sintetizar que o juiz poderá utilizar uma pena inferior, caso os fins de prevenção não exijam a totalidade da pena, ou até mesmo, poderá deixar de aplicá-la, respeitando sempre o ordenamento jurídico.

3.2 Classificação das Penas

Com base na Constituição Federal, especificadamente em seu artigo 5º, inciso XLVI, encontramos os tipos de penas aplicadas no sistema penal brasileiro:

Art. 5º, inciso 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;

Já no Código Penal, especificadamente em seu artigo 32, encontram-se as penas privativas de liberdade; restritivas de direito e, por fim, a pena de multa.

São elencadas também na Lei das Contravenções Penais, como prisão simples e a multa, presentes em seu artigo 5º.

A Constituição Federal brasileira proíbe a pena de morte e, qualquer pena que possa ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro princípio fundamental, fundamentando-se em seu artigo 5º, inciso XLVII.

3.2.1 Penas privativas de liberdade

Comparada às outras sanções penais, as penas privativas de liberdade guardavam consigo a característica de “instrumento de custódia do réu”, de modo que, a prisão servia para aguardar a execução penal ou para que o processo fosse desenrolado. Adotava essa característica, pois as penas mesmo eram as de morte, confisco, mutilação, exílio, então o encarceramento era tão só um ato processual.

Só houve surgimento no Direito canônico quando os religiosos eram presos por praticarem delitos eclesiásticos ou encarcerados para aguardarem o julgamento dos superiores da Igreja. Por óbvio, os lugares onde os presos pertenciam não obtinham qualquer higiene ou boas condições.

As penas privativas podem privar totalmente o indivíduo se sua liberdade ou apenas a restrição do *jus libertatis*, ordenando que o réu permaneça em determinado lugar. Todavia, não se confunde com as penas restritivas de direito, em que o indivíduo é limitado em seu direito de locomoção.

O atual Código Penal consagra como penas privativas de liberdade, a reclusão e a detenção, ambas se assemelham, possuindo pequenas diferenças.

3.2.1.1 Espécies

De acordo com a individualização, as penas privativas de liberdade veem no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, podendo aplicar a proporcionalidade entre a sanção aplicada e a o bem jurídico resguardado. As penas privativas de liberdade são divididas em duas modalidades, reclusão e detenção.

Para esclarecer a distinção entre reclusão e detenção, Luiz Regis Prado (2012, p. 649) aduz que:

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto

na segunda alternativa – detenção – admite-se a execução somente em regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, *caput*, do Código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida.

Compreende-se que entre as duas espécies de penas privativas de liberdade não há uma diferença ontológica, e sim, meramente quantitativa. Como citado, a diferença encontra fundamento no artigo 33 do Código Penal, a reclusão aborda os regimes fechado, semiaberto e aberto, e a detenção os regimes semiaberto e aberto (salvo a regressão de regime):

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.

Quando tratar-se de contravenções penais, a pena privativa de liberdade imposta é prisão simples, podendo ser só regime semiaberto e aberto. Esta espécie de prisão está prevista no artigo 6º, da Lei das Contravenções Penais, que explica que a prisão simples não deve obter rigor penitenciário.

A detenção será aplicada para aqueles crimes de “menor” gravidade e a reclusão para os crimes mais graves.

3.2.1.2 Regimes penais

De início, vale ressaltar, que a Lei que aduzia sobre o sistema de penas, nº 6.416/1977, estabelecia uma repartição entre sentenciados perigosos e não perigosos, nos casos de penas privativas de liberdade. Os perigosos permaneciam em regime fechado e os não perigosos, se a pena não ultrapassasse oito anos, poderiam ser regrados pelo regime semiaberto, ou caso a pena fosse superior aos oito anos, o sentenciado poderia ser transferido após cumprir um terço de sua pena em regime fechado. E ainda, caso a pena não fosse superior a quatro anos, poderia ser regrado pelo regime aberto ou se a pena fosse superior a quatro anos e inferior a oito anos, deveria cumprir um terço da pena, ou dois quintos quando a pena fosse superior a oito anos, cumprindo em outro regime, sejam eles fechado ou semiaberto.

Após a chegada da Lei nº 7.209/1984 não há o que se falar em sentenciados perigosos e não perigosos para que seja aplicado determinado regime de pena.

Conforme o artigo 33 do Código Penal, em seus parágrafos:

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.

O regime fechado acarretará no encarceramento do sentenciado em penitenciárias, localizadas em lugares afastados do centro urbano, no entanto, que não restrinja a visitação. O preso é sujeito a diversas regras, ele será isolado durante o período noturno, mas no período diurno se submeterá há algum tipo de trabalho.

A cela individual deve conter condições adequadas para a existência humana e de uma área mínima de seis metros quadrados. Os estabelecimentos penitenciários devem ser dotados de algumas regras existentes na legislação, como é o caso do artigo 3º da Lei 10.792/2003:

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

É uma regra de extrema importância, uma vez que o recluso está em cumprimento de pena e algum deles são perigosos, podendo fazer mal uso de objetos de metais ou algo do gênero, já que tudo pode ser transformado em objeto de ataque.

O artigo 4º da supra Lei expõe que:

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Portanto, os estabelecimentos penitenciários devem garantir a segurança, como também garantir as regras de disciplina dos indivíduos presos. Todavia, por mais que seja um lugar onde os indivíduos são punidos, devem proporcionar condições para a existência humana, para que seja preservado o princípio fundamental da dignidade.

Em se tratando do regime semiaberto, observam-se algumas diferenças. A regra é que o cumprimento desse regime deve ser em colônias agrícolas, industriais ou similares, o sentenciado pode ser instalado em compartimento coletivo, sempre observando as condições básicas da existência humana.

Este regime autoriza o encarcerado a sair temporariamente, mesmo sem vigilância direta, possibilitando visitas à família, no entanto, o juiz pode determinar o uso de equipamentos de monitoração eletrônica. Regras extraídas da Lei de Execução Penal, em seu artigo 122:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Quanto à modalidade de regime aberto, a pena deverá ser cumprida em casa de albergue ou qualquer estabelecimento adequando. O indivíduo, apesar de não estar encarcerado, deverá respeitar diversas condições: permanecer no local designado, podendo sair apenas para o trabalho e retornar nos horários fixados; não poderá sair da cidade onde reside, a não ser se este tiver uma autorização judicial; e comparecer em juízo para informar às atividades que pratica, sempre quando for

solicitado. E para se submeter a esse regime, o indivíduo deverá se comprometer a ter um trabalho, se ainda não tiver, que haverá disciplina e respeito ao novo regime. As condições estão previstas nos artigos 114 e 115 da Lei de Execução Penal, porém, como prevê o artigo 116, da própria Lei, as condições poderão ser alteradas caso necessite:

Art. 116. O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Com respeito ao condenado maior de setenta anos ou acometido de doença grave, como também a condenada gestante, ou com filho menor ou deficiente físico ou mental, o artigo 117 da Lei de Execução Penal, aduz que se for beneficiário do regime aberto, ele poderá ser executado em residência particular.

Tendo em vista que no Brasil há a precariedade dos estabelecimentos prisionais e a difícil existência de casas de albergado, os tribunais vêm reconhecendo a concessão de prisão domiciliar.

Houve uma alteração na Lei de Execução Penal (LEP) pela Lei nº. 10.792/2003, em que foi criado o regime disciplinar diferenciado (RDD), especificadamente previsto no artigo 53, inciso V, da LEP: “Art. 53. Constituem sanções disciplinares: V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.”

Suas características estão previstas no artigo 52, da LEP:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

Se o indivíduo preso praticar a falta disciplinar, a autoridade administrativa deverá instaurar o devido procedimento disciplinar. O isolamento preventivo daquele que praticar a falta poderá ser por até dez dias, pela própria determinação da autoridade administrativa. Mas para ser aplicado o Regime disciplinar diferenciado, deverá observar o que consta no artigo 54, da LEP, onde aduz que deverão ser por ato motivado do diretor do estabelecimento e por prévio despacho do juiz competente, que também deve ser motivado.

E ainda conta em seu parágrafo 2º, que a decisão do juiz será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, que dever ser proferida em no máximo quinze dias.

Segundo Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 368/369):

Argumenta-se que o RDD seria uma manifestação do Direito Penal da periculosidade e do Direito Penal do inimigo, ao punir severamente um indivíduo identificado como perigoso e não pela efetiva e comprovada prática de um fato. Extrai-se da legislação que para a inclusão do preso (“inimigo”) no regime disciplinar diferenciado basta apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Ou seja, não praticou nenhum fato, mas apenas se apresentou como perigoso. Seria uma forma de Direito Penal prospectivo, já que identifica um estado de perigo e aplica uma medida para prevenir que ocorra um fato ou se estabeleça uma situação.

Mesmo com diversas discussões, os Tribunais Superiores admitem a aplicação do Regime disciplinar diferenciado.

3.2.2 Penas restritivas de direitos

De outro lado, há as penas restritivas de direitos, também conhecidas como penas alternativas. São apelidadas desse modo, uma vez que, são penas alternativas à aplicação de penas privativas de liberdade.

Fundamentadas de acordo com o artigo 43, do Código Penal, que elenca as espécies de penas restritivas de direitos:

Art.	43.	As	penas	restritivas	de	direitos	são:
I	-			prestação			pecuniária;
II	-	perda		de bens		e	valores;
III	-	limitação		de fim		de	semana.
IV	-	prestação	de	serviço	à	comunidade	ou a entidades públicas;
V	-	interdição		temporária		de	direitos;
VI	-	limitação	de	fim	de	semana.	

Como as penas privativas de liberdade, as restritivas são penas autônomas, todavia, são substitutivas da primeira. Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo explicam e exemplificam (2013, p. 424/425):

Na sistemática do Código Penal elas são penas substitutivas às privativas de liberdade. Isto quer dizer que elas são aplicáveis independentemente de cominação na parte especial, já que se aplicam em substituição à pena privativa de liberdade. Exemplificando: no crime de furto o preceito secundário do tipo penal comina as seguintes penas: 1ª) pena privativa de liberdade (reclusão de 1 a 4 anos); 2ª) multa. Não comina pena restritiva de direitos, mas, se preenchidos os requisitos legais, como veremos, poderá haver a sua aplicação em substituição à privativa de liberdade.

Classificam-se as penas restritivas de direitos em comuns ou genéricas e específicas ou especiais. A primeira classificação não exige nenhuma especificação, de modo que, são aplicadas a quaisquer infrações (ex.: prestação de serviço à comunidade). Já a segunda, só podem ser aplicadas a alguns crimes, são limitadas (ex.: interdição de direito).

A primeira pena restritiva de direito elencada é a prestação pecuniária, que nada mais é do que o pagamento em dinheiro à vítima, aos seus dependentes ou, se for o caso, as entidades públicas ou privadas que tenham destinação social. O valor é fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um salário mínimo e nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

Conforme os ensinamentos de Luiz Regis Prado (2012, p. 680):

A prestação pecuniária, a bem da verdade, não passa de uma forma de reparação civil travestida de sanção criminal, a fim de facilitar seu cumprimento, já que o próprio legislador acrescenta que “o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários” (art. 45, § 1.º). Ressalva o parágrafo 2.º do citado dispositivo que se houver aceitação do beneficiário a prestação pecuniária pode consistir em *prestação de outra natureza* (v.g. entrega de gêneros alimentícios, de peças de vestuário etc.).

Porquanto, a prestação pecuniária tem como finalidade, ressarcir o dano causado à vítima e, ao mesmo tempo, punir o infrator.

O inciso segundo do artigo 43 elenca a perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, o valor será arbitrado conforme o prejuízo causado pelo sentenciado pelo delito praticado.

O doutrinador Luiz Regis Prado aduz ainda que (2012, p. 680/681):

Essa excepcional e absurda possibilidade de transmissão da perda de bens e valores aos sucessores do condenado colide frontalmente com os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, visto que passaria da pessoa do condenado, e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além disso, a morte do agente é causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP).

Todavia, é um modo de punir o condenado por ato ilícito praticado, para que a vítima seja ressarcida do mal que lhe foi causado.

Quanto à prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, observada no inciso quarto do artigo 43, do Código Penal, que refere-se a afazeres gratuitos impostos ao condenado. Não há vínculo empregatício entre o Estado e o condenado, é uma sanção imposta para que este preste serviços gratuitos a entidades como orfanatos, escolas, hospitais.

Essa modalidade é imposta a crimes com penas superiores a seis meses de privação de liberdade.

O inciso quinto trata da interdição temporária de direitos, especificando as espécies no artigo 47, do Código Penal. Uma das interdições é a proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato letivo, ou seja, o indivíduo condenado ficará interdito temporariamente para exercer sua função.

E por fim, mas não menos importante, o inciso sexto, que elucida acerca da sanção de limitação de fim de semana. O condenado deverá permanecer por cinco horas, aos sábados e aos domingos, em estabelecimentos de albergados, podendo assistir palestras ou qualquer outro tipo de atividade educativa. Está fundamentado no artigo 48, do Código Penal.

Os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade, para a pena restritiva de direito, estão elencados no artigo 44, do Código Penal:

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.

§ 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.

Nota-se no parágrafo segundo que poderá ocorrer à substituição por pena restritiva de direito ou por multa quando a condenação for igual ou inferior a 1 ano. Já nas condenações superiores a 1 ano, poderá a pena privativa de liberdade ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas penas restritivas de direito.

Ainda, é importante pontuar que, nos concursos de crimes, deve-se observar o total da pena imposta pelos crimes dolosos. Quanto aos crimes militares,

é inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade, pela pena restritiva de direito, entendimento da Suprema Corte (STF-HC 91.155, 1ª T., j. 21/06/2007).

Há particularidades também quanto ao crime que é regido pela Lei Maria da Penha, n.º 11.340/2006, especificadamente em seu artigo 17, que aduz sobre a vedação da aplicação da pena restritiva de direito na modalidade de prestações pecuniárias ou de penas de cesta básica quando os crimes forem relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Extrai-se dos parágrafos 4º e 5º supracitados, a conversão das penas restritivas de direitos em penas privativas de liberdade, que acontece quando há o descumprimento injustificado da restrição imposta ou sobrevém condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, sendo indiferente o tempo da prática do crime.

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo esclarecem que (2013, p. 429):

A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade deve obediência ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), sob pena de nulidade da decisão.

Como princípio constitucional, deve ser respeitado, portanto há de se observar se este está sendo exercido pelo condenado antes que seja decretada a conversão de penas.

3.2.3 Pena de multa

Por fim, há também a espécie de pena de multa, que nada mais é do que o pagamento em dinheiro ao Fundo Penitenciário. É calculada na sentença por dias-multas, que serão de no mínimo dez e no máximo 360 dias-multa.

De acordo com Luiz Regis Prado (2012, p. 700):

A multa, em matéria penal, é rigorosamente pessoal, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros, pois “a idéia de pena, que acompanha também a multa, reproduz nela a condição de personalidade. De modo geral, por multa se costumam designar sanções pecuniárias de natureza bastante heterogênea, que nem sempre ostentam o caráter de uma pena propriamente dita. No entanto, convém observar que, entre as penas – inclusive a de multa – e as sanções administrativas e fiscais as diferenças existentes são apenas quantitativas.

Nota-se, segundo o doutrinador, que a pena de multa é personalíssima, não sendo transmitida aos herdeiros do réu, ou até mesmo a terceiros, uma vez que, esta também é uma espécie de pena, podendo ser cumprida apenas pelo autor do ilícito.

Ainda aduz sobre sua origem histórica (2012, p. 704):

Primeiro Código Penal brasileiro, o estatuto de 1830, decorrente do projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, foi extremamente original em inúmeras matérias e, dentre elas, convém pôr em evidência, como exemplo caro, o esboço, pela primeira vez, do sistema de dias-multa para a pena pecuniária, que, a bem da verdade histórica, deveria chamar-se também *sistema brasileiro*.

Com o passar do tempo, a pena de multa foi se desenvolvendo cada vez mais até chegar à situação de hoje no Código Penal brasileiro em vigor.

Identificam-se duas cominações de multa, a abstrata e a substitutiva ou vicariante. A primeira é a cominada do tipo penal, a pena abstrata. A segunda é aplicada na sentença condenatória, quando acontece a substituição da pena privativa de liberdade para a pena de multa, podendo ser aplicada pelo juiz mesmo que não esteja prevista no tipo penal.

Todavia, nada impede que sejam cominados os dois tipos de multas simultaneamente.

Excepcionalmente, no escopo de leis especiais, quando a pena privativa de liberdade estiver prevista cumulativamente com multa, poderá ser substituída a pena de prisão pela multa, encontrando fundamento na Súmula 171 do STJ.

Houve uma alteração pela Lei n.º 9.268/96, que acarretou em discussões quanto à legitimidade para a execução. Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo buscam esclarecer através do entendimento dos Tribunais (2013, p. 436):

Nesse sentido, foi considerado correto o seguinte item: *A par dos entendimentos doutrinários em sentido contrário, o STJ consolidou o entendimento de que, com o advento da lei que alterou o CP, determinando que, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a multa será considerada dívida de valor, o MP não é parte legítima para promover a execução da pena de multa, embora tal pena não tenha perdido seu caráter penal (Magistratura Federal/TRF 5ª/2009/CESPE).*

O entendimento exposto considera que o Ministério Público não é parte legítima para promover a execução da pena de multa, mesmo que esta não tenha perdido o seu caráter penal.

No entanto, o assunto não é unânime em todos os Tribunais. Os doutrinadores ainda trazem que há decisões que admitiram a execução da pena de multa pelo Ministério Público (2013, p. 436):

A pena de multa, embora tida como dívida de valor, deve ser executada nos moldes da lei de execução fiscal, mas a titularidade para tal continua sendo do Ministério Público atuante na Vara de Execuções Criminais, pois a multa não perdeu seu caráter de sanção penal” (TJMG, Conflito de Jurisdição 1.0000.12.044549-9/000, j. 11/12/2012).

Quanto à aplicação da multa, antes de ser fixada, ela passará por duas fases. A primeira se refere à quantidade de “dias-multa” a ser aplicado e, como explanado em linhas anteriores, o mínimo é dez e o máximo de 360 dias-multa. Levam-se em conta as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal e também a situação econômica do réu.

A segunda fase toca a fixação do valor do dia-multa. Não pode ser fixado inferiormente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário, regra esta elencada no parágrafo primeiro, do artigo 49, do Código Penal.

Na segunda fase também deve se levar em conta a situação econômica do réu. E no artigo 60, parágrafo 1º, do Código Penal, há a regra de que a “multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”.

Pode acontecer de mesmo aplicada à multa máxima, esta não ser eficaz por o réu possuir uma boa situação econômica e o montante fixado para punir não fazer a mínima diferença pra ele. Poderá então o Juiz triplicar a pena de multa para tornar a punição eficaz, já que a multa é uma espécie de sanção penal.

3.3 Medidas de Segurança

Classificada como uma espécie de sanção penal no direito penal brasileiro, as medidas de segurança possuem origem antiga. No Direito romano eram aplicadas para os loucos e para os menores, os inimputáveis. Posteriormente foram aplicadas aos mendigos e aos vagabundos.

Segundo a doutrina, foi a Inglaterra que aplicou primeiro o tratamento psiquiátrico de delinquentes doentes mentais. A partir de então foram evoluindo, mas apenas em 1893 vieram obter sistematização com o anteprojeto de Código Penal, de Carl Stooss.

Elas se caracterizam por ser uma medida de tratamento, com fins preventivos especiais, por observarem a situação peculiar do delinquente.

O doutrinador Luiz Regis Prado apresenta os seguintes fundamentos (2011, p. 787):

A medida de segurança fundamenta-se na perigosidade ou periculosidade do agente, que se manifesta exatamente com a comissão do delito – “sistema revelador” de sua perigosidade. Serve para firmar a medida de segurança como sendo *pós-delitiva*, e não *pré-delitiva*, limitando-se, externamente, ao exercício do Direito Penal preventivo, por motivo de segurança jurídica, mas não constitui um elemento da hipótese fática da própria medida. De sua vez, a culpabilidade, como um dos fundamentos da pena, é totalmente alheia à medida de segurança.

Destarte, impede observar que há diferenças entre as espécies de sanções penais, uma vez que a pena se baseia na culpabilidade e as medidas de segurança na periculosidade do agente. Quanto ao sujeito, às medidas de segurança são aplicadas aos sujeitos inimputáveis e semi-imputáveis, que precisam de tratamento especial, já as penas se aplicam aos imputáveis e semi-imputáveis.

Ao quesito objeto, as penas almejam a reafirmação do ordenamento jurídico e as medidas de segurança a perspectiva apenas de fins preventivos especiais.

A prática de um fato típico e ilícito e a periculosidade social são os pressupostos da medida de segurança. Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo aduzem que a periculosidade pode ser presumida ou real (2013, p. 485):

Presumida: quando a lei estabelece que em determinada hipótese o indivíduo é considerado perigoso, sem que haja averiguação da periculosidade. Real: quando é realizada a averiguação da periculosidade. No Brasil, há a periculosidade presumida em relação aos inimputáveis (CP, art. 26, caput, c/c art. 97) e a periculosidade real em relação aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único).

A doutrina também classifica as medidas de segurança em duas espécies, sendo elas: detentiva e restritiva. A primeira refere-se à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, se este estiver em falta, outro

estabelecimento que seja adequado e é aplicada quando o crime praticado obter pena de reclusão.

A segunda espécie, a medida de segurança restritiva, refere-se ao tratamento ambulatorial, que é aplicado quando o indivíduo praticar delito que tenha como pena a detenção.

Os direitos do internado estão previstos no artigo 99 do Código Penal, que elenca “Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”, o internado terá todos os direitos referentes a sua condição humana e jurídica, sempre respeitando a lei.

3.3.1 Duração das medidas de segurança

Quanto à duração das medidas de segurança é prescrito que ela só poderá ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença, *ex vi* artigo 170, da Lei de Execuções Penais, e ainda, não há como impor medida de segurança de maneira provisória como era aceito em 1940, no artigo 80 do Código Penal.

As regras e prazos para a aplicação das medidas de segurança estão elencados no artigo 97, do Código Penal:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo supracitado, é possível notar que o legislador prescreveu o prazo mínimo das medidas de segurança, sendo de um a três anos, todavia, determinou que será por tempo indeterminado, não impondo um limite, mas sim, apenas quando for cessada a periculosidade do agente, por meio de perícia médica.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a medida de segurança deve obter como regra base a mesma da pena privativa de liberdade, ou seja, não pode ultrapassar os 30 anos (STF, RHC 100383, 1ª T., j. 18/10/2011).

Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo enaltecem também sobre o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (2013, p. 488):

O STJ, em posicionamento ainda mais garantista, já decidiu que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade: “Levando em conta o preceito segundo o qual ‘não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLII, b, da CF) e os princípios da isonomia e da proporcionalidade, a Sexta Turma adotou o entendimento de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado” (STJ, 6ª T. HC 174342, j. 11/10/2011). Ainda: “...nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, §1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos”(STJ, 5ª T., HC 208336, j. 20/03/2012).

Desse modo, o entendimento do STJ baseia-se nos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, não vendo motivos para que a medida de segurança não tenha um prazo máximo, tornando-a perpétua, uma vez que a própria Constituição Federal veda a pena de caráter perpétuo.

3.3.2 Imposição da medida de segurança

Nos conformes do artigo 26, *caput*, do Código Penal, identifica-se aos agentes inimputáveis que:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ou seja, nestes termos, o agente será submetido à sentença absolutória imprópria, aplicando a ele uma medida de segurança de acordo com o artigo 97, do Código Penal.

No que tange aos semi-imputáveis a regra está elencada no parágrafo único do artigo 26, do Código Penal, arguindo que não há isenção de pena, mas sim uma causa de diminuição (1/3 à 2/3). Verificará após aplicação da pena, se o delincente necessita de especial tratamento curativo, se houver necessidade,

poderá ser substituída a pena por medida de segurança, decisão esta, cabível ao juiz.

Por fim, elencado no artigo 41 do Código Penal, há a possibilidade do agente condenado, enquanto estiver na execução da pena, passar a sofrer de doença mental. O artigo 183 da Lei de Execuções Penais prescreve que o juiz pode substituir a pena por medida de segurança.

No caso de superveniência de doença mental, Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2013, p. 487) aduzem que:

A medida de segurança no curso da execução (medida de segurança substitutiva) deve observar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória. Neste sentido: STJ, HC 249.790/MG, 5ª T., j. 25/09/2012.

Portanto, deve sempre observar se a medida de segurança esta dentro do prazo de cumprimento de pena privativa de liberdade que foi fixado na sentença condenatória. Importante frisar que ocorrendo a recuperação da saúde mental, o condenado deverá voltar a cumprir a pena importa anteriormente.

3.3.3 Liberação e extinção da punibilidade

O agente será liberado da internação se a perícia médica verificar que não há mais sinais de periculosidade, no entanto, será sempre condicional, restabelecendo a situação anterior do agente, *ex vi* artigo 97, § 3º do Código Penal.

Nos casos de extinção da punibilidade, o artigo 96 do Código Penal impõe que, *in verbis*, “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta”. De modo que, extinta a punibilidade não há o que se falar em aplicação de medida de segurança.

4 CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade é constantemente avaliada, tanto quanto a teoria, o seu modo de aplicação e até mesmo quanto a sua finalidade. A análise maior está no modo de execução, se de fato o cumprimento da pena está ocorrendo da forma esperada.

Uma vez que os estabelecimentos penitenciários atualmente se encontram em situações precárias. Cezar Roberto Bitencourt relata que a ineficácia da pena privativa de liberdade se resume em duas premissas (2011, p. 162/163):

- a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de *antissociais*, se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se associa a outros *antissociais*.
- b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançáveis o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

Conclui-se que a pena de prisão possui o condão de ressocializar o delinquente, mas causa o efeito contrário, uma vez que a prisão isola o indivíduo do resto da sociedade.

Nos sistemas carcerários encontram-se diversas deficiências, os condenados são insultados e maus tratados, de modo que muitas delas ofendem a dignidade humana, tanto em países subdesenvolvidos, quanto os países desenvolvidos.

Bitencourt ainda relata que (2011, p. 164):

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, faz pensar que a prisão se encontra efetivamente em crise. Sob essa perspectiva, menos radical que a mencionada no item a, fala-se da crise da prisão, mas não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.

Constata-se que de fato não há atenção do governo e da sociedade para os problemas penitenciários, já que foi rotulado que o indivíduo condenado se submete as penitenciárias apenas para ser punido pelo ilícito praticado, não importando se este estará pronto ou não para se ressocializar quando cumprida a pena.

4.1 Índices de Reincidência

A reincidência é um fator que comprova e demonstra a ineficácia da prisão, à medida que o índice elevado dela significa que o indivíduo não conseguiu ressocializar-se.

Cezar Roberto Bitencourt traz em sua doutrina algumas estatísticas (2011, p. 168):

As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%. Glaser cita um índice de reincidência da década de 60 que vai de 60 a 70%, nos Estados Unidos. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência.

Conclui-se que o atual sistema prisional não tem a eficácia de ressocializar, mas apenas possui uma realidade violenta e a demonstração de valores negativos ao condenado.

O doutrinador adentra que a reincidência é apenas um indicador insuficiente, não podendo concluir que o sistema penal fracassou apenas com base nele. Conquanto, deve-se atentar que as estatísticas de reincidência tem valor relativo e não pode se firmar neste para a extinção da pena de prisão.

4.2 Efeitos Sociológicos Ocasionados pela Prisão

A prisão causa no indivíduo condenado um isolamento total, onde ele criará um mundo particular, uma vez que esta rodeada por grandes muros, grades, alambrados, isolando-o da sociedade e absorvendo totalmente a vida do recluso.

O renomado doutrinador Cezar Roberto Bitencourt elenca as principais características da instituição total (prisão), sendo elas (2011, p. 172):

- 1ª) Todos os aspectos da vida desenvolvem-se no mesmo local e sob o comando de uma única autoridade.
- 2ª) Todas as atividades diárias são realizadas na companhia imediata de outras pessoas, a quem se dispensa o mesmo tratamento e de quem se exige que façam juntas as mesmas coisas.
- 3ª) Todas as atividades diárias encontram-se estritamente programadas, de maneira que a realização de uma conduz diretamente à realização de outra, impondo uma sequência rotineira de atividades baseadas em normas formais explícitas e em um corpo de funcionários.
- 4ª) As diversas atividades obrigatórias encontram-se integradas em um só plano racional, cujos propósitos são conseguir os objetivos próprios da instituição.

Uma das finalidades da prisão é manter a sociedade em segurança, proteger os bens jurídicos, possuindo como consequência o encarceramento dos condenados e os submetendo a regimes de disciplina e punição.

Os condenados acabam julgando a si mesmos, considerando-se culpados e inferiores ao resto da sociedade. A partir desta premissa, conclui-se que ao tentar aplicar um regime de recuperação e ressocialização, será de extrema dificuldade, de modo que o indivíduo recluso encontra-se em desequilíbrio psicológico, pois sofre humilhações.

O recluso sofre de despersonalização, uma vez que precisa moldar-se a realidade dos estabelecimentos prisionais, que são repletos de normas, restringindo totalmente a sua liberdade.

Bitencourt pauta outro efeito negativo (2011, p. 174):

Outro efeito negativo que uma instituição total produz e que torna difícil, para não dizer impossível, a ressocialização do recluso é a submissão do interno a um processo de desculturação, ou seja, a perda da capacidade para adquirir hábitos que correntemente se exigem na sociedade em geral.

Percebe-se que a prisão é um instituto que se encontra em crise, não sendo o melhor regime para reeducar e restituir o indivíduo novamente à sociedade.

4.3 Efeitos Psicológicos Produzidos pela Prisão

A preocupação dos efeitos psicológicos acarretados pela prisão não advém dos tempos atuais, mas sim, desde o início do século XIX.

Em sua doutrina “Falência da Pena de Prisão”, Cezar Roberto Bitencourt esclarece sobre a origem histórica dos efeitos psicológicos causados na prisão (2011, p. 195/196):

Por exemplo, os primeiros médicos norte-americanos de Cherry Hill advertiram, já em 1837, que na prisão celular se observavam numerosas psicoses. Também na França realizaram-se investigações para determinar qual dos dois sistemas – filadélfico ou auburniano – ocasionava maiores prejuízos à saúde mental dos reclusos. Chegou a predominar o entendimento de que o mais prejudicial era o celular.

Analisa-se que a pena de prisão acarreta diversos transtornos na vida do condenado e para eles a psicose era uma das consequências do isolamento total.

Caracterizam como “psicose carcerária”, que causa imensos delírios e deixam o recluso em estado de pânico, por consequência da rotina a qual é submetido. É claro que estes transtornos obstam a eficácia de qualquer tipo de tratamento seja eficaz.

Todavia, há a corrente de que não há distinção entre a psicose de prisão, a neurose de guerra ou desemprego, pois mesmo que as causas são diversas, a finalidade se resume a mesma, ou seja, evitar uma situação angustiante.

Bitencourt acrescenta (2011, p.198):

Não se pode falar em uma *psicologia da prisão* geralmente válida, mas é indiscutível, contudo, que não se devem ignorar alguns dos efeitos que se produzem com o encarceramento. O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental.

Com os fundamentos do doutrinador, é possível observar que o encarceramento é de fato um agente causador de transtornos psicológicos, que como já dito à cima, o condenado se submete a diversas normas, as quais devem ser seguidas de forma rígida. Além de que, não há contato com a liberdade e as mudanças da sociedade.

O ambiente carcerário exerce uma função extremamente negativa na vida do recluso, podendo acarretar em uma simples reação psicopática momentânea ou até mesmo algo intenso.

No entanto, o conceito psicose foi superado, Bitencourt afirma que (2011, p. 198): “Por isso, foi afastada a palavra psicose, que só é encontrada nos textos antigos, como de *Kraepelin* e *Beuler*. Na atualidade se fala em reações carcerárias”.

As chamadas reações carcerárias são diversas e quase sempre passageiras e momentâneas. Até o recluso adaptar-se a rotina do cárcere, podem ocorrer momentos de explosão e de paranoia e até mesmo há a incidência no recluso que já está no cárcere há algum tempo, mas é transferido, não sabendo lidar com a situação de ser separado de seus “amigos” carcerários.

Uma das reações carcerárias que merece imperiosa atenção é o desejo de suicídio do recluso, traduzindo-se em um problema universal. É uma reação normalmente dos condenados as penas elevadas, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt afirma que (2011, p. 200):

A grave ocorrência de suicídios nas prisões é um bom indicador sobre os graves prejuízos psíquicos que a prisão ocasiona, e autoriza a dúvida fundada sobre a possibilidade de algum resultado positivo em termos de efeito ressocializador, especialmente quando se trata de prisão tradicional, cuja característica principal é a segregação total.

O ambiente carcerário pode produzir reações muito intensas, fazendo com que o recluso obtenha desejo autodestrutivo. Vez que, chega um momento que o condenado não vê outra saída, o sentimento de angústia se torna incontrolável, acarretando o suicídio como forma de se livrar do sofrimento causado pelos estabelecimentos carcerários.

Outra reação é que os condenados acabam regredindo em suas atitudes, já que o sistema carcerário é repleto de monotonia e inúmeras normas a serem seguidas.

No entanto, não há como evitar os efeitos da prisão para o recluso, ele será afetado psicologicamente, considerando praticamente impossível e inviável uma reabilitação do delinquente.

4.4 Problema Sexual nas Prisões

Outro fator de extrema relevância do encarceramento é o problema sexual, devendo-se observar que não há tanta busca para uma solução efetiva. A atividade sexual vem do instinto do homem, sendo muito difícil de ser controlada dentro do cárcere.

A reclusão conseqüentemente gera uma repressão do instinto sexual do indivíduo, sendo este um fator negativo. Cezar Roberto Bitencourt analisa que (2011, p. 206): “A abstinência sexual, além de não resolver nada, pode produzir transtornos na personalidade, especialmente aumentando a tensão nervosa”.

A abstinência sexual, se muito prolongada, pode causar transtornos, tornando o indivíduo um psicopata. No caso de homem, a aglomeração do sexo masculino pode acabar com a auto identificação.

O encarceramento pode acarretar na destruição da relação conjugal do recluso, pois o casal não terá sua privacidade, justificando os inúmeros divórcios.

Pode ocasionar também a homossexualidade, por meio de atos violentos ou até mesmo de relações consensuais, sendo uma prática comum dentro das prisões.

Isso acontece em razão das circunstâncias em que são submetidos e os reclusos “novatos” são os mais atingidos por este sistema. Contudo, essa experiência traumática poderá acarretar em problemas definitivos na sexualidade do indivíduo. Os reclusos mais antigos utilizam dos novos para satisfazer os seus instintos sexuais, sabendo que eles se submeteram calados a este sistema.

Como os outros fatores citados, o problema da sexualidade torna impossível a ressocialização, uma vez que desnatura um dos instintos fundamentais do homem.

4.4.1 Soluções para o problema sexual

Buscam-se variadas formas de solucionar o problema sexual nas prisões. Alguns acreditam que os exercícios físicos, trabalho ou esporte poderiam amenizar o problema, todavia, não é eficaz.

Houve a proposta da utilização de drogas, porém, não constitui uma resposta jurídica e muito menos moralista.

Cezar Roberto Bitencourt analisa o tema (2011, p. 215):

Efetivamente, a utilização de medicamentos não resolve o problema sexual prisional e também não pode converter-se em prática generalizada. Porém, há certos casos em que, com o consentimento prévio do interessado, justificar-se-ia sua utilização, garantindo-se, logicamente, o livre exercício da vontade do preso. Quando se trata, por exemplo, de alterações psicossomáticas que repercutem no desenvolvimento das relações sociais do recluso, se este solicitar a aplicação de um tratamento adequando, a negativa suporia contradição evidente com a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade.

Além da proposta de utilização de drogas, há também a possibilidade de saídas temporárias, no entanto, sua aplicação não é tão simples, clamando pelo cumprimento de alguns requisitos legais, não podendo ser concedida a todos os reclusos. É uma solução satisfatória, todavia, não beneficia a todos.

Uma solução mais comum é a visita íntima, que permite a entrada do esposo(a) ou companheiro(a) do recluso na prisão, por um tempo significativo. Ela se fundamenta na prevalência à unidade familiar e ao mesmo tempo satisfazer os desejos sexuais.

É uma forma satisfatória de resolver os problemas sexuais dentro da reclusão, todavia, aqueles que não possuem companheiros, esposas, esposos, não poderão receber visita íntima, identificando como uma forma discriminatória.

Outra solução é a prisão aberta, que Cezar Roberto Bitencourt aduz (2011, p. 222):

A prisão aberta é outra grande alternativa ao problema sexual carcerário, embora se reconheça que nem todos os prisioneiros podem cumprir pena em estabelecimento desse gênero. Ela não apenas resolve o problema sexual como permite a solução de outros graves inconvenientes que surgem na prisão tradicional, ante a ausência de limitações e deformações produzidas pelo isolamento.

Um dos maiores efeitos desse sistema é a relação permanente que o condenado tem com a sua família, extinguindo o problema sexual carcerário.

Por fim, outra saída para o problema sexual carcerário é a prisão mista, considerada uma das últimas tentativas para encontrar uma solução. Busca tornar o ambiente o mais parecido com a vida livre possível. Todavia, há poucas experiências realizadas, não podendo tomar como um resultado completamente eficaz.

4.5 Análise Etiológica da Conflitividade Carcerária

A sociedade só toma ciência da situação precária em que os carcerários encontram-se quando estes realizam os motins. Segundo fundamento de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 226):

O motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove os cidadãos, serve para lembrar à comunidade que o encarceramento do delinquente apenas posterga o problema. Ele rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere.

Vislumbra-se com o entendimento do doutrinador, que se os carcerários não realizassem os motins não obteriam a atenção da sociedade para a realidade em que eles se encontram.

Uma vez que a sociedade cria uma total indiferença e um muro entra os delinquentes, os isolando completamente. Entende-se que a violência não advém apenas dos sistemas carcerários, mas também da sociedade, a agressividade humana produz algo destrutivo, levando o indivíduo ao cárcere. Já que para estarem reclusos algum fator os contaminou anteriormente.

Bitencourt ainda complementa (2011, p. 229):

A esta altura, não interessam mais as reformas, o melhoramento das condições penitenciárias ou as simples reivindicações: o objetivo passa a ser a destruição total do sistema carcerário e da sociedade que o criou.

Conclui-se que não se almeja mais reformas nos sistemas penitenciários, podendo provocar conflitos e motins. Almeja-se agora que o sistema carcerário seja extinto junto com a sua sociedade criadora.

Além de que, as maiorias dos protestos realizados são consequência da péssima situação em que se encontram os sistemas penitenciários. Bitencourt numera as deficiências que podem ser encontradas nesses sistemas (2011, p. 230):

1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários.
2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas

condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos.

3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado.

Entende-se que os sistemas penitenciários não possuem estrutura suficiente para promover a ressocialização do recluso e muito menos para evitar os transtornos causados pelo isolamento total.

Os estabelecimentos carcerários apresentam situações extremamente precárias, celas com superlotação, uma alimentação deficiente, sem orçamento, o que acarreta em uma punição totalmente desumana e indigna para a pessoa humana.

5 SÚMULA VINCULANTE Nº 57 E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO DAS SANÇÕES PENAIS

No dia 09 de junho de 2016 foi aprovada depois de decorridos cinco anos de sua apresentação, a Súmula Vinculante nº 57, sistematizada pela Pastoral Carcerária Nacional e Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANAEDEF) e exposta pelo Defensor Público-Geral da União em 2011. A Súmula Vinculante 57 possui a seguinte redação:

O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução.

Todavia, a redação foi modificada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, argumentado que somente o indivíduo preso não poderá ser mantido em regime mais gravoso, no entanto, não identificará a consequência da pena em regime aberto ou domiciliar.

O intuito da Súmula Vinculante na época era beneficiar milhares de indivíduos reclusos, justificando a função de respeitar os direitos, já que estes se encontram em condições precárias ante a entidade Estatal.

Desse modo, antes de ser aprovada, a súmula vinculante causou diversos conflitos, onde aduziam, entre eles o Ministro Luis Roberto Barroso, que esta aplicação seria uma injustiça para aqueles que já se encontravam em regime semiaberto, pois estes possuem um direito a mais de ir ao regime aberto, do que aquele condenado que não ficou se quer um dia preso, mas por não possuir vaga no regime intermediário, iria direto para o regime aberto.

Em defesa da Súmula Vinculante n.º 57, o Dr. Fábio Tofic Simantob sustentou:

O ponto de inflexão, é o de que, este sujeito que estava em regime semiaberto, na situação, em regra dele, não há ilegalidade no cumprimento dessa pena, ele está cumprindo a pena no regime adequado, ou porque progrediu, ou porque foi condenado neste regime. Ao passo que, este sujeito que está solto, se for mandado para o regime fechado, estará sujeito a uma situação de clamorosa ilegalidade, mais grave até do que daquele sujeito que não ganha progressão, porque este sujeito está condenado no semiaberto, com trânsito em julgado, e nós estaremos mandando este sentenciado a cumprir pena no fechado, um regime não fixado na sentença, e não previsto, portanto, para aquela situação concreta.

Tofic convence que enviar o condenado há um regime a qual não foi sentenciado e, de maior gravidade, fere o princípio da ilegalidade, já que o indivíduo deve cumprir a pena a qual foi fixada na sentença. Por óbvio, houve uma criação aparente de injustiça, no entanto, não se deve aceitar uma ilegalidade para manter um equilíbrio entre as desigualdades.

Assim, muitos vão à defesa da aprovação da presente Súmula, uma vez que, de fato, cria uma enorme injustiça manter o sentenciado em regime fechado, sendo que foi sentenciado para um regime menos gravoso. Ao passo que, os presídios brasileiros se encontram em extrema precariedade, celas com superlotação e condições lamentáveis.

Com efeito, se esta condição fere o princípio da legalidade, que é um princípio fundamental, fere, portanto, a Constituição Federal, sendo ilícito e inconstitucional.

Ainda foi colocado em pauta a questão da economia processual, uma vez que foram impetrados inúmeros Habeas Corpus para resolver a questão da ausência de vagas em estabelecimentos para o cumprimento do regime semiaberto.

Destarte, pela aprovação da Súmula Vinculante n.º 57, nota-se que a maioria compreendeu a eficácia e o benefício que esta irá trazer ao Direito Penal.

6 CONCLUSÃO

As sanções penais, ao longo da sua história no mundo, foram evoluindo e tornando-se mais humana, na medida em que foram perdendo seu caráter cruel e isso não foi diferente no Brasil. As sanções penais no ordenamento jurídico brasileiro preocuparam-se com a dignidade da pessoa humana, vindo a constituir cláusula pétrea, prevista no artigo 5º de nossa Magna Carta, que descreve de forma taxativa a proibição de determinadas sanções.

Pode-se constatar, portanto, que, em relação a pena imposta pelo Estado, o Direito Penal sofreu grandes evoluções e suas sanções tornaram-se mais dignas e justas com o passar dos anos, preservando assim a dignidade do Ser Humano, que, por sua vez, não era observada em Códigos Criminais da Antiguidade.

Nesse processo evolutivo da dignidade aplicada as sanções penais, atribuem-se grande parcela aos princípios, não só para este instituto em si, mas para o direito como um todo, uma vez que constituem alicerces do direito, proporcionando base e estrutura para as normas e resolvendo as situações menos específicas, que não encontram titulação nas normas.

Ainda, nessa mesma linha de raciocínio, vale ressaltar a grande importância dos princípios que tratam sobre as penas sob a ótica da humanização que estas buscam alcançar. Observar-se a incessante procura do caráter humanístico da pena, ultrapassando e demonstrando que a pena tem por finalidade não só um caráter retributivo e de punição, mas também e principalmente apresenta um caráter de ressocialização, almejando a reintrodução do agente infrator no contexto social.

Dessa maneira, fica evidente que os princípios buscam delinear o rumo das sanções penais, guiando o caminho no qual o Direito Penal Pátrio deve percorrer, sempre cobijando uma pena coerente e justa, para que a verdadeira finalidade da sanção penal seja alcançada.

Porém, apesar de todos os nossos princípios basilares e não obstante todo o caráter humanístico explicitado em nossa Carta Maior, as sanções penais em nosso país estão muito distantes de alcançar seus objetivos e finalidades.

As espécies de sanções penais, criadas pelo legislador ordinário, apresentam diversas características e modos de aplicação, cada qual buscando atingir a sua finalidade para qual foi prevista.

A pena privativa de liberdade é a sanção mais grave prevista no ordenamento brasileiro, no qual o indivíduo é submetido a um isolamento prisional. É também a pena que mais recebe críticas, pois o indivíduo deveria ser submetido ao isolamento em um estabelecimento digno e com total estrutura para receber os reclusos, proporcionando assim a busca para sua ressocialização.

Contudo, a distância entre a teoria e a realidade do sistema prisional é colossal. O que se vê é um sistema penitenciário praticamente falido, com estabelecimentos carcerários em extrema precariedade e com população carcerária acima do limite máximo.

Diante dessa situação, o que se vislumbra é uma situação totalmente oposto a tudo que foi proposto pelas leis e princípios, sendo que ao invés da ressocialização a pena acarreta aos infratores problemas psicológicos, sexuais e sociológicos, criando sequelas definitivas em suas vidas e até mesmo na de seus familiares.

A Suprema Corte Brasileira buscou com a Súmula Vinculante nº 57, amenizar o problema da falta de vagas em regime semiaberto, em que os indivíduos cumpriam suas penas em regime mais gravoso, ou seja, fechado, mas fica evidente que essa é apenas uma solução rasteira, que apenas buscar diminuir uma das tantas injustiças ocasionadas pela má estrutura de nosso sistema prisional de forma geral.

Conclui-se, destarte, pela ineficácia das sanções penais impostas no ordenamento jurídico do Brasil, uma vez que não possuem condão de ressocialização do indivíduo e também de prevenção do fato criminoso.

Dessa maneira, o que se vislumbra como solução é uma verdadeira reestruturação do sistema brasileiro de aplicação de sanções penais, uma vez que o atual se mostra ultrapassado e ineficaz de cumprir uma de suas finalidades precípuas: a ressocialização. O Brasil possui base teórica para promover a almejada mudança, bastando, na prática, vontade política para que sejam desenvolvidas ações públicas preventivas que englobem as áreas da saúde, educação, cultura, urbanização de espaços públicos, cujo foco principal não esteja na repressão ao criminoso, mas sim na prevenção do ilícito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio-reclusão: direito dos presos e seus familiares**. São Paulo: LTr, 2007. 120 p. ISBN 978-85-361-1084-4

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. 215 p. ISBN 978-85-392-0113-6

BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). **Crime e sociedade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999-2003. 362 p. ISBN 85-7394-172-3

_____, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 387 p. ISBN 978-85-02-10328-3.

_____, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 352 p. ISBN 85-203-1162-8.

_____, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 249 p. ISBN 85-02-05498-8

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p.112.

CNBB – Pastoral Carcerária Nacional. **Após 5 anos, proposta de Súmula Vinculante nº 57 é aprovada pelo STF**, 2016. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/apos-5-anos-sumula-vinculante-57-e-aprovada-pelo-stf.html>> Acesso em: 20. Jul. 2016.

COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal (de 1940)**. São Paulo, Ed. Nacional, 1943. v. 1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). Salvador, BA: JusPODIVM, 2013. 540 p. ISBN 857761753X

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petropolis: Vozes, 2013. 291 p. ISBN 978-85-326-0508-5

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; BIANCHINI, Alice. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 669 p. (Direito penal ; 1) ISBN 978-85-203-3118-7

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1 : parte geral**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 809 p. ISBN 978-85-7626-743-0.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: volume 1 : parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 807 p. ISBN 978-85-02-21965-6.

_____, Damásio E. de. **Direito penal: volume 1 : parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 801 p. ISBN 978-85-02-10387-0.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003. 339 p. ISBN 85-362-0422-2

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal: volume 1** : parte geral. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. 467 p. ISBN 978-85-224-8768-4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal: volume 1** : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 301 p. (Coleção esquemas e sistemas). ISBN 978-85-203-4238-1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: volume 1** : parte geral. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 873 p. ISBN 978-85-203-4215-2.

SALIM, Alexandre. AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal**. 3ª Ed.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, v. 1, t.1, p. 506.

_____, Alberto. **Crimes Hediondos**, p.67.

SIMANTOB, Fábio Tofic. **Sustentação Oral no Supremo Tribunal Federal – Fábio Tofic**. 24.07.2015. Disponível em
:<<https://www.youtube.com/watch?v=jGtsTbaxxho>> Acesso em: 20. Ago. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n.7.209 de 11-07-1984 e a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p. ISBN 85-02-00785-8