

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EDMILSON PAULINO DA SILVA

TEORIA MISTA DA PENA: FUNDAMENTOS E EFICÁCIA

NATAL-RN

2014

EDMILSON PAULINO DA SILVA

TEORIA MISTA DA PENA: FUNDAMENTOS E EFICÁCIA

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Rio Grande do Norte como requisito parcial da colação de grau do curso de Direito, sob a orientação do Prof. Esp. José Hindemburgo de Castro Nogueira Filho.

NATAL-RN

2014

Edmilson Paulino da Silva

Teoria Mista da Pena: Fundamentos e Eficácia

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Rio Grande do Norte como requisito parcial da colação de grau do curso de Direito, sob a orientação do Prof. Esp. José Hindemburgo de Castro Nogueira Filho.

Rio Grande do Norte,

Natal, 2014.

Prof. Esp. José Hindemburgo de Castro Nogueira Filho
Universidade Estadual do Rio Grande do Norte

Prof. Valéria Maria Lacerda Rocha
Universidade Estadual do Rio Grande do Norte

Prof. Me. José Armando Ponte Dias Junior
Universidade Estadual do Rio Grande do Norte

____/____/____
Data de aprovação

RESUMO

Com as primeiras aglomerações humanas, surgiram os conflitos sociais. Nesse contexto houve a necessidade de criar mecanismos capazes de propiciar uma convivência pacífica entre os membros de cada grupo ou mesmo de fora dele. As bases normativas daquela época giravam em torno dos costumes e das tradições. As regras postas têm uma razão de ser, ou seja, dispõem de uma finalidade, que no caso em tela visava à manutenção da ordem entre os integrantes do grupo. O Brasil do período colonial ao império foi normatizado, no aspecto penal, respectivamente pelas ordenações do reino lusitano e pelo código criminal do império. Já no período republicano, passa a vigorar em 1º de janeiro de 1942, o atual Código Penal, que, além da reforma na parte geral, sofreu sucessivas complementações por legislações espaciais. A Constituição Federal de 88, disciplina em seu art. 5º, incisos XLVI, XLVII, as penas que são permitidas e proibidas respectivamente no ordenamento pátrio. No contexto do Direito Penal, a sanção torna-se alvo de muitos debates, em razão disso surgiram algumas teorias. Entre as teorias expostas temos as teorias absolutas, na qual se concebe a pena como algo que se limita em si mesma. As teorias relativas que advogam a idéia de prevenção e dividem-se em prevenção geral e especial. A teoria mista que aglutina elementos das teorias anteriores são adotadas pelo CPB nos termos do artigo 59, tendo como finalidade prevenir a prática de delitos e reprová-los quando consumados.

Palavras chave: Teoria; Pena; Eficácia

ABSTRACT

With the first human settlements social conflicts in this context there was a need to create mechanisms to foster peaceful coexistence between members of each group or even outside it emerged. The normative foundations of that time revolved around customs and traditions. The rules have put a reason, ie, have a purpose, which in the case in question was aimed at maintaining order among the group members. The Brazil's colonial period the empire is ruled in the criminal aspect, respectively by ordinances of the Lusitanian realm and the criminal code of the empire. You republican period, is effective on January 1, 1942, the current Criminal Code, which, besides the general part of the reform, conceded by successive additions espáças laws. The Federal Constitution of 88 discipline in his art. 5 °, items XLVI, XLVII, penalties that are allowed and prohibited respectively the paternal order. In the context of Criminal Law, the penalty becomes the subject of many debates, because some theories that have emerged. Among the theories we have exposed the absolute theories, in which one takes the punishment as something that is limited in itself. Theories on who advocate the idea of prevention and are divided into general and specific deterrence. Mixed theories coalesce elements of previous theories are adopted by CPB under Article 59, and aims to prevent the commission of offenses and reprove them when consummatedWhen consummated.

Keywords: Theory; Pena; effectiveness

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPB – Código Penal Brasileiro

CPM – Código Penal Militar

OIT – Organização Internacional do Trabalho

LEF – Lei de Execuções Penais

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

HC – Habeas Corpus

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

UF – Unidades da Federação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. HISTÓRICO DA PENA NO BRASIL	13
1.1 A Pena no Brasil Colônia.....	13
1.2 A Pena no Brasil Imperial.....	17
1.3 A Pena no Brasil República	20
1.3.1 O Código Penal de 1890.....	23
1.3.2 A Consolidação Das Leis Penais de 1932.....	26
1.4 A Constituição Federal de 88 e a Pena no Brasil.....	26
2. O CÓDIGO PENAL DE 1940	33
2.1 A Pena Privativa de Liberdade	34
2.2 A Pena Restritiva de Direito	38
2.3 A Pena de Multa	41
3. TEORIAS ABSOLUTAS E TEORIAS RELATIVAS	43
3.1 Teorias Absolutas	43
3.1.1 Contexto Histórico	43
3.1.2 Elementos Acerca da Retribuição (Teorias Absolutas).....	46
3.2 Teorias Relativas.....	50
3.2.1 Contexto Histórico	50
3.2.2 Elementos	51
3.2.3 Finalidade	55
4. TEORIAS MISTAS DA PENA	60
4.1 Elementos.....	60
5. ANÁLISE DA TEORIA MISTA DA PENA	64
5.1 Dados Relativos ao Número de Presos e Internados no Brasil no Período de Junho de 2006 a Dezembro de 2010	64
5.2 Finalidade da Teoria Mista da Pena.....	71

6. CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

Os relatos históricos da humanidade informam que o homem, em seus primórdios, passou a viver em pequenos grupos como forma de sobrevivência. Com essa coletividade surgiu os primeiros problemas sociais, então, entendeu-se que havia a necessidade de instituir regras, as quais teriam o escopo de ordenar o convívio daqueles respectivos integrantes.

As regras criadas pelos grupos pautavam-se em costumes e tradições, sendo que variava entre os grupos, porque não havia uma organização político-administrativa, conforme se verifica nos dias atuais.

Com a violação de uma das regras postas ao grupo, havia a necessidade de aplicar um castigo para o indivíduo violador da regra como uma forma de vingança.

Conforme os grupos humanos se desenvolviam, as fases de vingança foram modificando-se, sendo que existiram várias fases, sem que haja um registro preciso delas, vez que havia uma grande diversidade desses grupos.

No Brasil, no período colonial, as normas penais eram disciplinadas por meio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sendo esta última uma espécie de compilação das ordenações anteriores; elas admitiam penas cruéis e, até mesmo, a pena capital para casos específicos.

No período imperial, sob o advento das idéias liberais, houve uma reforma penal e foi criado o Código Criminal do Império, aprovado em 1830, o qual foi sofrendo sucessivas alterações.

Já no período republicano, passa a vigorar em 1º de janeiro de 1942 o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o atual Código Penal, que sofreu sucessivas mudanças e é complementado por legislações espaciais.

Tendo como base a sanção penal e buscando conferir-lhe eficácia surgiram algumas teorias, as quais têm fundamentos próprios e cada uma, a seu modo, busca uma explicação que possibilite justificar a imposição da pena.

Atualmente, nosso Código Penal adota a Teoria Mista como fundamento da pena. Esse fato se extrai da análise do Art. 59, do citado código, o qual aduz sobre a imposição da pena pelo magistrado que atenderá à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima; estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente, para prevenção e reprovação do crime.

Os elementos dessa teoria externam-se por meio dos aspectos preventivo e reprovativo; no primeiro aspecto, busca-se evitar o cometimento de novas infrações penais; enquanto no segundo, cuida-se da reprovação social pelo delito cometido.

O estudo em questão tem como escopo fazer uma análise do fundamento da Teoria Mista, verificando de forma crítica e aprofundada os elementos que a compõem, a partir de sua origem, finalidade e a real efetividade.

Num primeiro momento, será observado o histórico da pena no Brasil, desde sua origem até os dias atuais, sendo analisada a disposição constitucional da pena e a legislação ordinária sobre a matéria.

Em seguida, serão analisadas as teorias que serviram de base para a formulação da teoria mista, ou seja, as Teorias Absolutas e as Teorias Relativas, fazendo-se uma contextualização histórica, para que dessa conjugação seja possível uma compreensão adequada de seus fundamentos.

Com o passar dos anos, os costumes são alterados e determinados valores relativizados, pois, algo posto como relevante e aceito num determinado contexto histórico o deixa de ser, numa época futura ou até mesmo em nações diversas e em partes diferentes do globo terrestre, verifica-se tais mudanças.

O direito é um reflexo desses padrões sociais mutáveis, pois a sociedade já tem demonstrado em vários eventos sociais, ao longo da história humana, que não é estanque, por isso suas mudanças causam reflexos nas normas jurídicas.

Com o surgimento da globalização e das novas tecnologias da informação, a dinâmica social acelerou-se, possibilitando a superação de costumes e valores, anteriormente praticados, num curto espaço de tempo.

Para poder acompanhar essas constantes transformações sociais a ciência jurídica, também deve ser dinâmica, do contrário, não alcançaria sua finalidade, que é a pacificação social.

Para tanto, novas teorias também são criadas, superando as precedentes, nesse sentido as teorias absolutas (retribucionistas) da pena que foram superadas pelas Teorias subseqüentes, sendo que a ideia de retribuição não mais era suficiente para atender as novas demandas sociais, isso se verifica na intenção ressocializadora da pena, nos termos do Art. 1º da LEF (Lei de Execuções Penais) e nos elementos preventivos e reprovativos, dispostos no Art. 59, caput do CPB. Assim, rompe-se com a ideia de apenas retribuir o mal pelo mal.

Esse paradigma da prevenção adéqua-se aos novos conceitos sociais, ou seja, em virtude da correspondência da última teoria com o mundo dos fatos, possibilita-se sua utilização.

Por fim, será estudado, de forma criteriosa, a Teoria Mista da Pena adotada pelo Código Penal brasileiro e como resultado, buscar-se-á atestar sua eficácia, levantando-se números relativos às condenações penais no Brasil e, com apoio em tais, concluir-se pelo êxito ou não dos propósitos delineados pela teoria em estudo.

Essa ponderação é necessária, porque desde o surgimento do sistema da aplicação das sanções penais, ainda nos primórdios da coletividade humana e com a organização do conhecimento sobre o Direito Penal, muitos estudiosos do direito buscam formular teorias especializadas acerca desse ramo do direito, objetivando compreender a relação entre a imposição da pena e a pacificação social, realizando a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Sabe-se que a finalidade de qualquer ordenamento jurídico é garantir a ordem social, sem que haja o descumprimento das normas jurídicas, pois com a transgressão dessas normas ocorre, necessariamente, a violação do bem tutelado, legitimando-se o poder público aplicar uma sanção penal ao infrator por meio do “jus puniend”. Conforme entendimento legal, o direito à vida, que encontra inúmeros dispositivos jurídicos protecionistas, é considerado o bem mais precioso do homem.

A legislação ordinária reiterando a Lei Maior apresenta diversos dispositivos que protegem os bens mais relevantes da pessoa humana e, para que essa proteção seja efetivada, algumas condutas são tipificadas como criminosas.

O Direito Penal tem uma natureza subsidiária, essa afirmação infere-se do princípio da intervenção mínima, pois tal área do direito presta-se a tutelar os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, sendo, portanto, aplicado quando os outros ramos do direito não foram capazes ou suficientes para evitar a violação de tais bens.

A doutrina especializada não vacila em reconhecer que os tipos penais são compostos de dois preceitos, sendo o preceito primário inerente à conduta humana e o secundário intrínseco à sanção penal, conjugando uma ideia de causalidade.

A tipificação tem como finalidade descrever condutas, que por sua vez, protege os bens mais importantes para o homem e reprimi aquelas condutas consideradas criminosas.

Da análise do Art. 59, caput, do CP, parte final, os termos “prevenção e reprovação do crime” externam compatibilidade com as Teorias Mistadas da pena, vez que do primeiro

termo depreende-se a ideia de evitar o cometimento de novas infrações penais; enquanto o segundo cuida-se da reprovação social pelo delito cometido.

Para que se efetive a proteção supramencionada, o Direito Penal dispõe do instituto da pena, que se define como a sanção imposta pelo Estado contra a pessoa que praticou alguma infração penal, vale ressaltar que essa sanção presta-se aos agentes imputáveis, porque aos infratores tidos como inimputáveis, aplica-se as medidas de segurança.

As teorias da pena buscam, cada uma ao seu modo, justificar a violência imposta pelo Estado ao particular. Discute-se sobre qual corrente é a mais adequada ou mais completa, ao ponto de fornecer subsídios que gerem no meio social, elementos capazes de prevenir o cometimento de novos crimes e de reprová-los, quando já praticados, sem esquecer a intenção de ressocializar o apenado, nos termos do Art. 1º, caput da Lei de Execuções Penais.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas em admitir que a Teoria Mista da Pena é adotada pelo ordenamento pátrio, contudo, há questionamento acerca da real eficácia finalística que lhe compõe.

Alguns autores advogam a ideia no sentido de que a prevenção geral da pena faz do crime uma má propaganda para o sistema e, ao impor a pena, não leva em consideração o próprio infrator, e sim, a sociedade de uma forma geral, transmitindo uma ideia de exemplo negativo.

Tendo em vista a controvérsia levantada sobre a eficácia das Teorias Mistas da pena, faz-se oportuno buscar compreender a origem desse paradigma, analisando os elementos que o compõem; o contexto histórico no qual se estabeleceu e sua finalidade e eficácia, conforme dados estatísticos colhidos em órgãos oficiais.

Visto que dados divulgados no sítio do Ministério da Justiça e no CNJ (Conselho Nacional de Justiça) revelam que os crimes no Brasil estão aumentando de forma significativa, o que pode ser um indicativo da ineficácia da teoria em análise.

1. HISTÓRICO DA PENA NO BRASIL

1.1 A Pena no Brasil Colônia

No século XVI, por volta de 22 de abril de 1500, ocorreu à chegada dos portugueses ao Brasil, momento no qual se inaugura a fase pré-colonial. Durante tal fase, do descobrimento do Brasil até 1530, não houve povoamento das novas terras por parte da nação portuguesa, logo por essa razão surgiram alguns problemas para a metrópole lusitana.

Com a ausência de ocupação efetiva em tais terras por parte de Portugal, outros povos, como os holandeses, os ingleses e os franceses, invadiram o Brasil com o objetivo de conquistá-lo, pois essas três nações não reconheceram a legitimidade do Tratado de Tordesilhas, celebrado entre a Espanha e Portugal, o qual dividia o novo território entre as nações ibéricas. Então, diante dessas dificuldades, o rei de Portugal viu a necessidade de povoar o novo território, para que, dessa forma, evitasse novas invasões por partes de outras nações.

No ano de 1530, foi organizada uma expedição sob o comando de Martin Afonso de Souza, tendo como objetivo povoar o Brasil, expulsar os invasores, administrar a colônia e desenvolvê-la economicamente.

A economia da colônia era pautada basicamente na plantação de cana de açúcar, voltada para a exportação, sistema de plantation, no qual se conjugaram a monocultura nos latifúndios, com o trabalho escravo do negro africano, como força de trabalho, para satisfazer as necessidades do mercado europeu.

A sociedade colonial era marcada pela evidente distinção entre seus componentes, sendo que os senhores de engenho formavam a classe mais elevada da época, pois eram detentores dos poderes políticos e econômicos. Numa condição imediatamente inferior, havia uma classe pequena composta por trabalhadores livres e funcionários públicos, sendo que a base dessa sociedade era composta por escravos de origem africana.

A condição superior do senhor de engenho, associado aos mínimos poderes e direitos atribuídos às mulheres da época, possibilitou a composição de uma sociedade patriarcal.

No período de (1500 a 1530), fase do Brasil pré-colonial não se tem registro acerca de aplicações das Ordenações Afonsinas do reino português, as quais foram aprovadas, em 1446 na metrópole portuguesa, e que foram substituídas pelas ordenações Manuelinas em

1521. O Rei de Portugal da época conferiu amplos poderes ao seu capitão-mor Martin Afonso de Souza, para que tivesse autonomia na criação de leis de caráter administrativo e criminal.

Com esses poderes, o capitão-mor criou a estrutura judicial e para seu efetivo funcionamento, passou-as para os capitães-donatários, de modo que os juízes municipais julgavam os casos em primeira instância e o rei exercia a função de segundo grau ao apreciar os recursos ou as apelações. As disposições normativas vigentes no Brasil Colonial foram praticamente às mesmas aplicadas em Portugal.¹

No Brasil colonial, as ordenações afonsinas, vigentes em Portugal, não chegaram a ser aplicadas em face da ausência de organização administrativa nas terras tupiniquins, contudo estudiosos indicam que a real história das penas no Brasil começou com as ordenações supras, sendo essas ordenanças sucedidas pelas Ordenações Manuelinas publicadas em 1521 e que tiveram aplicação modesta, quando em 1603 foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, sendo estas aplicadas com todo o seu rigor até a vigência do código Penal do Império, de 1830.²

As Ordenações Filipinas de 1603 foram uma espécie de compilação de leis, que a tornava desprovida de originalidade por ser remanescente de várias legislações, na qual os seus cinco livros tratavam de assuntos diversos. Por conseguinte, da análise dessa obra percebe-se que, respectivamente, os temas estavam dispostos da seguinte forma: Direito Administrativo e Organização Judiciária; Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Processo Civil; Direito Civil e Direito Comercial e o quinto livro trazia as disposições inerentes ao Direito Penal e ao Processo Penal. Sobre o livro II, cabe pontuar uma característica relevante acerca dos direitos do Antigo Regime, vez que dispunha de tratamentos distintos, conforme as classes sociais (castas).³

¹SIRVINSKAS, Luis Paulo, Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p.37. “Era o capitão mor quem aplicava a justiça do Rei. Só se aplicavam as leis do Reino se não houvesse conflito com as cartas de doações e forais. Vê-se, pois, que as Ordenações do Reino eram aplicadas em caráter subsidiário no Brasil-Colônia”.

²MACIEL, José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas-considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 25 de Abr. 2014. Nos termos de suas lições “O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II”.

³MACIEL, José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas-considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 25 de Abr. 2014.

Ainda, cabem algumas outras ponderações sobre tais ordenações, pois são consideradas de excelente qualidade, do ponto de vista legal, em razão de sua elevada positividade aos olhos de alguns doutos do direito. Teve vigência de 1063 até 1830, sendo que seu livro quinto, por ter uma disciplina penal de caráter rígido, serviu de suporte à afirmação do poder monárquico; foi uma legislação ampla, bem detalhada, sendo de grande importância nas ações reais no contexto da colonização; seu conteúdo expresso em seus títulos e capítulos retratam bem o panorama social por meio da positivação legal.⁴

É de conhecimento pacífico entre os estudiosos da História do Direito que as Ordenações Filipinas foram exageradamente duras em sua punibilidade. Apesar de toda a rigidez, a metrópole portuguesa, não tinha como interesse maior a sua aplicabilidade na colônia, pois o real interesse era a atividade econômica, por meio da exploração das atividades agrícolas e extrativistas, tais como o plantio da cana de açúcar e a mineração do ouro.⁵

Ainda, quanto ao nível de crueldade relativa às penas nas Ordenações Filipinas, nesses mais de quinhentos anos, esse foi o período apontado como sendo o mais violento da história brasileira, pois, entre as possibilidades de castigos, havia pena de morte, açoites, lesão corporal, prisão cumprida nas galés, pena de degredo, etc. Aos silvícolas, aplicava-se a Lei de Talião, a composição e a expulsão da tribo.

O magistrado Fábio Bergamin Capela discorrendo sobre a Pseudo-evolução do Direito Penal e, ao tratar das Ordenações Filipinas, as considera como sendo irracionais do ponto de vista jurídico moderno, pois conforme seu entendimento as tipificações apresentavam um paradoxo em relação à ordem racional moderna, pois as considera como terroristas, vez que elencava inúmeras infrações e autores.⁶

O Livro Quinto das Ordenações Filipinas continha mais de cem títulos e entre eles, alguns merecem destaque especial por externar algumas peculiaridades como a já mencionada

⁴LARA, Silvia Hunold, Ordenações Filipinas-Livro V – Disponível em: <http://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=11152>. Acesso em 25 de Abr. 2014. Lecionando com maestria aduz “As Ordenações filipinas - o mais bem-feito e duradouro código legal português - foram promulgadas em 1603 por Filipe I, rei de Portugal, e ficaram em vigência até 1830.”

⁵MACIEL, José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas-considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 25 de Abr. 2014. “a aplicação do direito no vasto espaço territorial do Brasil-Colônia não fazia parte das preocupações portuguesas, já que o objetivo da Metrópole era principalmente assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros.”

⁶CAPELA, Fábio Bergamin. Pseudo-evolução do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2795>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

influência da Igreja Católica nesse ordenamento, a desproporção de suas medidas e os privilégios destinados as classes mais elevadas economicamente.

Assim, havia crime para os hereges e apóstatas; que arrenegam, ou blasfemam de Deus ou dos Santos; para os feiticeiros; os que dizem mal do Rei; os que entram em mosteiro, ou tiram freira, ou dormem com ela, ou a recolhe em casa; para o homem, que se vestir em trajes de mulher, ou mulher em trapos de homem, e dos que trazem máscaras; dos que imprimirem livros sem licença do rei, havia ainda, um tratamento quanto ao modo de prender os malfeitores e de que maneira prender os fidalgos, cavaleiros, e pessoas semelhantes.⁷

Quanto aos índios, verificou-se uma grande diversidade de tribos no período colonial e que havia graus distintos de evolução entre essas tribos, com isso lhes foram dispensados um tratamento diferenciado no aspecto jurídico, vez que há elementos que indicam a aplicação da vingança privada e a vingança coletiva no interior das tribos.⁸

Além disso, houve a aplicação de algumas normas positivadas, dentre elas, a lei de 10 de setembro de 1611, a provisão de 17 de outubro de 1653, o regimento de 14 de abril de 1865, e o regimento de 1º de abril de 1880. Contudo, existe divergência quanto a possível caracterização do Direito Penal nas tribos indígena⁹ e, defendendo tal possibilidade, José Henrique Pierangeli considera que havia tal direito na consciência dos índios embasadas nos costumes e nas tradições.

Ao tratar dos temas inerentes ao Direito, é comum a ausência de unanimidade, naquilo que se discute, logo, revelando seu posicionando, em sentido divergente de tal hipótese, temos René Ariel Dotti, juntamente com João Bernardino Gonzaga, os quais aduzem que não havia propriamente um Direito Penal, porque se tratava de algo muito rudimentar, singelo até, resumindo-se em apenas atuações vingativas de caráter individual ou de forma coletiva, em consequência dos danos produzidos por algum dos integrantes indígenas, fosse membro da tribo ou não.

⁷Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁸SIRVINSKAS, Luis Paulo, Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p.38. Waléria Garcelan Loma - respaldada nos ensinamentos de José Henrique Pierangeli e José da Silva Costa – esclarece ainda que havia tribos indígenas no Brasil em vários estágio de evolução, onde se pode detectar, através dos costumes, a aplicação da vingança privada, da vingança coletiva e da Lei de Talião.

⁹TASSE, Adel El, Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010, p.50. Em sua obra Teoria da Pena, levanta alguns pontos distintos entre os autores, supramencionado, assim valendo-se dos ensinamentos de Pierangeli, aduz: “Dessarte, o direito, como um todo, e também o direito penal, era encontrável na consciência dos índios, e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado”.transcrevendo René Ariel Dotti e João Bernardino Gonzaga ensina que: “sem a presença de qualquer elemento que permitisse afirmar, cientificamente, a existência de instituições de Direito Penal”.e não só expondo o entendimento desses dois últimos autores, Tasse esclarece por seu próprio entendimento, “Efetivamente não nos parece ter havido Direito Penal entre os índios brasileiros, mas, sim, um sistema de ações e reações punitivas bastante precárias, calcada nos costumes e que, embora possa ser comparada com instituições de Direito Penal, em nada influi em sua formação”.

1.2 A Pena no Brasil Imperial

O dia 7 de setembro de 1822 não simboliza apenas a independência do Brasil em relação à metrópole portuguesa, mas também, no contexto desse evento histórico, o país experimenta uma nova fase no aspecto jurídico, passando a chamar-se Império do Brasil.

O país foi conduzido pelos imperadores D.Pedro I (1822 a 1831) e D.Pedro II (1840 a 1889) sendo que houve o período regencial, o qual ocorreu entre os anos de 1831 e 1840.

As mudanças também ocorreram no contexto econômico, visto que houve não só o deslocamento da região produtora do nordeste para o sudeste, tendo como base o elevado desenvolvimento das plantações cafeeiras em detrimento das plantações de cana de açúcar e a exploração de minérios.

A produção de açúcar, que atingiu seu ápice produtivo em 1580, entrou em colapso nas últimas décadas do século XVII, em razão da concorrência com as colônias inglesas, francesas e holandesas no Caribe. A mineração surgiu em 1690, chegando ao século XVIII com a maior produção mundial de ouro.¹⁰

Com a superação desses importantes momentos econômicos para a colônia, surge um novo ciclo econômico, a produção de café, também baseada na mão de obra escrava. Essa cultura iniciou-se no século XIX na região sudeste, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais e alcançou maior expressão no Segundo Reinado. O sucesso dessa nova atividade econômica produziu um contexto favorável para a consolidação do Império do Brasil.

No aspecto social pouco mudou, pois o Brasil continuava a manter a antiga base rural e escravocrata, reflexo ainda da colônia, vez que o capital permanecia concentrado nas mãos de alguns poucos, enquanto a esmagadora maioria quando não fosse escrava, estava numa situação de miséria, disso reflete-se o seguinte: cerca de 4,5 milhões de pessoas, das quais 1/3 aproximadamente eram escravas.

¹⁰ABREU, Marcelo de Paiva, LAGO, Luiz Aranha Correa, A economia brasileira no Império, 1822-1889. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/td584.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014. Valendo-se dos ensinamentos de Morrisson, Barrandon e Morrisson 1999, p. 94, Pinto 1979, p. 114-117 e Morineau 1985, p. espõem: “A partir da década de 1580, o Brasil, colônia portuguesa, tornou-se o principal produtor mundial de açúcar, com base no trabalho de escravos africanos, posição que manteve até a segunda metade do século XVII. A colônia também produzia fumo, madeiras e couros. Nas últimas décadas do século, a concorrência de colônias inglesas, francesas e holandesas no Caribe prejudicou a economia açucareira do Brasil, que perdeu sua hegemonia, mas a descoberta de ouro nos anos 1690 resultou em nova fase de prosperidade para a colônia. No século XVIII, o Brasil foi o maior produtor mundial de ouro, com cerca de 40% do volume total produzido entre 1701 e 1800, com produção estimada entre 800 e 900 toneladas.”

Em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I sanciona o Código Criminal do Império, o qual entrou em vigor aos oito dias de janeiro de 1831, permanecendo vigente por 60 anos. Essa lei teve como base o projeto de Bernardo Pereira Vasconcelos, por tratar-se de um projeto com maior harmonia aos princípios humanitários que se desenvolviam na Europa.

A sociedade, ao longo dos anos, tem demonstrado não ser estanque, ou seja, encontra-se em constante evolução natural, situação considerada comum na antropologia, logo, desse fenômeno social, a exemplo da mutação social, impõe ao direito a sua necessária e reiterada adequação ao meio que disciplina, sob pena de torna-se arcaico ou inservível. Então, com o Código Criminal do Império não foi diferente, houve a necessidade de submetê-lo a sucessivas alterações no sentido de aperfeiçoá-lo.

Contudo, foi considerada uma boa legislação para a época, sendo considerado inovador, pois trazia elementos capazes de considerá-lo mais humano, apesar do paradoxo com a manutenção de algumas penas cruéis como já exposto anteriormente.

Pode-se alegar que foi uma lei atual em seu conteúdo e de cunho liberal em relação às Ordenações Filipinas, considerado um código autônomo e que influenciou as legislações que o sucederam. Pellegrini pontua que entre as nações modernas, consideradas civilizadas é apontado como sendo o melhor código de sua época.¹¹

Outro aspecto positivo dessa nova lei foi à observância aos princípios da legalidade e da irretroatividade do crime e da pena, pois não haveria crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique, como também, nenhum crime seria punido com penas, que não estivessem estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que houvesse discricionariedade do juízo.

Observando essa norma e tendo por base os ensinamentos de alguns doutrinadores, denotam-se elementos de retribuição na sua essência. Em seu corpo não havia divisão em parte geral nem especial, vez que continha trezentos e trezes artigos organizados da seguinte forma: Dos Crimes e das Penas art. 1º ao art. 67; dos crimes públicos art. 68 ao art. 178; dos crimes particulares art. 179 ao art. 275; dos crimes policiais art. 276 ao art. 313.

¹¹SIRVINSKAS, Luis Paulo, Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44. Ao expor Pellegrini, RT, 528/301, aduz que “Pode-se considerá-lo, entre as nações civilizadas, o melhor de seu tempo, ainda mesmo tomando-se como elemento comparativo os que de algum modo inspiraram” De fato, numa concepção mais atual, a legislação criminal do império mostrou-se bastante avançada para sua época, pois rompe com as amarras impostas pela religião católica e desprende-se das inspirações primitivas, nesse sentido Assim, nas suas palavras revela o: “avanço para a época, com a promulgação do Código Criminal de 1830, pois toda legislação penal estava fundada nos dogmas da Igreja Católica e nas legislações das sociedades primitivas. O legislador de 1830 acabou sendo influenciado pela obra de Beccaria, pelas idéias da revolução francesa e pelos demais códigos que surgiram na época, como por exemplo, o Projeto do Código português etc.”

A doutrina ao discorre acerca da estrutura do Código Criminal esclarece que se considera como parte geral aquela inerente às definições dos crimes e dos criminosos; às circunstâncias agravantes e atenuantes, da satisfação (reparação do dano), da qualidade das penas e do perdão e como parte especial considera os crimes contra a ordem pública, os crimes praticados pelos particulares e os crimes policiais (contravenções e pequenos delitos).¹²

Da manutenção de algumas penas cruéis, pontua-se entre essas: a pena de morte, pena de galés perpétua, prisão perpétua, banimento, o desterro e o degredo. Para cada uma dessas penas, quando da tentativa, não havendo imposta pena especial, seria punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos graus.

Logo, quando a pena fosse de morte, seria imposto ao culpado de tentativa no mesmo grau a de galés perpétuas. Caso fosse de galés perpétuas ou de prisão perpétua com trabalho, ou sem ele, seria imposto a pena de galés por vinte anos ou de prisão com trabalho ou sem ele por vinte anos. Para o caso do banimento, seria aplicada a pena de desterro para fora do Império por vinte anos.

Quando se trata de degredo ou desterro perpétuo, seria imposta a pena de degredo ou desterro por vinte anos. A pena de galés corresponde a sujeitar os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província, onde tiver sido cometido o delito á disposição do Governo.¹³

Ainda foram adotadas as penas corporais pela aplicação de açoites aos escravos, tais penas estavam previstas no Art. 60, do código supra, sendo que os açoites eram fixados na sentença; e o escravo não poderia levar por dia mais de cinqüenta.¹⁴

¹²SIRVINSKAS, Luis Paulo, Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43. Esse mestre pondera ao transcrever Eugenio Raúl Saffaroni e José Henrique Pierangeli que o Código Criminal do Império “apresenta um texto retributivo, ou seja, marcado pelo pensamento contratualista de seu tempo, ainda que apresente idéias de Bentham. Seu sistema de penas fixas, tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento francês da Revolução. Uma de suas mais importantes contribuições está na maneira como regular a multa, que era estabelecido de acordo com o sistema do dia-multa, com uma grande analogia com aquele que, no presente século, se conhece como sistema nórdico”.

¹³BRASIL, Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 5 de mai. 2014. Na exata disposição legal ocorria da seguinte forma, nos termos dos arts. 34 e 44 do Código Criminal do Império, respectivamente: “Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos”. e. “A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo”.

¹⁴BRASIL, Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 5 de mai. 2014. A literalidade da lei era da seguinte forma “O numero de açoites será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.”. Posteriormente tal dispositivo foi revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886).

Como fundamento justificante da imposição da pena capital, os doutos dão conta de que tal fato fazia-se necessário em razão de casos mais graves como, por exemplo, homicídio qualificado, latrocínio e insurreição; o modo de execução era o enforcamento. Nesse sentido, o Código Criminal do Império do Brasil a concretizava em seu art. 38. Quanto a essa forma de execução da pena capital, houve uma inovação relevante, qual seja a ausência de grandes platéias presenciando tal ato, como em momentos anteriores.¹⁵

1.3 A Pena no Brasil República

Ao longo da história humana, ocorreram inúmeros eventos de cunho político, em razão de conflitos entre as classes sociais, do antagonismo de interesses, do surgimento de novas ideologias ou até mesmo das crises econômicas; esses são alguns dos fatores que comumente fazem parte das motivações ensejadoras das mudanças no regime político ou de governo. Como exemplo de maior expressão, cita-se a Revolução Francesa, já comentada anteriormente.

No Brasil, a derrocada da monarquia foi antecedida de vários fatores, que possibilitaram a mudança na forma de governo. Dentre as circunstâncias desfavoráveis ao regime monárquico elenca-se a crise do próprio império, no qual havia um desgaste elevado do sistema monárquico que, associado à insatisfação de outros setores da população brasileira, foram suficientes para dar início à mudança. Os militares, religiosos, profissionais liberais, intelectuais e fazendeiros eram exemplo das classes descontentes com a monarquia. O exército lutava contra a corrupção dentro do governo monárquico, os membros da igreja católica não suportavam as intervenções do rei nos assuntos dela. A classe média composta por estudantes e profissionais liberais, mostrava-se propensa ao regime republicano, logo tornou-se opositora à monarquia brasileira; os fazendeiros conservadores que eram partidários

¹⁵FILHO, Luís Francisco Carvalho. Impunidade no Brasil – Colônia e Império. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200011&script=sci_arttext. Acesso em 5 de mai. 2014. Esclarece que a “incidência da pena de morte foi drasticamente reduzida (apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos), as execuções passaram a ser realizadas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos “eleitores” (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de “reconhecido bom senso e probidade”. Aliás, os argumentos para a manutenção da pena de morte no Código Criminal do Império, após intenso debate político, foi a própria escravidão e a necessidade de produzir exemplos”. O artigo 38 da Lei de 16 de dezembro de 1830, Código Criminal do Império, elencava a seguinte disposição: “Art. 38 A pena de morte será dada na forca.”

do regime real, mudaram sua concepção política após a abolição da escravatura em 1888, vez que sofreram perdas econômicas com a Abolição.

Além desses aspectos, ainda havia os progressistas brasileiros, contrariando o voto censitário, a falta de justiça social, a miséria, a limitação do ensino público que não atendia a população em sua totalidade e o elevado número de analfabetos no país.¹⁶

O Brasil, apesar de já desenvolver uma atividade industrial, ainda era um país essencialmente rural; sua economia pautava-se na produção de café para exportação, por conseguinte a crise econômica também foi mais uma das razões que favoreceram as aspirações republicanas.

O positivismo, surgido na França no século XIX, como corrente filosófica, que propagava ideias republicanas serviu de base teórica para as classes descontentes com a monarquia, tendo reflexos relevantes nesse momento da história brasileira.

A Proclamação da República ocorreu em 15 de novembro de 1889, liderada pelo Marechal Deodoro da Fonseca (governo provisório), que foi sucedido por outro militar, Floriano Peixoto. Em razão desses governos de origem militar, os primeiros anos dessa nova forma de governo foi denominado de República da Espada (1889 a 1894) e o período de 1889 a 1930 corresponde à chamada República Velha. Neste período, as elites agrárias mineiras, paulistas e cariocas dominaram o cenário político em razão do seu poder econômico.

Inserido nesse contexto, a primeira Constituição Republicana foi promulgada em 1891 e vigorou até 1932, na qual se estabeleceu o voto aberto, o regime presidencialista de governo, a exclusão do direito de votar das mulheres e dos analfabetos, como também se verificou um caráter oligárquico em seu texto, pois favorecia aos interesses das elites agrárias. Contudo, no texto dessa nova carta política havia duas importantes características, as quais expressavam a extinção do poder moderador e a separação entre o Estado e a Igreja católica.

¹⁶REY, Marcos, Causas da proclamação da República. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/causas_proclamacao_republica.htm. Acesso em 5 de mai. 2014. Aduz: “O exército não aceitava mais a corrupção dentro do governo monárquico (...), membros da Igreja Católica Brasileira também estavam descontentes com o governo de Dom Pedro II, pois havia muita interferência real nos assuntos religiosos. No Brasil, a classe média, estudantes e profissionais liberais, simpáticos ao regime republicano, passaram a fazer oposição à Monarquia brasileira. (...) descontentamento dos fazendeiros conservadores. Antes adeptos da Monarquia, estes agricultores retiraram o apoio político que davam à Monarquia após a abolição da escravatura em 1888. Estes fazendeiros eram proprietários de grandes quantidades de escravos e não receberam indenização do governo após a abolição. Os setores progressistas do Brasil eram contrários a uma série de situações mantidas pelo regime monárquico, tais como: voto censitário, falta de justiça social, miséria, ensino público para poucos, elevado índice de analfabetismo”. Rey ainda pondera o aumento do descontentamento da população brasileira foi agravada com a “Guerra do Paraguai, pois o Brasil recorreu aos empréstimos ingleses, aumentando assim a dívida externa” sobre o positivismo no Brasil, o nobre autor esclarece que os seus elementos eram favoráveis ao regime republicano e que teve uma relevante contribuição em oposição a monarquia. “A inscrição ‘Ordem e Progresso’ na bandeira brasileira, criada após a Proclamação da República, reflete a importância do Positivismo no processo republicano brasileiro.”

Em face dessa separação, o Estado brasileiro deixava de ter uma religião oficial no país, por conseguinte, sob a égide do artigo 72, § 7º da Constituição de 1891, nenhum culto ou igreja gozaria de subvenção oficial, nem teria relações de dependência ou aliança com o Governo Federal ou dos Estados, sendo que nas relações de representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicaria violação deste princípio.

A chave de toda a organização política, por meio do poder moderador, era delegada privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação, aplicava-se sobre a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos demais poderes políticos¹⁷.

Alguns estudiosos ao discorrerem sobre tal poder, ressaltam a preponderância em relação aos poderes legislativo, judiciário e executivo, pois tinham a finalidade de mediar possíveis conflitos entre esses últimos poderes, contudo os registros doutrinários indicam que a coroa lusitana foi a única a fazer uso desse quarto poder.¹⁸

O Poder Moderador possibilitava ao imperador proceder, amplamente, sobre vários assuntos de interesse da monarquia, entre os quais nomear senadores, convocar a assembleia geral extraordinariamente nos intervalos das sessões legislativas, sancionar os decretos, e resoluções da assembléia geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a assembléia geral e dissolver a câmara dos deputados, nomear e demitir livremente os ministros de Estado, suspender os magistrados nos casos de queixas contra os mesmos, perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença, conceder anistia em caso urgente.

No âmbito da legislação penal, houve a necessidade de fazer uma revisão, pois no país, em virtude das várias mudanças, entre elas, a Abolição da Escravatura, em 13 de maio de 1888, não se verificava mais uma correspondência entre a lei penal e o novo contexto socioeconômico, então de forma sucessiva adveio o Código Penal de 1890; em seguida a

¹⁷BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao24.htm. acesso em 5 de mai. 2014. Seu artigo 98 trazia a seguinte redação acerca do poder moderador: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”. artigo 72, § 7º da seguinte forma “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica violação deste princípio

¹⁸SANTIAGO, Emerson, Poder Moderador. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/poder-moderador/>. Acesso em 5 de mai.2014.(...) “um dos quatro poderes previstos pela Constituição Brasileira de 1824, onde a vontade expressa do imperador tinha preponderância sobre os outros três poderes comumente estabelecidos, legislativo, executivo e judiciário.”

Consolidação das Leis Penais de 1932, o Código Penal de 1940, o Código Penal de 1969 e a reforma da Parte Geral do Código de 1940.

1.3.1 O Código Penal de 1890

Após a Proclamação da República, foi criado, em caráter de urgência, um projeto de Código Penal, o qual foi submetido à análise de uma comissão, contudo sem uma discussão pública, foi aprovado por meio do Decreto n.º 847, em 11 de outubro de 1890.

Em razão da ausência da discussão pública, sobre tal projeto, houve muitas críticas, como também, em pouco tempo, surgiram alguns problemas, o que produziu a necessidade de algumas reformas.

Um fato interessante nessa nova lei é que teve vigência antes da Constituição Republicana, a qual entra em vigor só em 1891, fazendo com que tal código fosse revisado de forma mais intensa para poder ficar em consonância com a nova Carta Magna.

Esse diploma penal foi organizado em quatrocentos e doze artigos, distribuídos em quatro livros, os quais, respectivamente, tratavam dos crimes e das penas, dos crimes em espécie, das contravenções penais e das disposições gerais. Adotou-se a clássica divisão entre Parte Especial e Parte Geral. Aos olhos da doutrina, foi considerado o pior Código Penal da história do Brasil. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt leciona com maestria, quando aponta diversos problemas acerca desse código, pois dentre os aspectos negativos, esse mestre ressalta a circunstância de não haver equivalência ao contexto social da época, fato que pressupõe uma evidente desatualização em seu conteúdo legal, como também havia deficiência de ordem técnica e não externava o necessário grau de cientificidade, condição *sine qua non* para tal lei.¹⁹

Dentre outras observações negativas, o então Ministro da Justiça, Esmeraldino Bandeira, reconhecia que esse código havia tornado-se numa espécie “colcha de retalhos”, porque, já nascia desatualizado para o contexto social daquela época, então houve várias transformações, entre elas o Decreto n. 16.588, de 1924, que inseriu a suspensão condicional da pena e o Decreto n. 16.665, de 1924 que estabeleceu o livramento condicional.

¹⁹SIRVINSKAS, Luis Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45. Ao expor os ensinamentos de Bitencourt, transcreve: “os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, foram completamente ignorados.”

Apesar das opiniões divergentes acerca desse Código Penal de 1890, podem-se ressaltar alguns pontos positivos, conforme a concepção adotada, pois se verifica a ausência da pena de morte entre aquelas previstas em seu artigo 43. Dessa forma, aduz que as penas são: de prisão celular; banimento; reclusão; prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro e multa.

Ainda, observa-se que não há penas infamantes e as penas restritivas de liberdade eram temporárias; fato que pressupõe a ausência das penas de caráter perpétuo, sendo tal restritiva de liberdade não superior a trinta anos, como também não mais havia as penas de galés e de acoites. A pena de prisão “cellular” consistia numa pena com a imposição de trabalhos forçados para o condenado em estabelecimento prisional adequado, como as colônias agrícolas ou presídios militares.

Uma das formas de impor tal pena era em razão do não pagamento da pena de multa, pois a multa consistia no pagamento ao tesouro público federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma soma pecuniária, que era regulada conforme a capacidade do condenado de ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho, logo em razão de tal capacidade econômica ou na falta dela para pagar a multa ou caso não quisesse pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, seria convertida em prisão “cellular”.²⁰

A pena de reclusão consistia na privação da liberdade a ser cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares e estava disciplinada no artigo 47 do CP de 1980.

O banimento consistia numa forma de pena, na qual o condenado seria privado dos direitos de cidadão brasileiro e ficaria impossibilitado de habitar o país pelo tempo correspondente aos efeitos da condenação penal, ressaltando ainda que durante o período dos efeitos da condenação, caso o banido retornasse ao país que lhe impôs tal pena, haveria a

“O Código Penal de 1890 não possuía método científico, que na distribuição geral das figuras delituosas, que na distribuição destas entre si; sem técnica rigorosa e lacunosa em muitos pontos, parco daquilo que já tem tido entrada no direito positivo de povos cultos e resultado das elucubrações científicas, da observação atenta, com penalidade ineficaz, em geral, para proteção dos interesses individuais e sociais, o que encerrava de bom é, a mais das vezes, reprodução do anterior Código ou de leis especiais, e isso quando não os modificava ou alterava.

²⁰BRASIL, Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: em 05 de mai 2014. Nesses termos o Código Penal de 1980, em seus artigos 43, 44, 45, 48, 58 e 59 disciplinavam a imposição das penas da seguinte forma: **Art. 43.** As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inabilitação para exercer outro; h) multa.**Art. 44.** Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

imposição de uma nova pena, a qual seria a reclusão pelo tempo de trinta anos, estava disciplinado no artigo 46.²¹

A doutrina ensina que esse tipo de pena existiu desde os tempos primitivos, quando tal medida era adotada para excluir do grupo social aquele que de alguma forma produzisse ofensa a divindade estabelecida, quando fosse um membro da própria tribo que praticasse tal ato de ofensa a divindade.

No Brasil, no período colonial e no império, era estabelecido para o crime de lesa majestade, o que ensejava nas restrições aos direitos de nacionalidade.²²

Vale ressaltar que os menores de 21 anos dispunham de um tratamento diferenciado, em razão do qual havia a imposição de prisão disciplinar a ser cumprida em estabelecimentos industriais especiais e o seu disciplinamento estava contido no artigo 49.

A pena de perda de emprego importava necessariamente a de todos os serviços e vantagens, já a pena de suspensão do emprego privava o condenado de todos os seus empregos, durante o tempo da suspensão, no qual não poderá ser nomeado para outros, salvo sendo de eleição popular essas medidas estavam dispostas nos artigos 56 e 57 desse diploma penal.²³

Art. 45. A pena de prisão celllular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celllular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras: a) si não exceder de um anno, com isolamento celllular pela quinta parte de sua duração; b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia. **Art. 48.** A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agricolas, para esse fim destinadas, ou em presidios militares. **Art. 58.** A pena de multa consiste no pagamento ao Thesouro Publico Federal ou dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria, que será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho. **Art. 59.** Si o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, será convertida em prisão celllular, conforme se liquidar.

²¹BRASIL, Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: em 05 de mai 2014. Vejamos as disposições de alguns artigos inerente à disciplina das penas, logo temos o **Art. 46**, que tinha a seguinte redação: “O banimento privará o condemnado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os effectos da pena. O banido que voltar ao paiz será condemnado a reclusão até trinta annos, si antes não readquirir os direitos de cidadão”. **Art. 49.** A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos. **Art. 57.** A pena de suspensão do emprego privará o condemnado de todos os seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderá ser nomeado para outros, salvo sendo de eleição popular.

²²TASSE, Adel El. Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010, p. 93. Transcrevendo Maluf, Sahid “tal punição é conhecida como perda da paz”, ainda complementa fazendo em apertada síntese, uma contextualização histórica, aduz: “Esta pena foi adotada no Brasil pelas Ordenações do Reino de Portugal, durante a colonização e o império, para os crimes de lesa-majestade. Consistia em degredo, proscricção, desterro e privação dos direitos de nacionalidade. Sob qualquer forma, o indivíduo era excluído (banido) da convivência social”.

²³BRASIL, Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: em 05 de mai 2014. A literalidade da lei informa nos seguintes artigos: “**Art. 56.** A pena de perda de emprego importa necessariamente a de todos os serviços e vantagens. **Art. 57.** A pena de suspensão do emprego privará o condeMnado de todos os seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderá ser nomeado para outros, salvo sendo de eleição popular.”

1.3.2 A Consolidação Das Leis Penais de 1932

Tendo em vista as circunstâncias, nas quais o código anterior foi criado, ou seja, em caráter de urgência, sem uma devida discussão popular e vindo a ter vigência antes mesmo da Constituição, conforme expressado em momento anterior, fez com que o pressuposto lógico desse fato resultasse em inúmeras críticas e na sua inevitável necessidade de reforma, para que pudesse adequá-lo a Carta Política e as constantes evoluções sociais.

Em razão desse contexto, exposto em apertada síntese, foi promulgada em 1932 a Consolidação das Leis Penais do Desembargador Vicente Piragibe, tendo sido aprovada e adotada pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Tal consolidação surgiu em razão das várias leis esparsas.²⁴

Essa consolidação continha quatrocentos e dez artigos, divididos em quatro livros, vez que o Livro I tratava dos crimes e das penas, o livro II dos crimes em espécie, o livro III das contravenções em espécies e o livro IV que tratava das disposições gerais, a exemplo do código anterior manteve a clássica divisão em duas partes, a Parte Geral e a Parte Especial.

Apesar de ser uma compilação, na qual se conjugam várias leis, essas mostraram-se insuficientes para corresponder adequadamente as complexas necessidades sociais, surgindo em pouco tempo a necessidade de reformá-lo.

1.4 A Constituição Federal de 88 e a Pena no Brasil

A Carta Política vigente disciplina em seu art. 5º XLVI, quais as penas adotadas pelo país e no inciso XLVII estabelece aquelas que são proibidas, logo nos termos desses dispositivos constitucionais temos, respectivamente, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos, notando-se que essas

²⁴SIRVINSKAS, Luis Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46. Traz os ensinamentos de Galdino Siqueira e José Henrique Pierangeli alegando respectivamente: “Tal consolidação surgiu através de inúmeras leis, objetivando corrigir os defeitos do Código Penal para completá-lo ou ajustá-lo às novas condições”. “Essas leis esparsas foram sistematizadas pelo Desembargador Vicente Piragibe em um corpo de dispositivos, recebendo a denominação de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo Código penal do Brasil”. E nas sua própria palavras pontua aduzindo que: “Esse estatuto adotou os mesmos princípios do Código anterior, afastando as penas infamantes e limitando as penas privativas de liberdades em trinta anos (art. 44 da Consolidação das Leis Penais de 1932). Menos de três anos depois de sua entrada em vigor, fez-se necessário realizar a sua reforma, tendo em vista seus graves defeitos”.

são aquelas possíveis de serem aplicadas no ordenamento pátrio e, em sentido oposto, como sendo não permitidas, as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e por último as penas de conotação cruéis.²⁵

Os doutos do direito argumentam que, ao longo da história, houve a humanização da pena, pois a Constituição vigente, a exemplo das anteriores, materializa de forma expressa a exclusão de determinados tipos de penas, consoante o art. 5º, XLVII supra; tal fato compatibiliza-se com o pensamento mais atual em matéria constitucional. A humanização do Direito Constitucional teve início com a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, de Jefferson; mais tarde com a Declaração dos Direitos da França de 1789.

A Constituição brasileira monárquica de 1824 deu os primeiros passos no sentido de tal humanidade, quando aboliu as penas de açoites, a tortura, a marca de ferro quente. As demais Constituições Republicanas se encaminharam pela mesma vertente humanista, sendo que a primeira Constituição Republicana ainda aboliu as penas de galés, de banimento e de morte.

O outro documento constitucional de 1934 suprimiu as penas de confisco e de caráter perpétuo, mas admitiu a pena de morte em tempo de guerra com país estrangeiro. O diploma constitucional em 1988 admitiu as conquistas do direito penal constitucional, com ressalva da legislação militar.²⁶

É necessário fazer algumas considerações mais detalhadas sobre o conteúdo constitucional insculpido no art. 5º, XLVII e suas respectivas alíneas da atual Carta Política, pois nesse contexto, ainda existe a possibilidade da imposição da pena capital, contudo, apenas em situações excepcionais, como no caso de uma guerra declarada, que nos termos do artigo supra, alínea a, tal pena não será admitida, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, que na dicção deste dispositivo compete privativamente ao Presidente da República declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso

²⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 de mai de 2014. Nos termos do artigo 5º temos a seguinte redação no incisos 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;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. A literalidade do artigo Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional

²⁶TASSE, Adel El. Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010, p. 90-92 apud Ferreira, 1996, p. 135.

Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

Leciona o art. 84, XII da Carta Magna que compete privativamente ao Presidente da República conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.

Nesses termos, caso haja alguma condenação de um determinado sujeito pelo cometimento de um crime, cujo preceito secundário comine a pena capital, ainda há possibilidade para livrar-se da imposição de tal sanção, a qual ocorreria por meio do fuzilamento.

Esse modo, pelo qual haveria a execução do criminoso, está exposto na legislação castrense. Vale ressaltar que os delitos castrenses aqui discutidos e que tenham como consequência a pena capital, dá-se apenas no cenário de guerra declarado, conforme exposto anteriormente.

Por conseguinte, o artigo. 56, do Código Penal Militar aduz que a pena de morte é executada por fuzilamento, contudo, a sentença definitiva da condenação à morte será comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não poderá ser executada senão depois de sete dias após a comunicação.

Entre os crimes passíveis da aplicação da pena capital apontamos alguns, como exemplos: no crime de traição, que ocorre quando o nacional toma armas contra o Brasil ou Estado aliado ou presta serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil, para essa conduta impõe-se a pena de morte em grau máximo ou a reclusão de vinte anos em grau mínimo.

A covardia qualificada consiste em provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem. Em razão desse crime, impõe-se a pena de morte em grau máximo ou a reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

A fuga em presença do inimigo ocorre se o militar fugir ou incitar à fuga, logo, em face dessa conduta, enseja pena de morte, grau máximo ou em reclusão de vinte anos, grau mínimo. Por último, para finalizar nossos exemplos, elencamos a recusa de obediência ou oposição, ou seja, a insubordinação, que ocorre quando o militar pratica, em presença do inimigo, qualquer dos crimes definidos nos artigos. 163 e 164, os quais informam que recusar

obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução, ou mesmo opor-se às ordens da sentinela.²⁷

Existem inúmeras divergências acerca da necessidade da imposição da pena capital para os crimes comuns, ou seja, para os crimes que não são militares, pois tendo em vista a superexposição de fatos relativos ao cometimento de ilícitos penais pela mídia, faz surgir um furor no meio social, em razão do qual se produz uma sensação de que a pena capital seja a solução para inibir o crescimento da criminalidade.

Sobre esse contexto de violência e relação com a mídia, Luis Flávio Gomes ensina que ocorre a “mídiação dos fatos” ou “espetáculo midiático”; isso significa que a opinião pública julga o acusado sem qualquer dúvida, de forma incontestável, sendo que não importa se o suspeito seja culpado ou inocente, pois sempre será execrado.²⁸

O senso comum, entenda-se sociedade brasileira, discute de modo reiterado sobre a possibilidade do legislador estabelecer a pena capital para o país. Como regra, a motivação para tal aflição decorre do crescente aumento da violência, pois essa anomalia social não se limita apenas as classes menos favorecidas. A muito tempo, deixou as periferias dos bairros pobres e alcançou as áreas nobres das cidades, sejam pequenas, grandes ou médias, capital ou interior, não importa mais e nenhum muro eletrificado ou portão automatizado tem dado conta de conter tal avalanche do crime.

Contudo, os estudiosos distantes dessas aspirações populares, de certa forma, apontam para a impossibilidade da adoção de tal pena. Para tanto, invocam alguns argumentos, sendo o primeiro relativo ao direito à vida, o qual tem natureza de cláusula pétrea, o segundo argumento encontra arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁷BRASI, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 8 de mai de 2014. A literalidade da lei aduz: Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas fôrças armadas de nação em guerra contra o Brasil: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Art. 364. Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Fuga em presença do inimigo Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sôbre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever impôsto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave. Oposição a ordem de sentinela. Art. 164. Opor-se às ordens da sentinela: Pena - detenção, de seis meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁸GOMES, Luiz Flávio. Caso Isabella: processos midiáticos, prisões "imediáticas" - Luiz Flávio Gomes. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080509170150479&mode=print. Acesso em 12 de mai 2014. Esse autor aduz sobre o “julgamento popular e midiático também é imediato, sem demora. É um julgamento cheio de "certezas" peremptórias. O "eu acho" transforma-se prontamente em convicções inabaláveis Na era medieval (como nos demonstrou Foucault) o corpo do suspeito era sacrificado em praça pública (para servir de exemplo às demais pessoas). No processo penal midiático a execução pública é rápida e urbi et orbi (na cidade e no mundo). O suspeito pode ser inocente ou culpado (isso é irrelevante): ele sempre é execrado”.

Esses dois pontos são considerados princípios de grande amplitude, pois foram subscritos na Carta Universal de Direitos Humanos elaborada em 1948.

O direito à vida é um direito humano com natureza de cláusula pétrea, em razão dele houve a impossibilidade preventiva do legislador ordinário instituir pena de morte, no Brasil, como regra.

O Projeto de Emenda Constitucional nº 1/1988 buscava a inclusão da pena de morte como regra geral no Brasil, o que não foi possível devido ao artigo 60, § 4, inciso IV, da Constituição Federal, que leciona que não serão objeto de deliberação de emenda constitucional, os direitos e garantias individuais, que podem ser considerados cláusulas pétreas.²⁹

A pena de caráter perpétuo é outra possibilidade de pena não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme o art. 5º, XLVII, alínea b. Por tal tipo de pena, compreende-se como sendo aquela que perdura por toda a vida do apenado, quanto a tal longevidade aduz Tasse (2010) “ao se retirar do agente a esperança de voltar à liberdade, está-se decretando uma pena de morte espiritual. Excluir esta esperança é quase tão negativo como a pena de morte”.³⁰

A jurisprudência não vacila sobre tal garantia constitucional, por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça aduz, em face de remédio constitucional, a necessidade de fixar um limite para a duração da sanção penal, vez que se faz necessário afastar totalmente o caráter perpétuo da medida aplicada.³¹

O trabalho forçado consiste em reduzir alguém à condição análoga de escravo. Dessa forma, não apenas a Carta Magna de 88 o vedou à título de pena, como também, a legislação ordinária, buscando assegurar a não submissão do indivíduo a tal condição degradante; tipificou tal possibilidade como sendo criminosa e para assegurar sua real efetividade

²⁹AMARAL, Ariel Carneiro. Pena de morte. Disponível em: <http://carneiro.jusbrasil.com.br/artigos/111686526/pena-de-morte>. Acesso em 12 de mai 2014. Esse autor pontua da seguinte forma: Os supracitados princípios, são considerados universais, pela subscrição realizada na carta universal de direitos humanos elaborada em 1948. O direito a vida, é um direito humano, e sua aplicação não é intramurus. Com a aquisição de natureza pétrea, o direito a vida, projetou a impossibilidade, preventiva, do legislador ordinário instituir pena de morte no Brasil como regra. Como se sabe, o Projeto de Emenda Constitucional nº 1/1988, buscava a inclusão da pena de morte como regra geral no Brasil, o que não foi possível devido ao artigo 60, § 4, inciso IV, No campo internacional o Brasil é membro do Protocolo da Convenção Americana de Direitos Humanos Para a Abolição da Pena de Morte, e ratificou esse tratado em 1996. O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso na Constituição (...) art. 1º, inciso III. Este princípio objetiva garantir todos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, assegurando assim os direitos previstos na Lei Maior.

³⁰TASSE, Adel El. Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010. Transcrevendo Taddei, p. 17.

³¹Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6186234/habeas-corporus-hc-126738-rs-2009-00118647>. Acesso em 13 de mai de 2014.

cominou em seu preceito secundário a pena máxima em abstrato em oito anos de reclusão e multa, além da pena correspondente à violência.

Dessa forma, essa garantia encontra arrimo no artigo 149 do Código Penal que informa o seguinte: reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Nas precisas lições da Organização Internacional do Trabalho, o trabalho forçado é a coerção de uma pessoa para realizar certos tipos de trabalho e a imposição de uma penalidade, caso esse trabalho não seja feito, assim aduz a OIT.

O trabalho forçado tem várias facetas, de modo que obriga uma pessoa a realizar determinados trabalhos, aplicando castigos caso não o faça. Sendo que, tal forma de trabalho, tem afinidade com o tráfico de pessoas, que aumenta no mundo todo. Pode ocorrer de recrutamentos forçados; pode derivar de obrigações militares a civis; pode está relacionado com punições políticas, tendo como consequência a submissão a escravidão e o tráfico de escravos de tempos passados.³²

Sobre a pena de banimento, não discorreremos, tendo em vista já ter sido apreciada em momentos anteriores, contudo, é preciso alegar que além de sabermos que tal possibilidade de sanção penal encontra-se excluída entre as penas possíveis no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 5º, XLVII, alínea d, da CF, acrescenta-se que a recente hipótese de adoção do banimento foi suprimida pela Emenda Constitucional 11/78.

Por conseguinte, passamos a fazer algumas considerações sobre as penas cruéis, já sabendo da sua impossibilidade no contexto jurídico atual. O que vem a ser uma pena cruel

HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITE DE DURAÇÃO. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 5º, inciso XLII, alínea b, penas de caráter perpétuo e, sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção penal, deve-se fixar um limite para a sua duração. 2. 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. 3. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão do seu integral cumprimento. (STJ - HC: 126738 RS 2009/0011864-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2009)

³²Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/faq/p1.php. Acesso em 13 de mai de 2014. Que define “O trabalho forçado pode assumir várias formas. De forma concisa, é a coerção de uma pessoa para realizar certos tipos de trabalho e a imposição de uma penalidade caso esse trabalho não seja feito. O trabalho forçado pode estar relacionado com o tráfico de pessoas, que cresce rapidamente no mundo todo. Ele pode surgir de práticas abusivas de recrutamento que levam à escravidão por dívida; pode envolver a imposição de obrigações militares a civis; pode está ligada a práticas tradicionais; pode

numa perspectiva jurídica? Parece que se traduz na ideia de que o agente inflige à vítima desnecessário padecimento físico ou moral.

O Brasil é um país militante na defesa dos direitos humanos e, em razão dessa postura nacional, tornou-se signatário de vários tratados internacionais inerentes a tais direitos; em especial tornou-se adepto da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10.12.1948, a qual tem como escopo alcançar todos os povos da terra.

Dessa forma, materializando tais pretensões protetivas em favor dos povos, o art. 5º da respectiva declaração aduz que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”; redação similar encontramos no art. 5º inciso III da Carta Magna brasileira de 88 que leciona da seguinte forma: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.³³

Por fim, cabe ressaltar que a Lei 9. 455 de 07.04.1997 é a norma específica que disciplina, por meio de punições, a conduta daqueles que venham a constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informações, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; bem como de provocar ação ou omissão de natureza criminosas; ou ainda em razão de discriminação racial ou religiosa.

envolver a punições políticas através do trabalho forçado e, em alguns casos, pode adquirir as características da escravidão e o tráfico de escravos de tempos passados.”

³³TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

2. O CÓDIGO PENAL DE 1940

Em sete de dezembro de 1940, foi sancionado o novo Código Penal, o qual entrou em vigência em 1º de janeiro de 1942. Nesse período, a Carta Política vigente era de 1937. O contexto histórico em que houve a criação dessa nova legislação penal foi o do Estado Novo, expressão que corresponde a um determinado momento do governo de Getúlio Vargas, o qual governou o país de 1937 a 1945. Essa fase ficou marcada, do ponto de vista político, por um governo ditatorial

O projeto do Código Penal é de Alcântara Machado, contudo ao passar por uma revisão, numa comissão composta por vários doutos, entre ele Nelson Hungria e Viera Braga, entendeu-se que seria necessário efetuar algumas modificações, sendo que teve significativa influência do projeto de Sá Pereira e dos projetos de Códigos europeus.

Dentre os seus aspectos positivos elenca-se sua originalidade em relação às legislações alienígenas.³⁴

Esse Código Penal está organizado em duas partes: a especial (artigos 121 a 361), em vigor, vez que sua parte geral (artigos 1º a 120) foi reformada pela lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Quanto aos aspectos da reforma verifica-se que houve a inclusão das penas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviço a comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fins de semana.

Atualmente, o Código Penal, acrescido de algumas reformas pontuais e complementado por algumas legislações esparsas, tem em seu bojo a disposição das seguintes penas, conforme redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a pena de multa.

Dessa forma, o Código Penal Brasileiro em seu artigo 32 aduz :“dos tipos de penas, no qual fica estabelecido que as penas são: “I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”

³⁴SIRVINSKAS, Luis Paulo. Introdução ao Estudo do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47. Acerca dessas características pontua: “O projeto Alcântara Machado foi bastante modificado pela comissão dos notáveis, do qual se originou um novo Código. (...) O Código Penal, ora aprovado, teve influência do projeto de Sá Pereira e dos projetos de Códigos da Europa, especialmente do italiano e do suíço. Houve, contudo, muitos elogios ao Projeto Alcântara Machado, pois apresentava certa originalidade em relação aos códigos de outros países”. Ainda esclarece que “Tal reforma seguiu uma linha totalmente diferente dos códigos anteriores, afastando-se do caráter neo-idealista autoritário, inserindo-se um direito penal da culpabilidade. Todo sistema penal está fundado nos direitos humanos”.

2.1 A Pena Privativa de Liberdade

A pena privativa de liberdade afasta o criminoso do meio social, mediante sua segregação. Esse tipo de pena, como sanção principal, é relativamente recente nas legislações penais, pois ao longo da história sua aplicação ocorria de forma cautelar, a fim de possibilitar o julgamento e a aplicação da pena principal, que como já foi tratado anteriormente, em muitos dos casos, era a pena capital.³⁵

A privação da liberdade pode ocorrer por meio da reclusão, da detenção ou da prisão simples, sendo as duas primeiras as mais importantes; a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto e a detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.³⁶

Por regime fechado, compreende-se a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semi-aberto corresponde à execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; quanto ao regime aberto, consiste na execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

É importante destacar que a reclusão, em regime fechado, dar-se em razão da maior gravidade do delito praticado, ou seja, pena superior a oito anos.

Ainda é necessário discorrer um pouco mais sobre algumas peculiaridades dos regimes de penas previstos na legislação penal em vigor.

No regime fechado, sabe-se, além do que já foi exposto até então, que os locais de cumprimento deste regime ocorrem nas denominadas penitenciárias, lugares onde se aplicam maiores cautela com a segurança, no sentido de evitar fugas, como também existe uma disciplina mais rigorosa sobre os apenados, para possibilitar a manutenção da ordem interna.

Quanto ao regramento do regime mais gravoso, a respectiva lei material submete o condenado, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução, sendo esse procedimento considerado como algo moderno.

³⁵TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p.103. Esclarece que “Durante um longo período de tempo, até finais do século XVII a privação de liberdade se aplicava somente como medida cautelar, para reter os acusados até o julgamento e não como pena”.

³⁶BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014. A literalidade da lei dispõe da seguinte forma nos artigos seguintes: “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. a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.”

Nesse regime, é possível o trabalho do preso, sendo que fica sujeito ao trabalho no período diurno e ao isolamento durante o repouso noturno e será em comum dentro do estabelecimento prisional, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. As regras supracitadas estão dispostas no artigo 34 do CPB.³⁷

Passemos a falar do regime semi-aberto, que é uma espécie de regime intermediário entre aquele mais grave e o mais brando e destina-se aos condenados dispostos a cumprirem suas penas, vez que seu local de cumprimento não dispõe de um aparato de segurança complexo.

As regras desse regime consistem na sujeição do condenado ao trabalho em comum, durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e sendo admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Nesse sentido, é tido como intermediário, porque está mais próximo da liberdade, pois se concebe uma relativa capacidade no preparo do apenado para aceitar a sua condenação como necessária, pelo fato de ostentar a consciência de já que cometeu um crime e tem que pagar pelo erro cometido, contudo, ainda inexiste a integral aptidão para gozar das prerrogativas do regime aberto.

Temos uma distinção significativa entre a reclusão e a detenção, pois, na primeira, o cumprimento da pena será iniciado em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto na detenção cumpri-se apenas em regime semi-aberto ou aberto.

³⁷BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014. A letra da lei em sua literalidade disciplina o seguinte: “Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. Buscando da maior amplitude ao estudo acerca desse regime expomos um julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual denega-se ao paciente a concessão de Habeas Corpus em razão dos pressupostos válido da pena privativa de liberdade, em regime fechado, imposta. Dessa forma segue o seguinte julgado do STJ: “HABEAS CORPUS HC 278184 SP 2013/0326156-2 (STJ). Data de publicação: 21/10/2013. Ementa: Habeas Corpus. impetração substitutiva de recurso especial. impropriedade da via eleita. roubo circunstanciado. regime fechado. concreta fundamentação. circunstâncias judiciais desfavoráveis. ausência de ilegalidade patente. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Inexiste ilegalidade se a Corte estadual justificou adequadamente a fixação do regime fechado, haja vista "as circunstâncias em que os crimes foram praticados, em comparsaria - quatro eram os agentes, com emprego de arma de fogo, sendo uma das vítimas pessoa idosa, demonstram maior perigosidade por parte dos Apelados". Tal motivação revela-se concreta e autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso. 3. Writ não conhecido.”

Então, esse elemento que indica o modo como será iniciado o cumprimento da sanção penal é apontado como a maior diferença entre eles. Ainda sobre a reclusão é possível observar sua divisão em quatro fases.

A primeira delas ocorre no regime fechado, regulado pelo art. 34 do CPB, em seguida temos o regime semi-aberto e o aberto, figurando como as segundas e terceiras fases, respectivamente, regulamentadas pelos artigos. 35 e 36 do CPB e por fim a quarta fase que consiste no livramento condicional.³⁸

A detenção não admite o início do cumprimento da pena em regime fechado, sendo o regime semi-aberto o mais rigoroso, somente podendo o condenado, em crime de detenção, ingressar no regime fechado em hipótese de transferência.³⁹

Vejamos um julgado relativo à imposição do regime semi-aberto, nos termos do entendimento da jurisprudência pacífica, o Superior Tribunal de Justiça aduz, ainda que o quantum de pena fixado ao réu seja inferior a 4 anos, a natureza e as circunstância do caso recomenda o estabelecimento do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda.⁴⁰

O regime aberto é aquele mais brando, dentre os regimes adotados pelo Código Penal vigente e deve ser imposto aos apenados tidos como não perigosos ao convívio social, pois tal regime baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, logo o apenado trabalha fora do estabelecimento e sem vigilância, como também frequenta curso ou exerce

³⁸BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014. Regras do regime fechado Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. Regras do regime semi-aberto Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Regras do regime aberto Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

³⁹TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p 112.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+semi-aberto>. Acesso em 07 de mai 2014. Segue a literalidade do entendimento desse tribunal: “STJ - agravo regimental no agravo em recurso especial agrg no aresp 295009 mg 2013/00525-7 (STJ) data de publicação: 06/08/2013.

outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Tais disposições estão previstas no art. 36, parágrafos 1º e 2º do CPB.⁴¹

Reiterando as disposições supracitadas atinentes ao regime aberto, torna-se possível concluir que tal modo de cumprimento de pena deve ser imposto aos apenados que não apresentam ameaça a sociedade, ou seja, sem grau elevado de periculosidade e conscientes de sua responsabilidade, a ponto de não desejarem evadir-se de tal obrigação penal.

Os doutos entendem que há aspectos positivos nesse regime, tendo em vista que o condenado mantém-se em constante interação social com a população, pois em razão desta convivência o apenado fica distante da ociosidade e não permanece em contato com outros detentos de alta periculosidade.

Tendo como base o contexto das penitenciárias brasileiras com fugas, superlotação, problemas estruturais, etc, fazendo-se uma observação singela sobre a realidade carcerária do país, não é difícil concluir que o sistema penitenciário tem falhado em seu aspecto ressocializante, visto que, na maioria das vezes, os apenados são submetidos ao convívio indiscriminado com outros detentos de maior histórico no mundo do crime, logo esses criminosos já graduados nas práticas delituosas, atuam como uma espécie de mestres para os presos menos experientes que ainda tem alguma propensão a reinserção no meio social.

Nesse sentido, transcrevemos em nota um julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual discorre sobre as peculiaridades desse regime de cumprimento de pena.⁴²

Quanto à prisão simples, essa ocorre quando o apenado fica recolhido em cela de Delegacia de Polícia ou em cela especial do estabelecimento penitenciário, na qual inexiste a obrigatoriedade de submeter-se a disciplina penitenciária.

Nesse sentido, tal forma de prisão é considerada a mais branda das penas privativas de liberdade, além disso, ainda pode ser, na maioria dos casos, substituída pelas penas de multa ou pela restrição de direitos e é aplicada, em geral, nas contravenções penais.

⁴¹BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014. A literalidade da lei informa em seu “Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada”.

⁴²Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+aberto>. Acesso em 07 de mai 2014. O STJ ao julgar um Habeas Corpus sobre a condição do apenado para ingresso no regime aberto aduz sobre a questão da necessidade do trabalho da seguinte forma: “trabalho lícito. requisito. demonstração

Ainda sobre a prisão simples é importante mencionar o conteúdo legal encontrado no Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, o qual trata da Lei das Contravenções Penais, em que se verifica no art. 5º, inciso I, a prisão simples como uma de suas penas principais.

É importante ressaltar que, desse mesmo diploma complementando acerca da pena de prisão simples, esclarece que tal pena deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto, sendo tal disposição expressão da Lei nº 6.416, de 24.5.1977, que alterou a Lei das Contravenções Penais. Assim, o condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção, nunca podendo tal prisão ser superior a cinco anos, esse disciplinamento encontra-se materializado nos artigos 6º e 10, da respectiva norma das contravenções penais.⁴³

A jurisprudência não vacila ao tratar das disposições inerentes a imputação da contravenção penal e da conseqüente aplicação da pena de prisão simples.⁴⁴

2.2 A Pena Restritiva de Direito

Essa sanção penal consiste numa alternativa a imposição das penas privativas de liberdade e encontra-se materializada no artigo 43 do Código Penal e tem-se como

prazo razoável. concessão. possibilidade. 1. a decisão do juízo da execução de facultar ao apenado, dentro de 90 dias da concessão da progressão ao regime aberto, a comprovação de ter obtido um emprego lícito, é a interpretação do art. 114 da lep que se coaduna com a realidade da população carcerária do país e, pois, é a que mais dá efetividade ao dispositivo. 2. a experiência mostra que, estando a pessoa presa, raramente ela tem condições de, desde logo, ao fazer o pedido, demonstrar o trabalho com carteira assinada. Normalmente, então, como o fez corretamente, na espécie, o magistrado de primeiro grau, concede-se um prazo para que o apenado possa, em regime aberto, obter um trabalho e apresentar este comprovante. 3. Ordem concedida para manter a decisão do juiz que promoveu o paciente ao regime aberto”.

⁴³BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm acesso em 08 de mai de 2014. A literalidade dessa norma aduz no “Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. § 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção”. E no “Art. 10. A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos, nem a importância das multas ultrapassar cinquenta contos”.

⁴⁴Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pena+de+pris%C3%A3o+simples>. Acesso em 07 de mai 2014. TJ-DF - apj : 1217340220078070001 df 0121734-02.2007.807.0001 data de publicação: 28/05/2009. Ementa: Penal - Contravenção Penal - posse de chave 'mixa' - reincidência - condenação em pena de prisão simples e multa - absolvição incabível. 1. comprovada a autoria e materialidade da contravenção penal, resta configurada a infração penal em espécie. 2. tendo em vista que o apelante foi condenado às sanções previstas no art. 25 do decreto-lei 3.688 /41, por trazer consigo instrumento hábil à prática de crime de furto, sem a devida prova de sua destinação legítima, em atitude

possibilidade a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Essas penas são autônomas e substituem as privativas de liberdade, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos e o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; o crime seja culposo; o réu não seja reincidente em crime doloso; como também, quando 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.⁴⁵

Fabiano Oldoni, desenvolvendo sua argumentação sobre a pena restritiva de direito, ressalta o caráter substitutivo dessa espécie de sanção penal e o respectivo contexto de crise no sistema penitenciário.⁴⁶ A mudança proferida nas penas restritivas de direitos ocorreu num cenário, no qual tinha como pano de fundo a crise do sistema prisional, tendo como pilastra essencial a superlotação, além de produzir uma espécie de segunda chance para os criminosos tidos como eventuais, ou seja, de menor grau de risco social e com possibilidades reais de não mais reincidirem em condutas criminosas, para que, dessa forma, não fossem encarcerados, misturando-se com delinquentes de nível criminal mais evoluído.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas nas entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo que tal imposição ocorre quando a condenação for superior a seis meses de privação da liberdade.

suspeita, juntamente com outras pessoas, em estacionamento onde tentava abrir alguns veículos, e já tendo sido condenado pela prática de furto e roubo, com sentença transitada em julgado, correta a aplicação de pena privativa de liberdade. 3. não há que se falar em contradição nos depoimentos prestados por policiais que realizam o flagrante, quando unânimes e convergentes e em sintonia com as demais provas colhidas nos autos. 4. incabível, desta forma, a pretensão absolutória, se do conjunto probatório pode-se concluir como certa e indubitosa a imputação feita. 5. sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 82, § 5º, da lei 9.099/95. 6. recurso conhecido e improvido”.

⁴⁵BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014. Informa o “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana. 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”.

⁴⁶OLDONI, Fabiano. Pena restritiva de direito mais gravosa que a privativa de liberdade. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3220>>. Acesso em: 11 mai 2014.

A jurisprudência revela que o termo inicial do cumprimento dessa pena ocorre na data do efetivo comparecimento do apenado na instituição assistencial, designada pelo Juízo da Execução para o desempenho de suas atividades.⁴⁷

Apesar de não ser alvo do presente estudo, parece ser relevante expor um aspecto doutrinário de Damásio de Jesus que desenvolve um entendimento bastante peculiar acerca da possibilidade da pena de prestação de serviços à comunidade ser cumprida em empresa privada com fins lucrativos, dando uma interpretação mais ampla ao dispositivo legal, pois conforme a cognição desse douto a expressão outros estabelecimentos contida no final do §2º, art. 46 do CPB, configura um rol exemplificativo, no qual possibilita ao juízo da execução apreciar a melhor forma de cumprir o trabalho e designá-lo.⁴⁸

A Interdição temporária de direitos consiste na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; na proibição de freqüentar determinados lugares na proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público. Essa disposição legal encontra-se materializada no artigo 47 do Código Penal Brasileiro.

A Limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, sendo que nesse período poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Sobre essa limitação ocorre a impossibilidade, em muitos casos, do seu efetivo cumprimento nas casas de albergue, situação na qual a jurisprudência tem se manifestado na possibilidade de que seu cumprimento seja no domicílio do apenado. Dessa forma, o Tribunal

⁴⁷Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23362401/agravo-em-execucao-penal-agepn-2973-mg-0002973-7720124013803-trf1>. Acesso em: 12 de mai de 2014. Esse julgado esclarece que: “Processual Penal. Agravo em Execução. Cumprimento da pena restritiva de direitos. prestação de serviços à comunidade. termo inicial. 1. O termo inicial do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade é a data do efetivo comparecimento do apenado na instituição assistencial, designada pelo juízo da execução para o desempenho de suas atividades. Precedentes do superior tribunal de justiça. 2. Agravo em execução a que se nega provimento. (TRF-1 - agepn: 2973 mg 0002973-77.2012.4.01.3803, relator: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, data de julgamento: 27/05/2013, terceira turma, data de publicação: e-djf1 p.425 de 14/06/2013)”.

⁴⁸JESUS, Damásio E. de. Pena de prestação de serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1679, 5 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10910>>. Acesso em: 12 de mai 2014. Na concepção desse autor: “Nada impede que se destine um apenado a prestar serviços em programas sociais desenvolvidos por entidades privadas. Pode ser um hospital, rede de ensino ou, até mesmo, estabelecimento de grande porte. A circunstância de as entidades privadas obterem lucros em sua cadeia de produção não as impede de promover programas assistenciais para melhorar a vida de uma comunidade, do meio ambiente ou de uma favela”.

de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar um agravo em execução relativo ao cumprimento da pena de limitação de fim de semana na residência do apenado, reconheceu tal possibilidade, pois ao constatar a ausência de casa de albergado na comarca, onde o apenado deveria cumprir a pena de limitação de fim de semana, manteve a decisão de primeiro grau, mantendo a sentença que possibilitou a utilização da residência do apenado para cumprir tal sanção.⁴⁹

2.3 A Pena de Multa

Essa pena consiste na fixação pelo juiz de um valor pecuniário a ser pago ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo que o mínimo será de 10 (dez) e, no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, o valor do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

Após o trânsito em julgado, o condenado tem dez dias para efetuar o pagamento do valor correspondente na condenação, normatizado pelos artigos 58-59 do CPB.

A Lei das Contravenções Penais também dispõe da pena de multa, sendo encontrada no artigo 5º, inciso II. Essa lei informa que a multa converte-se em prisão simples, de acordo com o que dispõe o Código Penal sobre a conversão de multa em detenção. Contudo, se a multa é a única pena cominada, a conversão em prisão simples se faz entre os limites de quinze dias e três meses; é a disposição do artigo 9º e seu parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.

A pena de multa, apesar de seu caráter pecuniário, pressupõe a ideia de capacidade econômica para que seja possível sua aplicação, contudo a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que não é possível afastar tal aplicação sob o argumento de que o réu é pobre,

⁴⁹Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca? q=%28Agravo+ N%C2%BA+70044870376%2C+Quinta+C%C3%A2mara+Criminal%2C+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+do+RS%2C+Relator%3A+Genac%C3%A9ia+d+a+Silva+Alberton%2C+Julgado+em+25%2F04%2F2012%29>. Acesso em 12 de mai de 2014. O julgado tem a seguinte ementa: “AGRAVO EM EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA NA RESIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. Considerando a ausência de casa de albergado na Comarca, cabível que o apenado cumpra a pena de limitação de fim de semana na residência (art. 47, inc. IV, do Código Penal). Decisão mantida. AGRAVO IMPROVIDO. (Agravo Nº 70044870376, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 25/04/2012)(TJ-RS - AGV: 70044870376 RS , Relator: Genacéia da Silva Alberton, Data de Julgamento: 25/04/2012, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/05/2012).”

pois consoante o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, Primeira Câmara Criminal, não há previsão legal para se afastar a imposição da pena de multa em face da hipossuficiência econômica do réu.⁵⁰

⁵⁰Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+N%C2%BA+70052409752+Primeira+C%C3%A2mara+Criminal>. Acesso em 12 de mai de 2014. O julgado aduz: “APELAÇÃO-CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. TIPICIDADE. COGÊNCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA, AINDA QUE RÉU POBRE. PREVISÃO LEGAL. 1. O réu foi condenado à pena de multa fixada em 10 dias-multa, no valor mínimo, incurso nas sanções do art. 147 do CP. A defesa postula a absolvição, alegando insuficiência de provas e sustentando que o acusado estava sob efeito de substância entorpecente, o que impede a presença do exigido ânimo calmo e refletido. Por fim, pugnou pelo afastamento da condenação à pena pecuniária, prequestionando a violação ao disposto no art. 5º, inc. XLV, da CF. 2. O crime de ameaça é formal, consumando-se, independentemente de resultado, desde que provado o temor da vítima. 3. A palavra da vítima assume especial relevância nos crimes de violência doméstica, ainda mais quando ancorada em outros elementos de convicção. Precedentes. 4. A embriaguez voluntária e ausência de ânimo calmo não excluem a tipicidade do crime de ameaça. 5. A aplicação da pena pecuniária é cogente, sendo inafastável a sua aplicação, ainda que réu seja pobre. Não há previsão legal da sua dispensa. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70052409752, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 10/04/2013) (TJ-RS - ACR: 70052409752 RS , Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 10/04/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/05/2013).”

3. TEORIAS ABSOLUTAS E TEORIAS RELATIVAS

3.1 Teorias Absolutas

3.1.1 Contexto Histórico

A Europa, em especial a França do Século XVIII, vivia uma situação complexa, onde eventos econômicos e ideológicos foram fundamentais para mudar o cenário daquela época. Esse país vivia sob a monarquia absolutista, onde o rei tinha poderes absolutos. Dessa forma, controlava a economia, a justiça e a política.

A França era um país agrário e nesse meio os sucessivos fracassos na produção agrícola provocaram o êxodo rural, fazendo surgir uma grande massa de miseráveis na área urbana, contudo, apesar dessa grave crise, surgia uma nova classe em ascensão, a burguesia, que se baseava na atividade mercantil, entretanto havia um contexto desfavorável ao melhor desenvolvimento burguês, ou seja, a falta de políticas públicas, conjugadas a elevada carga tributária, eram empecilhos ao crescimento comercial. Logo, estavam insatisfeitos com a administração monárquica, os camponeses e a burguesia, ou seja, em geral o terceiro Estado, sendo que a burguesia passava a ser detentora de elevado poder econômico.

A sociedade francesa estava dividida em três Estados, sendo o primeiro e segundo compostos pelos membros da igreja e pela nobreza; esses ocupavam o topo da pirâmide social, a nobreza era constituída pela realeza e familiares, duques, marqueses etc. e, finalmente, o terceiro Estado que aglutinava os camponeses, a burguesia e demais trabalhadores, esta era a única classe que pagava tributo, enquanto as duas primeiras gozavam de isenções fiscais e usufruíam de vários privilégios⁵¹.

Diante desse contexto, os ideais da ilustração encontraram campo fértil para proliferar-se, assim os preceitos difundidos pelo Iluminismo serviram de base para os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa.

⁵¹MELLO, Vico Denis S. de, a. DONATO, Manuella Riane a. O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. Disponível em: <http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>. Acesso em 13 de mai de 2014Disponível em: aduz que “os números de representados referentes a cada ordem e a disparidade destes na realidade social francesa. Assim, o Primeiro Estado – formado pelo clero –, representava 80.400 eclesiásticos. Já o Segundo – formado pela nobreza –,

O Iluminismo que é concebido como um movimento baseado na utilização da ciência e da razão, sendo contrário ao absolutismo e a visão teocêntrica da Idade Média, vez que defendiam o antropocentrismo, ou seja, o homem como centro do universo, passando a buscar respostas de natureza científicas até então oferecidas apenas pela religião.

A ilustração teve como maiores expoentes os filósofos: Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Locke e Diderot, apesar de tal movimento ideológico ter se iniciado no século XVII, alcançou maior notoriedade no Século XVIII, o qual ficou conhecido como Século das Luzes, quando suas ideias influenciaram a revolução das colônias inglesas e a Revolução Francesa.

Não só a Revolução Francesa, mas também os princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que se transformaram em dogmas constitucionais contra o absolutismo e o arbítrio conjugados a todas as conquistas liberais, possibilitaram sucessivas mudanças no âmbito das penas.

Acerca dessas mudanças, ocorridas no contexto penal, Marques ressalta sobre as conquistas liberais, quando pontua que em função delas houve conseqüências no âmbito penal. Em decorrência de tais conquistas, deveria a sociedade encontrar meios humanitários e justos de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e a sanção.⁵²

“Com o fim do Absolutismo, as sanções, por via de conseqüência, perdem a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade.”⁵³ O delinqüente, nesse contexto, passa a ser transgressor do contrato social e, ao infringir as normas, passava a violar a própria sociedade sendo inimigo desta.

Como já afirmado outrora, quando se discutia acerca das ordenações do reino lusitano, as penas tinham um reflexo religioso, conforme se extrai da análise do Livro V, das Ordenações Filipinas, então diante do novo contexto, da ilustração, as penas perdem tal caráter.

tinham na sua base 110.000 nobres. Por último, o Terceiro detinha entre 25 a 26 milhões de pessoas na nação – abarcadas em sua amplitude por camponeses, pequenos burgueses e artesãos.”

⁵²MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 79.

⁵³MELLO, Vico Denis S. de. DONATO, Manuella Riane a. O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. Disponível em: <http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>. Acesso em 13 de mai de 2014. Transcrevendo (ALTHUSSER, 1977. BOBBIO, 2005. BONAVIDES, 2001.) lecionam sobre o pensamento iluminista da seguinte forma: “O pensamento iluminista tem como fundamentos a crença no poder da razão humana de compreender nossa verdadeira natureza e de ser consciente de nossas circunstâncias. O homem, então, creía ser o detentor de seu próprio destino, formulando o racionalismo e contrariando as imposições de caráter religioso, sua “razão” divina de existir, e os privilégios dados à nobreza e ao clero – ainda predominantes à época (séculos XVII e XVIII). A preocupação com a ciência se originou do projeto de se fazer com que todo conhecimento fosse seguro. Seu bastião, René Descartes (1596-1650)³, propugnava a busca por proposições das quais não se pudesse duvidar, questionando o “método antigo” de costumes falsidade de um objeto, não o teria preliminarmente como falso, negando a dúvida e aquele que se propunha a negar, até que se eliminassem todas as dúvidas⁵.”

A preponderância da racionalidade sobre as questões de caráter espiritual, por influência dos teóricos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios.

As leis penais e as punições teriam então de passar pelo crivo da racionalidade em interesse da sociedade, afastando-se das justificativas metafísicas ou teológicas.

Cesare Beccaria, no âmbito da ilustração, mostrou-se contrário as penas cruéis e de morte, insurgindo-se contra as injustiças do Absolutismo do século XVIII; foi o autor da obra *Dos delitos e das penas*, publicada em 1764, que é entendida como sendo a base para as teorias da Escola Clássica do Direito Penal.⁵⁴

Em razão da importância da obra *Dos delitos e das penas* para o cenário do Direito Penal, é de suma importância fazer algumas ponderações sobre tal obra, pois em razão dos seus ensinamentos, decorreram as bases para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também foram fontes, essenciais, de sustentação das teorias da Escola Clássica.⁵⁵

Revelando-se contrário aos ensinamentos do livro de Beccaria, na Itália, houve a oposição do frade de Veneza, Ferdinando Facchinet, para quem tal obra representava um risco enorme às condições normais da ordem. Nesse sentido, pontua Marques, citando Venturi, que o frade enxergava negatividade para o futuro se as antigas bases da sociedade fossem substituídas, assim a tortura; a inquisição, a pena de morte, a autoridade indiscutível das antigas leis, o respeito pelos juízes e pelos tribunais poderiam sucumbir.

Essa obra era entendida como subversiva contra os legisladores e contra os príncipes, tanto eclesiásticos quanto seculares e, especialmente, contra o Sagrado Tribunal de Inquisição.

Tal obra “contém todos os maiores erros e sediciosas blasfêmias jamais formuladas contra a soberania e contra a religião cristã pelos mais ímpios hereges e por todos os

⁵⁴HORTA, Ana Célia Couto *Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344. Acesso em 16 de mai de 2014 tecendo algumas ponderações sobre esse mestre aduz “O que pretendeu Beccaria não foi certamente fazer obra de ciência, mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloqüente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal. (...) falou claro diante dos poderosos, em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão das normas penais com religião, moral, superstições, ousando construir um Direito Penal sobre bases humanas, traçar fronteiras à autoridade do príncipe e limitar a pena à necessidade da segurança social. Defendeu, assim, o homem contra a tirania, e com isso encerrou um período de nefanda (perversa) memória na história do Direito Penal”.

⁵⁵MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 80. “Nesse ambiente das luzes, surgiu o famoso livro de Césare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, publicado em 1764, que pode ser considerado a antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e a base para as teorias da Escola Clássica do Direito Penal, fundadas no livre arbítrio”.

religiosos antigos e modernos.”⁵⁶ A denominação Escola Clássica teve origem na Escola Positiva, a qual foi oposicionista aos alicerces da primeira escola.⁵⁷

Sabe-se que a Escola Clássica teve sua maior expressão por meio de alguns eminentes teóricos, entre eles: Césare Beccaria e Franchesco Carrara . Beccaria foi o maior expoente da teoria da prevenção, na qual a pena tem um fim utilitário e Carrara é apontado como grande representante do período jurídico ou prático que se fundava no direito natural e afirmava a existência de uma lei eterna de caráter divino. A Escola Clássica teve grande contribuição no desenvolvimento do direito penal, apesar das divergências entre os teóricos dessa escola.

A pena para os clássicos, em sua maioria, era tida como um mal imposto ao sujeito em razão de uma conduta praticada de forma consciente e voluntária, a qual era considerada crime, tornando-o merecedor de tal sanção, logo a finalidade de tal castigo decorre da necessidade de restabelecer a ordem social.⁵⁸

3.1.2 Elementos Acerca da Retribuição (Teorias Absolutas)

Inserido no contexto do antigo regime, supracitado em apertada síntese, cabe ressaltar que surgiram as teorias da retribuição (absoluta) e a teoria da prevenção (relativa); a primeira

⁵⁶MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk, Fundamentos da Pena, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.86. Pontua o seguinte: “antevia tempestades e ruínas no futuro se os antigos pilares da sociedade fossem removidos; a tortura; a inquisição;a pena de morte; a autoridade indiscutível das antigas leis.o respeito pelos juízes e pelos tribunais. ‘este livro, embora pequeno em tamanho, é cheio de longas invectivas contra os legisladores e contra os príncipes, tanto eclesiásticos quanto seculares e especialmente contra o Sagrado Tribunal de Inquisição, e contém todos os maiores erros e sediciosas blasfêmias jamais formuladas contra a soberania e contra a religião cristã pelos mais ímpios hereges e por todos os religiosos antigos e modernos (...)”

⁵⁷SOUZA, Caroline Andrade, Uma síntese teórica das escolas do direito penal. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-sintese-teorica-das-escolas-do-direito-penal,42665.html>, Acesso em 16 de mai de 2014. Aduz da seguinte forma: “Convém advertir que, quando se fala em Escola Clássica, se está usando uma denominação que não surgiu com essa escola. (...) Mas o título de Escola Clássica foi concebido pelos inovadores que a combateram. Quando apareceu a Escola Positiva, lançada por LOMBROSO, é que se sentiu a necessidade de conferir designação global àqueles criminalistas do passado que haviam dominado incontrastavelmente a ciência penal. Os positivistas voltavam-se para eles com intenção pejorativa, chamando-lhes — escola de juristas, para sublinhar a contraposição das idéias antropológicas e sociológicas.”

⁵⁸HORTA, Ana Célia Couto Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344. Acesso em 16 de mai de 2014. Aduz que “A Escola Clássica dividiu-se em dois grandes períodos: Filosófico/teórico: no qual a figura de maior destaque foi Beccaria. Ele desenvolveu sua tese com base na idéias de Rousseau e de Montesquieu, construindo um sistema baseado na legalidade, onde o Estado deveria punir os delinquentes mas tinha de se submeter às limitações da lei.O pacto social define que o individuo se comprometa a viver conforme as leis estipuladas pela sociedade e deverá ser punido pelo Estado quando transgredi-las, para que a ordem social seja restabelecida.Jurídico ou prático: em que o grande nome foi Franchesco Carrara, sumo mestre de Pisa. Ele estudou o crime em si mesmo, sem se preocupar com a figura do criminoso. “Defendia que o crime era uma infração da lei do Estado (promulgada pra proteger os cidadãos); é impelido por duas forças: a física, movimento corpóreo que produzirá o resultado, e a moral, a vontade consciente e livre de praticar um delito.”

teoria teve como seus maiores expoentes Kant, Hegel e Carrara e a segunda teve como mais expressivos teóricos Beccaria, Feuerbach,

Nesse momento, passemos a observar mais de perto a Teoria Absoluta da Pena. Para tal, alguns conceitos dão conta do significado dessa teoria. Sendo que se entende por teorias absolutas aquelas que defendem a ideia de retribuir o mal pelo mal causado, havendo uma compensação de forma justa e necessária, vez que a função da pena seria impor ao infrator um castigo equivalente ao ato praticado. Dessa forma, Tasse conceitua essa teoria como sendo aquelas que atendem apenas ao sentido da pena, desconsiderando literalmente a ideia de finalidade. Para elas, o sentido da pena encontra-se na retribuição, imposição de um mal pelo mal cometido. Nisto se esgota e termina a função da pena.⁵⁹

Rogério Greco, buscando melhor explicar as teorias tidas como absolutas, vale-se de renomados teórico, entre eles Roxin, para quem a pena não encontra um fim socialmente útil, vez que se retribui um mal sem qualquer finalidade.⁶⁰

Ainda valendo-se de Ferrajoli, Greco alega que essas teorias advogam a tese da retribuição, em contraposição as ideias das teorias relativas que conotam a prevenção geral, assim tem o fim em si mesma, como castigo, reparação ou mesmo retribuição do delito, por seu valor, em que seu fundamento está nela mesma.⁶¹

A teoria da pena sendo discutida por Tasse, no âmbito de retribuição, verifica-se a punibilidade em face do cometimento do crime ou do pecado, em que o castigo é aplicado para retribuir o mal pelo mal, numa ideia de justiça, pois a pena é um mal justo para punir um mal injusto praticado, o crime.

Buscando sintetizar uma ideia do que vem a ser a retribuição, Tasse traz um conceito de Francisco Muñoz Conde, o qual ressalta que o sentido dessa teoria está voltado apenas para

⁵⁹TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66.

⁶⁰GRECO, Rogério. Curso de Direito Pena parte geral, Rio de Janeiro, Ímpetos, 2010, 465. Nessa perspectiva transcreve o seguinte: “A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor do fato cometido. Se fala aqui em uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”

⁶¹GRECO, Rogério. Curso de Direito Pena parte geral. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2010, p. 465. Aduz da seguinte forma: “São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tão pouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.”

a pena, sendo desprovida de qualquer finalidade, vez que seu sentido está na retribuição, pura e simples.

Desses preciosos ensinamentos, torna-se possível concluir, por conta própria, que a pena na concepção dos retribucionistas é esvaziada de qualquer finalidade utilitária, vez que sua essência encontra-se nela própria.

Em tal concepção da pena, nota-se que o importante é reproduzir para o criminoso o mesmo mal sofrido por sua vítima, conforme alguns aduzem que, impõe-se a retribuição de um mal justo provocado pelo poder público, em razão do mal injusto produzido pelo criminoso.

Nos termos dos conceitos expostos, aparecem apontamentos comuns, no sentido da ausência de finalidade utilitária da pena cominada e que a razão de sê-la reside apenas em devolver, numa ideia de justiça o mal praticado.⁶² Ao discorrer sobre as teorias retribucionistas, não se deve olvidar de pontuar sobre os principais representantes dessa concepção da pena assim temos Emmanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. O primeiro baseia-se em fundamentos de ordem ética e o segundo na ordem jurídica, primeiramente, observaremos a pena sob a ótica de Kant, para quem o crime configura uma transgressão ao direito de cidadania, cuja pena a ele deve corresponder.⁶³

Marques ao discorrer sobre aspectos de justiça nos moldes dos ensinamentos de Kant, observa a ausência utilitária da pena e ressalta que a falta desse objeto utilitário da pena corresponde ao critério de justiça.

A teoria kantiana descreve a pena numa ideia de retribuição pelo “quia peccatum est”, em que havia a justa retribuição como um imperativo categórico de justiça, não tendo base na prevenção geral ou especial.

Para Kant, o criminoso não é punido por querer a própria pena, pois isso ocorre na ordem do contrato social, logo, o criminoso, em razão de ter querido a prática do crime, será punido, ficando toda a responsabilidade do criminoso pautada na vontade de transgredir a norma.⁶⁴ Entre os que indicaram pontos negativos na teoria de Kant, podemos apontar

⁶²TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p.67. A nossa opinião encontra arrimo nas expressões desse autor que aduz sobre tais teorias: “Teorias Absolutas sustentam que a pena não é meio para nenhum fim extrínseco alheio de sua própria nação, sendo que se constitui em mera sanção ao delito; sua função não vai além de sua intimidade e entidade, ação e finalidade se esgotam em si mesma. Apesar de entenderem de diversos modos a retribuição, são todas retributivas. Segundo a conhecida máxima as resume, significa e caracteriza punir quia peccatum est. Nada mais. Conceitualmente, as teorias absolutas são as que atendem somente ao sentido da pena, prescindindo totalmente da idéia de finalidade. Para elas, o sentido da pena encontra-se na retribuição, imposição de um mal pelo mal cometido. Nisto se esgota e termina a função da pena.”

⁶³BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p.

⁶⁴MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 96-97. Seus ensinamentos são da seguinte forma: A justiça no Direito Penal, segundo Kant, estaria justamente na

Gustavo Otaviano Diniz Junqueira, sendo citado por Oswaldo Henrique Duerk Marques na obra *Fundamentos da Pena*, na qual externa alguns pontos tidos como frágeis na visão kantiana inerente à pena.

Logo, conceber a pena sem a finalidade preventiva ao ponto de justificar sua necessidade reflete uma falha em tal acepção, como também, dispor da pena somente como mal imposto ao delinqüente, sem conter qualquer elemento de natureza ressocializante, torna-se contrária à própria compreensão social em razão da sua elevada negação.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel foi um autor que retomou as idéias de Kant no sentido da justiça da pena em sua própria aplicação; para esse teórico com a violação do direito em razão do cometimento do crime, deve haver a supressão por meio da imposição da pena como forma de restabelecer a ordem jurídica.

Da concepção de Hegel, na perspectiva da teoria absoluta, compreende-se o crime como a negação do direito, enquanto que a pena é a negação do crime e a reafirmação do direito.

A pena torna-se justa por reafirmar o direito e não por produzir um mal correspondente a um crime cometido.

Por essa razão, a pena era uma punição lógica não tendo um caráter de vingança, tendo o objetivo de combater o mau uso das liberdades, pois o Estado é tido como a vontade de todos, logo é racional, por essa razão estatal, o caráter de vingança da pena perde a razão de ser.⁶⁵

Tanto em Kant como em Hegel, na perspectiva da retribuição, verifica-se a possibilidade de haver excesso nos limites de imposição da pena seja no aspecto quantitativo ou qualitativo.⁶⁶

falta de objetivo utilitário, sem fins políticos, na imposição das sanções . Somente a partir de um direito penal não-utilitário, poder-se-ia chegar a uma justificação de um direito penal retributivo.”

⁶⁵TROTTA, Wellington O entendimento de justiça na filosofia do direito de Hegel. Disponível em: http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/o_entendimento_de_justica_na_filosofia_do_direito_de_hegel.pdf. Acesso em 26 de mai de 2014. Nas lições desse autor acerca do pensamento de Hegel “A pena não é uma vingança, mas uma punição lógica que resguarda a liberdade dos sujeitos envolvidos, tanto do agente como do atingido (...). Em sua teoria da pena Hegel abandona a tese da pena vingança para a da pena-direito, mesmo que esta tenha um caráter de castigo, pois nesse caso o injusto é tratado como ser de direito ou como ser racional, integrante de um Estado que não pode ser ou admitir a irracionalidade. (...) considerem o Estado como ser da racionalidade, e essa racionalidade é o interesse do todo sobre as partes, por isso a vingança é rechaçada porque obedece ao sistema das particularidades. (...). Dessa forma, a justiça como império do direito significa que o Estado aparece como universal concreto, esteio da liberdade como princípio e o dever como responsabilidade intersubjetiva. Para Hegel, a justiça consuma-se no momento em que os indivíduos, expressão da vontade livre, vivem em torno de um ideal cuja vontade objetiva se expressa na comunidade em que todos são iguais por serem racionais, vivendo sob instituições como o tribunais, cujo fim é a realização da razão como real (Princípios§219)

⁶⁶MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008,p.100.

3.2 Teorias Relativas

3.2.1 Contexto Histórico

Do ponto de vista histórico, o século XIX, mais precisamente na segunda metade desse século, os principais países europeus como a Inglaterra, França, Alemanha, Bélgica, Itália e na América, os Estados Unidos, despontavam no cenário internacional como grandes potências industriais.

Todos esses países tinham um ponto em comum, que era a necessidade constante de expansão econômica, conquistar novos mercados, buscar matéria-prima, diminuir os custos da produção, etc. Então, houve o Imperialismo, denominação atribuída a essa expansão, que recaiu em terras africanas, asiáticas e na Oceania. Basicamente, esse era o contexto econômico da época, já na ceara da filosofia houve a superação da ideias da escola clássica pela escola do positivismo criminológico.

Ao discorrer sobre a escola do Positivismo, é importante ressaltar seu marco teórico, ocorrido com a obra *L'Uomo Delinquente* (1876), de Cesare Lombroso (1830-1909). Esse autor é uma das figuras mais importantes dessa escola; era partidário do determinismo e desenvolveu uma concepção, na qual o criminoso delinquia por ser uma espécie do gênero humano, que conseqüentemente pratica delitos em virtude de suas características antropológicas. Essa escola buscava pautar-se nos métodos naturalísticos, no que corresponde ao Direito Penal, fazendo com que houvesse um necessário distanciamento entre o meio jurídico criminal e as ideias de cunho filosófico.

Logo, os teóricos dessa escola procuravam solucionar a problemática criminal com base nas observações e nas experiências científicas. Nessa teoria a um deslocamento do objeto de estudo, pois não mais se buscava estudar o crime, visto que se entendia adequado estudar o criminoso. A razão de estudar o delinquente decorria da interpretação de que tal sujeito encontrava-se acometido de uma patologia hereditária ou do determinismo social.⁶⁷ Lombroso explica que o delito é praticado de forma natural, pois fugia da possibilidade do agente de manter-se dentro dos parâmetros normativos, sem que tivesse opção livre para tal.

⁶⁷MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 105.

3.2.2 Elementos

Nesse primeiro momento, é importante tecer algumas considerações sobre a escola Positiva, pois sua origem tem fundamento no avanço da ciência e seu surgimento tornou-se possível em razão da filosofia positivista e dos estudos biológicos e sociológicos.

Luis Regis Prado, lecionando sobre a escola positivista, informa sobre três fases nessa escola, sendo a primeira denominada de antropológica, representada por Cesar Lombroso (*L'uomo delinquente*, 1876); a segunda fase sociológica, maior expoente Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 1892) e por fim a terceira fase, denominada de jurídica, a qual teve como representante Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1885).⁶⁸

Como já discorremos sobre o teórico da primeira fase, passemos a analisar alguns quesitos da segunda e terceira fases. A fase jurídica por meio de Rafael Garofalo concebia o criminoso com a natureza degenerada; nesse aspecto, nota-se o distanciamento da acepção de Lombroso, logo na visão daquele mestre o delinquente apresentava uma deturpação psicológica.

Com relação à pena, seu aspecto gira em torno do distanciamento da ideia de pena e castigo, pois sua base tem acento progressivo, seguindo pelo caminho da ressocialização do indivíduo, sendo justificada em razão da proteção social.

Na fase sociológica, o advogado Henrique Ferri procura fundamentar sua teoria no aspecto social como causa-crime, ou seja, são as influências do meio que agem sobre o indivíduo, negando, dessa forma, os elementos de caráter interno do sujeito.

Em outras palavras, é a negação do elemento antropológico em razão da superposição do elemento sociológico. Na perspectiva desse teórico, o crime é o resultado da convivência social e seguindo no sentido da escola em comento, direcionava suas preocupações no sentido da prevenção em detrimento da repressão propriamente dita. A consequência lógica dessa correlação de crime e pena no aspecto preventivo é a recuperação do apenado. Nesse contexto, a pena que somente limitava-se a retribuir um mal justo em razão de um mal injusto, na acepção absoluta, não mais serve como fundamento teórico para a imposição da sanção penal, porque com as constantes inovações sociais, notou-se que havia

⁶⁸PRADO, Luis Regis. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.63-64. Esse teórico ainda pontua da seguinte forma: “Garofalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural; como a violação dos sentimentos altruísticos e fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas a coletividade.”

outras necessidades, as quais não eram mais encontradas nas teorias retribucionistas, por isso perdiam espaço.

Então, as teorias relativas que advogam a ideia de prevenção, não se limitando apenas a impor uma pena ao criminoso, mas também, principalmente, procurando uma forma de fazer com que novos delitos não ocorressem, mostravam-se mais adequadas as aspirações sociais e pareciam de fato influir numa possível diminuição do cometimento de novos delitos.

Nessa teoria, a razão da punição é a de que não se cometa mais crimes, deixando de ser necessariamente uma questão de justiça, sendo que a causa da pena não é o crime, e sim, uma circunstancia que possibilita a aplicação daquela.

Essa teoria divide-se na prevenção geral e na prevenção especial, quanto ao seu caráter genérico vislumbra dissuadir, por meio da aplicação da pena, na coletividade uma consciência ao ponto de afasta a ideia de cometer delitos, ou seja, busca intimidar a coletividade, já na prevenção especial o norte da questão reside no fato de voltar às atenções para o criminoso, porque em razão da aplicação da pena, imagina-se poder recuperá-lo, ao ponto de não mais reincidir na prática delitiva.⁶⁹

A prevenção especial foi moldada em contornos modernos no contexto da Ilustração e veio a ter maior expressão no final do século XIX, sendo tal fato atribuído as pregações de Franz Von Liszt.

A teoria da prevenção geral, por sua vez, é concebida nas perspectivas negativa e positiva. Entre os principais expoentes da prevenção geral negativa elencamos: A. Feuerbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria e J. Bentham.⁷⁰

A professora Vera Andrade, lecionando sobre a prevenção geral negativa, ressalta que a base dessa teoria encontra-se no poder de ameaça contida na pena, visto que externa para a população a aplicação da pena caso haja o cometimento de algum crime, criando dessa forma uma intimidação coletiva, ficando evidente para a população que ao praticar um mal definido como crime, haverá a imposição de outro mal definido como pena, contudo, pondera que,

⁶⁹NETO, Inácio Carvalho, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Forense, 1999. Leciona o seguinte: “Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa a intimidação do delincente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível.”

⁷⁰SOUZA, Paulo S. Xavier. Individualização da Penal: no estado democrático de direito, porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006. Aduz “A teoria preventivo-geral pode ser investigada sob o aspecto negativo e positivo. Entre os defensores da teoria preventivo-geral negativa destacam-se: A. Feuerbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria e J. Bentham.”

atualmente, não nos termos da criminologia, o que de fato controla o sujeito é o “medo de ser surpreendido e efetivamente perseguido pelo sistema de justiça criminal.”⁷¹

Ao discorrer sobre a prevenção geral positiva, ensina no sentido de que a pena é o meio de reproduzir a confiabilidade da população no direito penal, então, nesse aspecto, reside o escopo da pena na perspectiva da generalidade.⁷²

Vejamos algumas disposições doutrinárias acerca da pena, na perspectiva da prevenção geral, nas lições de alguns doutos dessa matéria.

Logo, Rivacoba leciona no sentido de que uma pena imposta em razão do crime pretérito é o meio de evitar o cometimento de um delito posterior, sendo conseqüência dessa relação de causa e efeito o caráter de prevenção, (*punitur ne peccetur*).⁷³

Então, em razão dessa pena anteriormente imposta, acredita-se que sobre a coletividade recairá um desestímulo ao cometimento de novos crimes, com essa divulgação geral, denota-se o caráter da prevenção geral, pois teve como alvo imediato a coletividade, contudo, quando se destina a sanção penal ao indivíduo, tendo como escopo fazer com que esse delinqüente não retorne a cometer novos delitos, possibilitando sua reinserção no meio social em condições de conviver em harmonia com os demais integrantes da coletividade, estaria aí a natureza da prevenção especial. Jorge de Figueiredo Dias ressalta que a pena, no contexto das teorias relativas, não pode se limitar apenas a si mesma, sem uma função social,

⁷¹ ANDRADE, Vera R. P. Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/45-finalidades-da-pena-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 02 de jun de 2014. Suas ponderações são seguinte ordem: “Vejamos a prevenção geral negativa. Tal teoria se sustenta no poder de ameaça coletiva que a pena contém (“se você violar a lei criminal, sofrerá uma pena”). Funda-se no medo do ser humano, que se vê intimidado da seguinte forma: saberá que à prática do ato criminoso, seguir-se-á uma mal maior que aquele experimentado pela auto-frustração em não ter cometido o delito. Sabe-se hoje, que o homem não é esse economista frio que no momento de praticar um crime, calcula os “prós” e os “contras” de sua conduta criminoso, de modo que realmente não se sente intimidado por uma pena prevista no código penal ou em uma lei penal qualquer. O que efetivamente detém o indivíduo no momento de praticar um crime – ensina a criminologia – é o medo de ser surpreendido e efetivamente perseguido pelo sistema de justiça criminal.”

⁷² ANDRADE, Vera R. P. Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/45-finalidades-da-pena-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 02 de jun de 2014. Completa da seguinte forma: “Para a teoria da prevenção geral positiva, a pena é a forma da qual o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na vigência das normas penais e do próprio ordenamento jurídico-penal. No aspecto positivo da prevenção geral o objetivo perseguido com a pena é a conservação da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a comunidade jurídica e dessa forma reforçar a confiança do povo no direito. Cada vez que se comete um delito, a consciência jurídica da comunidade - que presumidamente aceita a validade do ordenamento jurídico - também se vê atacada com maior ou menor intensidade. Com a pena se conseguiria um fim de integração do delinqüente e da comunidade com a norma, restabelecendo-se esta. Daí a denominação “prevenção de integração” para a prevenção geral positiva.”

⁷³ TASSE, Adel El, Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010. p. 68 Apud RIVACOBÁ, 1993, p. 17-18.

pois sua atuação é de instrumento político criminal, sendo esse mal necessário para possibilitar seu êxito, qual seja precisamente a prevenção criminal.⁷⁴

Romeu Falconi, no seu magistério, esclarece que nos termos das teorias relativas a pena, reveste-se de um caráter utilitário, mostrando uma evidente distinção em relação aos clássicos na perspectiva retribucionista. Dessa forma, a pena não pode limitar-se exclusivamente a punição sem revestir-se de qualquer finalidade ressocializante.⁷⁵

Além dessa recuperação do delinqüente, esse teórico aduz que nessa existe, ainda, a natureza da prevenção da prática de novos crimes, em função da pena anteriormente aplicada, sendo que pode ocorrer de forma geral ou especial, a depender do alvo ao qual for destinado, ou seja, a coletividade ou o criminoso de modo particular. Sobre a teoria da prevenção especial, verifica-se como alvo da pena o sujeito de forma individualizada e tem como finalidade fazer com que aquele criminoso não habitual seja recuperado, para aplicar-se a pena como se fosse uma medida terapêutica, tendo em vista considerar o delinqüente passível de tratamento. Logo, Vera Andrade, em seu magistério, pontua que a legitimidade dessa teoria reside no fato de buscar evitar o cometimento de novos crimes, agindo diretamente sobre aquele que já praticou o crime e não sobre a coletividade como ocorre na prevenção geral.⁷⁶

Mostrando-se contrário a plenitude da prevenção especial positiva, Figueiredo Dias ressalta a intenção teórica por si só, dessa teoria, não é meio bastante para fornecer subsídios integrais aos problemas finalísticos da pena.⁷⁷ Rivacoba sendo citado por Tasse, ponderando sobre a prevenção geral, ressalta que tais ideias conduzem ao agravamento ilimitado da pena,

⁷⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de Direito Penal revisadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

⁷⁵FALCONI, Romeu, Lineamentos de Direito Penal, São Paulo: Editora Ícone, 2002, p. Ao discorrer sobre os positivistas ressalta que “raciocinam diferentemente em relação à pena e suas conseqüências práticas. Essa escola positiva as teorias “relativas”, e entende que a pena deve ter finalidade “UTILITARIA”. Assim, deve ela não - somente ter por escopo a punição, mas também recuperar o delinqüente para o convívio social. (...). A pena deverá servir ademais, como “prevenção”. Essa “prevenção” poderá ser “geral”, que é aquela que reflete sobre os demais elementos da sociedade, servindo de “intimidação” para aqueles que, porventura, pretendam praticar”

⁷⁶ANDRADE, Vera R. P. Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/45-finalidades-da-pena-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 02 de jun de 2014. Sobre a teoria preventiva especial aduz: “A segunda das teorias relativas denomina-se teoria da prevenção especial. Conforme esta teoria, a pena se legitima porque tem por evitar futuros delitos atuando especificamente sobre aqueles que já praticaram um delito, e não sobre a comunidade. Se trata de evitar que aqueles que praticaram um delito voltem a fazê-lo no futuro. A diferença da prevenção geral, portanto, reside em que esta se dirige a coletividade, enquanto a prevenção especial busca prevenir os delitos que possam proceder de uma pessoa determinada. A pena objetiva evitar que quem a sofreu volte a delinqüir.”

⁷⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de Direito Penal revisadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107. Suas palavras são da seguinte ordem: “que o pensamento da prevenção especial positiva não pode valer, só por si, como solução integral do problema dos fins da pena”

por conseguinte, Tasse reitera no sentido da ineficácia na função justificante das penas em razão do crime.⁷⁸

Finalidade

Com base nas exposições elencadas, acerca dos elementos das teorias preventivas, torna-se evidente a identificação do fim dessas teorias. Vejamos a intenção da prevenção especial, pois já foi dito anteriormente que nessa concepção de pena, seus defensores direcionam-se necessariamente para o delinqüente com o fim de que esse não mais volte a cometer crimes, para tanto, imagina-se que isso corra por meio da reeducação ou socialização, seja pela segregação do meio social.

Alguns doutos, entre esses Roxin, entendem que essa teoria deixa o criminoso sob os cuidados do poder público de forma ilimitada, como também essa teoria ficaria esvaziada de sentido quando estivesse diante de uma situação, na qual o delinqüente não estivesse na condição de um pretense reincidente.⁷⁹

Tasse, no seu magistério, faz algumas ponderações no que diz respeito à falibilidade dessa teoria em comento, sendo seu questionamento, voltado para o caso dos criminosos passionais, pois é um delito comumente consumado pelos rincões do Brasil, contudo sabe-se que o autor desse tipo de crime é um sujeito que se encontra em conformidade com suas aptidões sociais, sem que haja qualquer necessidade de tratamento ressocializante, vez que a ação ensejadora do fato típico teve como determinante sua condição emocional e psíquica que comumente não se repetem, sendo um fato inusitado.⁸⁰

A ideia dessa teoria gira em torno da ressocialização do criminoso; esse pensamento leva a crer numa incompatibilidade com o sistema penal de execução por tempo certo, visto

⁷⁸ TASSE, Adel El, Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71 Apud RIVACOBÁ, 1993.

⁷⁹MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 139. Esse autor ao expor os ensinamentos de Roxin aduz: “essa teoria tende a deixar o delinqüente à mercê da intervenção estatal de forma ilimitada e não encontraria fundamentação nos caos em que não houvesse perigo de o infrator repetir a conduta delituosa. Além disso, não se justificaria obrigar uma minoria da população a submeter-se a tratamento ou adaptar-se aos modos de vida estabelecidos pela maioria da população.

⁸⁰TASSE, Adel El. Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010, p. 69. As palavras desse autor são da seguinte ordem: “Como exemplo se pode pensar no criminoso passional, autor não raras vezes do mais grave ilícito penal, o homicídio, e sobre o qual se tem segurança na afirmação de que não se encontra inapto para a vida e sociedade, posto que seu delito foi orientado por motivações emocionais e psíquicas que provavelmente nunca lhe voltaram a ocorrer.

que, num caso prático, um delinqüente receba uma condenação de trinta anos de pena em regime fechado, logo tendo como base o fim dessa teoria, caso esse criminoso fosse considerado ressocializado em três anos, o que deveria acontecer com ele? Ser posto em liberdade seria a primeira opção lógica, contudo haveria uma colisão com a segurança jurídica.

Ainda nessa perspectiva, tendo por base o exemplo anterior, após o cumprimento máximo da pena o delinqüente ainda não apresentasse a necessária aptidão para retornar ao convívio social, deveria permanecer preso tal sujeito? A resposta lógica seria que não, tendo em vista, mais uma vez a segurança jurídica, e a supremacia da sentença, o criminoso recuperou seu direito a liberdade em função do cumprimento da pena imposta, logo a liberdade é seu direito.

Ainda pontuando sobre a finalidade da prevenção especial Tasse informa sobre decisões judiciais prolatadas no sentido de afastar a aplicação de critérios de prevenção especial na aplicação da pena.⁸¹

Então, diante de um contexto dessa natureza a prevenção especial perde seu sustentáculo justificante da imposição da pena, pois, há inúmeras possibilidades que os elementos dessa prevenção, seja no aspecto positivo (ressocialização) ou no aspecto negativo (intimidação do indivíduo), não conseguem explicar ou justificar, conforme os termos que se propõem no fundamento da sanção penal, como por exemplo em confrontação aos exemplos supracitados.

Passemos a pontuar sobre a prevenção geral, que pode ser observada sob o prisma negativo ou positivo.

Na vertente da prevenção geral negativa, a máxima dessa teoria reside na intimidação coletiva, e a sua fragilidade é apontada no aspecto genérico, ou seja, o modo ilimitado da sociedade que visa intimidar, sendo que para alcançar esse propósito de criar o temor social as normas penais sugerem por vezes, a imposição de sanções por deveras rígidas e desproporcionais, além do mais não seria eficaz diante de sujeitos que não são passíveis de sofrer as pretensas intimidações dessa teoria, dessa forma a imposição da pena estaria ocorrendo em função da sociedade e não do criminoso.⁸²

⁸¹TASSE, Adel El. Teorias da Pena. Curitiba: Juruá, 2003, p. 69 apud BOSCHI, 2002 p.118. Nesse sentido aduz sobre um julgado do Tribunal Constitucional Alemão no seguinte sentido: “que o Estado não tem por missão com a pena ‘melhorar’ seus cidadãos e que o criminoso por preservar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que dela emanam, conserva a oportunidade de se ressocializar, traduz o explícito entendimento de que é do condenado o direito de decidir ‘até onde que fazer uso’ do direito de se ressocializar.”

⁸²MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 p. 139, apud ROXIN, 1993, p. 21-22. Esse autor pontua da seguinte forma: “Já no tocante à prevenção geral pela

Marques ainda assevera que, segundo Gunther Jakobs, a base dessa teoria está equivocada, vez que busca “compensar com o mal da pena o benefício potencial do delinqüente com o crime”.⁸³ Porque, em tese, o mal da sanção deve sobrepor-se aos benefícios do crime, para gerar o desestímulo no delinqüente, porque se entende o criminoso como um sujeito capaz de calcular de forma racional as vantagens e desvantagens ao se cometer um delito.

Com base nessas ponderações, há o descrédito dessa teoria acerca da possibilidade de justificar e legitimar a imposição da sanção penal, pois assim evidencia-se a sua insuficiência para tal fato.

A prevenção geral positiva tem como direção a prevenção de delitos futuros, buscando cada vez mais credenciar o ordenamento jurídico penal perante a comunidade, nisso transcende a finalidade negativa da inibição, fazendo nascer internamente uma consciência coletiva da reprovação jurídica do crime.⁸⁴

Nessa acepção teórica, a norma transgredida continua a vigorar, tendo em vista a necessidade de manter a confiabilidade nas relações sociais, dessa premissa justifica-se a imposição da sanção penal como algo positivo e necessário ao restabelecimento da ordem social.⁸⁵

De certa forma, a teoria da prevenção geral positiva não deixa de expressar elementos de intimidação, pois tendo em vista a busca pela credibilidade das normas penais, mostrando sua funcionalidade da forma mais positiva possível, indiretamente cria-se uma espécie de intimidação na comunidade, porque a sensação formada na coletividade é a de que o ordenamento jurídico penal é eficaz, logo quando o agente cometer um delito terá por certo sua punibilidade, nesses termos nos leva a crer que se forma uma consciência coletiva de intimidação, mesmo não sendo este o propósito da teoria em tela.

intimidação (negativa), Roxin menciona, inicialmente, a ausência de delimitação acerca de quais comportamentos teria o Estado a faculdade de intimidar, bem como a tendência de castigar da forma mais dura para melhor alcançar o efeito da intimidação. A esse respeito, ressalta a insuficiência de pena cruéis de morte, como suplício na roda e esquartejamento, que não foram aptas a reduzir a criminalidade. A prevenção geral pela intimidação também não encontraria fundamento diante de indivíduos não-intimidáveis. Por último, citando Kant, Roxin relata que tal prevenção atentaria contra dignidade humana, pois o individuo seria castigado não em consideração a ele próprio mais como meio para intimidar outros indivíduos.”

⁸³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 140. apud JACOBS, 1997, p.27-28.

⁸⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 137 apud PUIG, 1994, p. 25. Nesse sentido aduz da seguinte forma: “como afirmação do Direito, a prevenção geral busca mais do que finalidade negativa de inibição, a internalização positiva na consciência coletiva da reprovação jurídica dos delitos e, por outro lado, a satisfação do sentimento jurídico da comunidade.”

⁸⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 141. Nessa perspectiva esse autor transcreve as lições de Mir Puig que são da seguinte ordem: “a pena não se dirige somente aos eventuais delinqüentes, pois não trata de inibir a possível inclinação deles ao delito, mas sim a todos os cidadãos, porquanto tem como objetivo confirmar a confiança na norma.” (PUIG, 1994, p. 131).

A prevenção geral positiva subdivide-se em: fundamentadora e limitadora; a primeira acepção tem como maior partidário Gunter Jakobs, o qual argumenta no sentido de que a pena não é meio suficiente para reparar o mal provocado em decorrência do delito, a razão desse argumento encontra arrimo no fato das infrações penais, em muitos casos, se complementarem, antes mesmo do dano externo propriamente dito, como também, em outros casos a pena não consegue evitar o cometimento do crime, nessa perspectiva aduz: “Por isso, a função da pena não é a de evitar lesões a bens jurídicos.”⁸⁶

A ideia que se extrai dessa ponderação de Jacobs, segue no sentido da pena ter o condão apenas de demonstrar ao sujeito transgressor do ordenamento penal, que sua conduta foi incompatível com os moldes traçados para o convívio social em harmonia. Em razão disso, surge a necessidade de reafirmar o reconhecimento da validade da norma, por conseguinte a pena cumpre o papel da comunidade, para o cumprimento dos termos do contrato social.⁸⁷

A principal crítica referente a essa teoria na concepção fundamentadora reside na possibilidade da amplitude da resposta penal, em face dos problemas sociais, o que a levaria de encontro ao Direito Penal mínimo, advogado pelas correntes mais progressistas, como, por exemplo, a corrente da Nova Defesa Social.

Associado a esse ponto negativo da prevenção geral fundamentadora, no aspecto progressista, Marques ressalta que haveria excessos sem observância ao princípio da proporcionalidade, pois na visão de Marta Monclús Masó o risco dessa ideia reside numa graduação da pena, sem levar em consideração a culpabilidade, vez que tomaria como base a desordem decorrente dos delitos praticados na sociedade, a depender da relevância em oposição as normas postas como orientadoras das condutas.⁸⁸

Mostrando um posicionamento contrário à divergência supra, a professora Roberta Alessandra Pantoni traz em seu magistério os argumentos de Jorge Figueiredo Dias, que são

⁸⁶MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p 142 apud JACOBS, 1997, p. 12-13.

⁸⁷MARQUES Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p 142 apud JACOBS, 1997, p. 12-13. Marques pontua que: “Com sua função de reafirmar a vigência da norma, forma a consciência ética e valorativa da sociedade. Por isso, a prevenção positiva dirige-se a todos os cidadãos e não somente aos delinquentes potenciais. Tal finalidade, contudo, na visão de Jacobs, não afasta eventual efeito secundário da pena diante de terceiro, pelo modo de sua imposição, ante uma transgressão, embora essa não seja a função da pena.”

⁸⁸MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 144 apud MASÓ, P.19-20, 2004

no sentido de que essa teoria ao firmar-se na tutela de confiança geral e nas normas vigentes, associando-se as proteções dos bens jurídicos mais relevante para a comunidade, possibilitam o encontro de uma pena justa e adequada a culpabilidade do criminoso.⁸⁹

Com o advento das críticas sobre a prevenção geral fundamentadora, surge uma nova concepção teórica nomina como teoria da prevenção geral limitadora, que seguindo o sentido lógico de sua denominação tem a finalidade de limitar a intervenção penal por parte do Estado em detrimento dos direitos individuais, contudo, sem afastar os efeitos da teoria fundamentadora, entre os defensores dessa limitação, entre outros, são Roxin, Silva Sanches e Mir Puig, ressaltando que suas ideias apresentam algumas distinções quanto aos critérios limitadores.⁹⁰ Nessa perspectiva, Roxin argumenta que o Estado não pode ampliar sua função preventiva no contexto penal, além dos limites da reprovabilidade da conduta do infrator sob pena de ofender a dignidade da pessoa humana.⁹¹ Pantoni assevera que o sentido limitador da intervenção penal, funda-se na consciência da norma; nessa alegação abriga-se nos ensinamentos de Hassemer.⁹²

Diante dos argumentos expostos, verifica-se que a prevenção geral, seja na vertente especial, geral positiva ou negativa dispõem de algumas fragilidades ao ponto de comprometer sua sustentação como justificadora da imposição da sanção penal, pois tendem a instrumentalizar o indivíduo, fato que vai de encontro aos paradigmas do Estado democrático de direito.

⁸⁹PANTONI, Roberta Alessandra, As finalidades da pena a partir de uma concepção contemporânea do Direito Penal: O funcionalismo moderado. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revistab_artigos_leitura&artigo_id=2789. Acesso em 04 de jun de 2014. “Essa autora argumenta sobre a posição de Dias aduz da seguinte forma: “Rebatendo tal crítica, Figueiredo Dias traz que tal argumento em nada será procedente, porém, se a prevenção geral positiva se perspectivar na sua vertente positiva (como prevenção de integração, de tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico), ligada à proteção de bens jurídicos essenciais. Isto porque, em primeiro lugar, este critério permite que à sua luz se encontre uma pena, ou melhor, não uma pena exata, mas uma moldura punitiva que, em princípio, se revelará uma pena justa e adequada à culpabilidade do delinqüente; em segundo lugar, a pena deve ter seu limite inultrapassável ditado pela culpabilidade. Nesta perspectiva, a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado no problema dos fins das penas.”

⁹⁰MARQUES Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p 144.

⁹¹ROXIN. Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1993, p. 36.

⁹²PANTONI, Roberta Alessandra, As finalidades da pena a partir de uma concepção contemporânea do Direito Penal: O funcionalismo moderado. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revistab_artigos_leitura&artigo_id=2789. Acesso em 04 de jun de 2014, apud HASSEMER, 1984, p. 349. Essa autora expõe o posicionamento de Hassemer nos termos seguinte: “Numa outra direção inclina-se outro setor da doutrina, desenvolvendo a prevenção geral positiva num sentido limitador da intervenção penal que se funda na consciência da norma. Hassemer, aceitando que a cominação penal e a execução da pena seguem mantendo seu valor como meio de prevenção geral, as entende como instrumentos de que se utiliza o Direito Penal para afirmar e assegurar as normas básicas, pelo convencimento de que são idôneas e indispensáveis para melhorar a convivência em sociedade, dando esta a prerrogativa de delimitar o âmbito do punível.”

4. TEORIAS MISTAS DA PENA

4.1 Elementos

Em face do insucesso das teorias absolutas (retribucionistas) e das teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), surge uma nova concepção inerente a imposição da sanção penal; nessas circunstâncias as teorias mistas (eccléticas ou unificadoras) despontam como aquelas detentoras dos elementos aptos a justificarem a imposição da pena, no contexto do Estado democrático de direito, no qual é imprescindível a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A intenção dessa nova concepção da sanção penal reside na conciliação das finalidades retributivas e preventivas da pena, tendo em vista a incapacidade de cada uma dessas teorias atenderem às necessidades complexas das relações sociais no âmbito penal.

Nessa perspectiva teórica, o caráter retributivo da pena consiste na manutenção da segregação do criminoso, aliando-se a isso a necessidade de sua possível socialização e ainda contempla a prevenção do delito por meio da intimidação dirigida a coletividade.⁹³

Nas teorias mistas existem as correntes mais conservadoras e as mais progressistas; com relação as primeiras concebe-se “a pena com a função protetora da sociedade, por meio da imposição da retribuição nela contida; a progressista confere maior relevância ao seu efeito preventivo, com limites definidos na culpabilidade do criminoso.”⁹⁴

Roxin pondera sobre o aspecto conservador e progressista da teoria mista, a qual, a exemplo das teorias anteriores, também padece de fragilidades ao ponto de ensejar críticas, pois não parece sensato na ótica desse autor procurar amparar as fragilidades das teorias absolutas e relativas por meio de uma elevação de forma unificada.⁹⁵

⁹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 137. Esse autor pontuando sobre as teorias mistas traz um exemplo para ilustrar seus argumentos, logo aduz acerca do projeto do Código Alemão de 1962 transcrevendo a exposição de motivos de tal código, a qual é da seguinte ordem: “O Projeto não vê o sentido da pena apenas na compensação da culpa do delinqüente. Simultaneamente, possui o sentido geral de fazer prevalecer a ordem jurídica. Serve também determinados fins político-criminais e, em primeira linha, o fim de prevenir futuros crimes. Tal pode ocorrer intimidando o delinqüente e os demais para que não cometam tais fatos. E pode conseguir-se de modo mais duradouro atuando sobre o delinqüente para voltar a ganhá-lo para a comunidade. Todos estes fins se conseguem em parte por si mesmo mediante a pena. Mas, no caso concreto, pode-se igualmente procurar de modo especial consegui-los através do tipo e da medida da pena.

⁹⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 138.

⁹⁵ ROXIN Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1993, p. 26. A compreensão desse douto acerca dessa unificação é da seguinte ordem: “não somente destrói a lógica imanente à concepção, como

Nesse momento, é oportuno retomarmos e ampliarmos o entendimento acerca da ideia de Roxin, no âmbito da limitação do poder estatal, quanto à imposição da sanção penal, vez que, como representante de grande expressão na esfera da prevenção geral positiva limitadora, sintetiza bem a sua teoria, quando defende a culpabilidade do delinqüente como medida da pena, sendo que dessa ideia afasta-se a possibilidade do Estado ampliar sua intenção preventiva, fazendo sanar a instrumentalização do homem em função da prevenção.

Esse autor ainda discorre sobre a ideia de que o direito penal somente deverá ser aplicado, quando os demais ramos do direito não forem suficientes para assegurar a ordem natural das relações sociais, como também, cabe ressaltar que a punição justifica-se apenas quando “necessária a proteção preventivo-geral.”⁹⁶

Essa ideia coaduna-se com o princípio da intervenção mínima do direito penal, o qual prega a aplicação do direito penal de forma subsidiária, ou seja, como a última medida a ser adotada, tendo em vista interferir o menos possível na vida das pessoas.

Nesse sentido, em momento oportuno, o Superior Tribunal de Justiça quando chamado a julgar um Recurso Especial sobre matéria disciplinada pelo Estatuto do Desarmamento, transporte de munição de espingarda calibre doze, aduziu que em face das circunstâncias expostas, que a referida munição tinha como destino a arma do recorrido, a qual se encontrava regularmente registrada na ocasião do fato, sendo, portanto, desnecessária a aplicação de punição em face do princípio da intervenção mínima do direito penal.⁹⁷

O Superior Tribunal Militar rejeita denúncia oferecida pelo membro do Ministério Público Militar, sob o argumento do Princípio da Intervenção Mínima.

aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização.”

⁹⁶ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1993. p. 46. A sua tese segue conforme suas palavras nos seguintes termos: “as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações.”

⁹⁷Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115867/recurso-especial-resp-1228545-rs-2011-0013879-5-stj>. Acesso em 05 de jun de 2014. Segue um julgado do STJ, no qual discorre acerca do princípio em comento: “ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRANSPORTE DE MUNIÇÃO PARA SER USADA EM ESPINGARDA CALIBRE 12, DEVIDAMENTE LEGALIZADA E REGISTRADA NO SISTEMA DE ARMAS. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. 1. Esta Corte consolidou o entendimento de que para a caracterização do delito previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 é irrelevante se a munição possui ou não potencialidade lesiva, por se tratar de delito de perigo abstrato, pouco importando se estava acompanhada de arma de fogo para a sua efetiva utilização. 2. O Direito Penal somente deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, interferindo o menos possível na vida do cidadão. É a última entre todas as medidas protetoras a ser considerada, devendo ser as perturbações mais leves objeto de outros ramos do Direito. 3. Na hipótese dos autos, verifico que a arma para a qual se destinava a munição era devidamente registrada em nome do recorrido no Sistema de Armas não sendo razoável punir o transporte da munição destinada ao seu uso. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1228545 RS

Na oportunidade, esse tribunal ressaltar que o Direito Penal visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes e necessários ao convívio em sociedade.⁹⁸

Nessa ocasião, entendeu-se que não havia justa causa em face da atipicidade do caso, nos termos do artigo 160 do CPM, o qual capitula a conduta do desrespeito ao superior diante de outro militar.⁹⁹

A doutrina, pontuando sobre o princípio supra, resalta a necessidade do Direito Penal intervir minimamente na vida das pessoas em sociedade, como também deve preocupar-se somente em proteger os bens mais preciosos em função dos ataques mais relevantes, nesse sentido é o que pontua Muñoz Conde.¹⁰⁰

A teoria em comento é a adotada pela norma penal do país; essa conclusão decorre dos elementos encontrados no artigo 59 do CPB, o qual informa ao magistrado que atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Os dois indicativos das teorias unificadoras estão contidos nas expressões reprovação e prevenção do crime. A reprovação em outras palavras (léxico) seria a censura com severidade, a rejeição, ou seja, algo que não é aceito ou tolerado; a prevenção nesse sentido seria impedir que se execute ou que aconteça.

Ainda nessa teoria, há o aspecto ressocializante, que nos termos do artigo 1º da Lei de Execuções Penais informa que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de

2011/0013879-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013.”

⁹⁸Disponível em: <http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23053725/recurso-em-sentido-estrito-rse-813420117110011-df-0000081-3420117110011-stm>. Acesso em 05 de jun de 2014. O julgado é da seguinte ordem: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. O Direito Penal é regido pelo Princípio da Intervenção Mínima. Esse ramo da ciência jurídica visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes e necessários ao convívio em sociedade. Nesse contexto, todos os demais bens seriam tutelados e regulados pelos outros ramos do direito. Tendo sido comprovada a atipicidade da conduta descrita no art. 160 do CPM, não há justa causa para o início da persecução criminal, decorrente do que se torna imperiosa a rejeição da inicial Acusatória. Recurso em Sentido Estrito a que se nega provimento. Unanimidade. (STM - RSE: 813420117110011 DF 0000081-34.2011.7.11.0011, Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 22/10/2012, Data de Publicação: 08/11/2012 Vol: Veículo: DJE).”

⁹⁹BRASIL, Disponível em: Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de11001.htm. Acesso em 05 de jun de 2014.

¹⁰⁰Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1437844/o-que-se-entende-por-principio-da-intervencao-minima>. Acessado em 05 de jun de 2014. Dessa forma aduz Muñoz Conde: "O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito". (Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 59-60).”

sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, ao relatar o Habeas Corpus: (HC,110390) ressalta sobre o aspecto reprovativo e preventivo da pena, quando discorre sobre a necessidade do julgador encontrar números capazes de “desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena;” nesse sentido enfatiza a teoria adotada no art. 59 do Código Penal, a Teoria Mista, Eclética ou Unificadora.¹⁰¹

O elemento ressocializante está insculpido na parte final, nas expressões integração social, que naquele sentido, dado aos dois primeiros elementos, seria o ato ou efeito de tonar a socializar, ou seja, ser sociável novamente. Este aspecto reflete a vertente da prevenção especial.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio do relator Antoninho Lopes, ao julgar uma apelação cível (20070 110973218), ressalta em sua argumentação a natureza ressocializadora da pena, vez que a prestação de serviço pelo apenado no interior do espaço carcerário destina-se a remissão e a ressocialização do preso.¹⁰²

¹⁰¹Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22545117/habeas-corpus-hc-110390-ms-stf>. Acesso em 09 de jun de 2014. Nesse sentido segue a menta do julgado: “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA SUPERIOR AO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA UNIFICADORA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA. 1. A fixação da pena-base superior ao mínimo legal é juridicamente viável, especialmente quando a Impetrante não demonstra, documentalmente, a impropriedade das conclusões alcançadas pelas instâncias de mérito. Precedentes. 2. O habeas corpus não é o meio processual adequado para a reapreciação de matéria de fato demarcada nas instâncias originárias nem tampouco para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Precedentes. 3. O legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena, pelo que adotou, no art. 59 do Código Penal, a Teoria Mista, Eclética ou Unificadora. 4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal do crime de homicídio qualificado. 5. Ordem denegada.”

(STF - HC: 110390 MS , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012)

¹⁰²Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116602627/apelacao-civel-apc-20070-110973218-df-0001966-8220078070001>. Acesso em 11 de jun de 2014. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESO. TRABALHO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO REMUNERADO. REMIÇÃO DE PENA E RESSOCIALIZAÇÃO. 1. AS ATIVIDADES EXERCIDAS NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL DESTINAM-SE À REMIÇÃO DA PENA, BEM COMO A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO, NOS TERMOS DO ART. 28 DA LEI DE EXECUCOES PENAIAS, NÃO MERECENDO CONTRA-PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. 2. RECURSO DESPROVIDO.(TJ-DF - APC: 20070110973218 DF 0001966-82.2007.8.07.0001, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 10/04/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/03/2014 . Pág.: 109).

5. ANÁLISE DA TEORIA MISTA DA PENA

5.1 Dados Relativos ao Número de Presos e Internados no Brasil no Período de Junho de 2006 a Dezembro de 2010

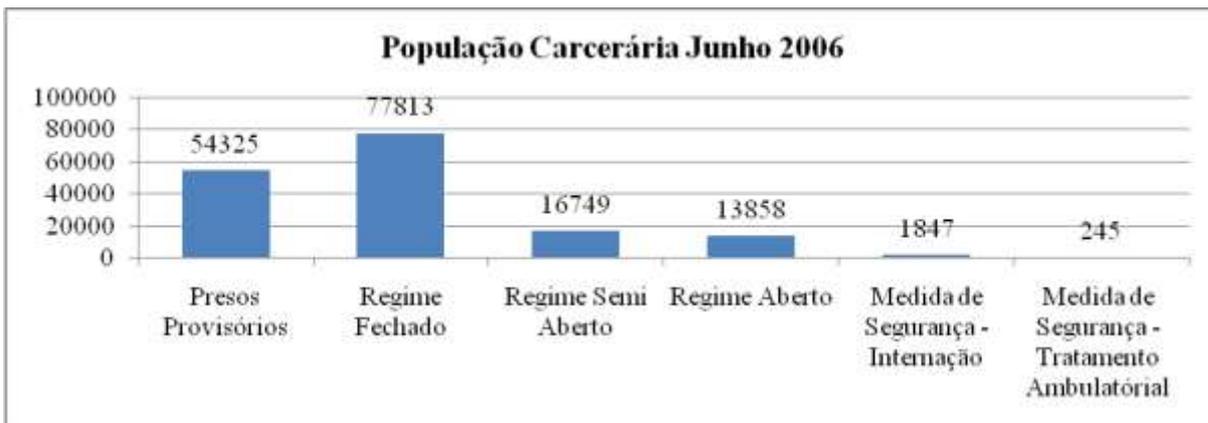
A realidade criminal vivenciada pelo país tem sido objeto de inúmeras discussões, pois mesmo não sendo divulgado, de forma ampla, para a população, dados objetivos acerca do número de apenados no país, os populares sentem no seu dia-a-dia a insegurança pública; em face disso concluem que o Brasil ascende intensamente nos indicadores da violência.

Dados técnicos colhidos pelo Ministério da Justiça das vinte e sete Unidades da Federação dão conta de que a aflição popular encontra abrigo nos resultados obtidos pelo Ministério supra.

Dessa forma, é imperioso ressaltar que consoante esse órgão oficial do Governo Federal, o país registrou em junho de 2010, 1.795 (um mil setecentos e noventa e cinco) unidades prisionais, entre elas: Penitenciárias, 490; Colônias Agrícolas, Indústrias, 49; Casas de Albergados, 54; Cadeias Públicas, 1.155; Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, 35; Patronato, 12.¹⁰³

Seguem abaixo alguns gráficos revelando os números de presos e internados nas seguintes condições: presos provisórios, em regime fechado, regime semi-aberto, regime aberto; medida de segurança (internação) e medida de segurança (tratamento ambulatorial), no período de junho de 2006 a dezembro de 2010.

¹⁰³Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.



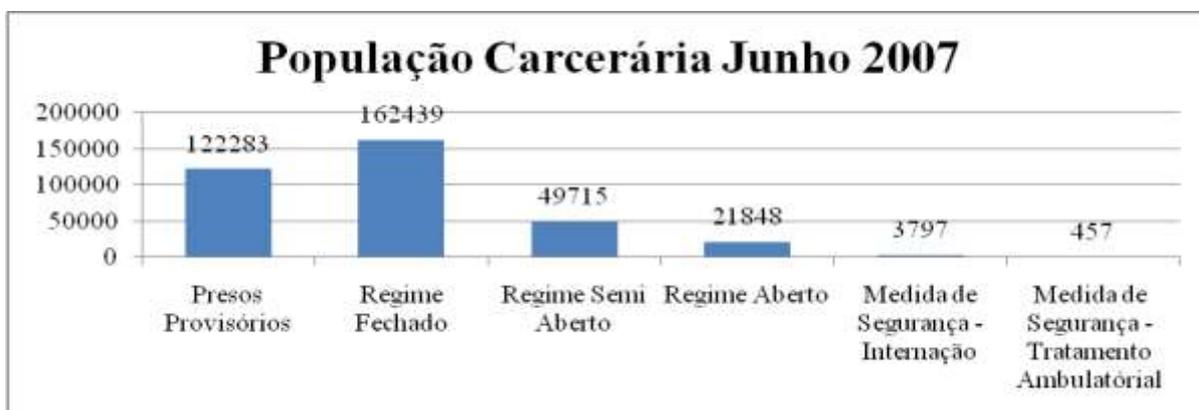
Conforme as variáveis expostas no gráfico de junho de 2006, o montante de presos e internados soma o total de 164.837. Nesse mês, dos vinte e 27 Estados apenas 18 informaram tais indicadores, contudo, presume-se uma expressão maior nesse montante por subentender que todas as Unidades Federadas registram aumentos nesse tipo de estatística. Ainda cabe fazer um detalhamento dos indivíduos presos primários com uma condenação (65.187), os presos primários com mais de uma condenação (33.147) e os presos reincidentes foram (76.341).¹⁰⁴



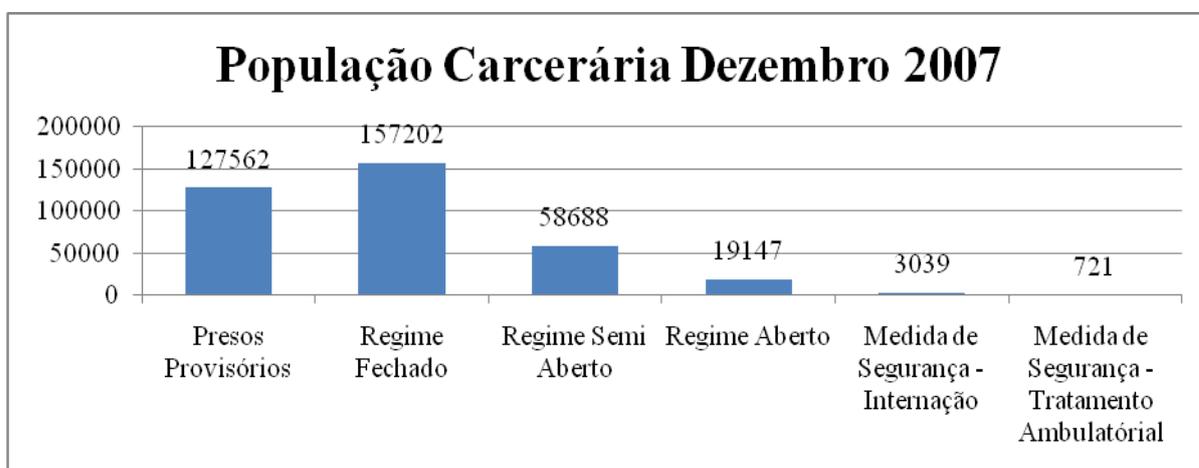
Esse gráfico expressa os números de presos e internados de dezembro de 2006, quando 21 Estados informaram o quantitativo daqueles em seus territórios. Reiterando a afirmação anterior, nota-se o crescimento do número de presos, vez que considerando as variáveis do gráfico supra, o montante corresponde a 321.435. Nesse período, os presos primários com

¹⁰⁴ Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

uma condenação correspondem a (58.465), os presos primários com mais de uma condenação (34.161) e os presos reincidentes foram (67.948).¹⁰⁵



O gráfico anterior com dados relativos ao mês de junho de 2007, no qual foi registrado o número de presos e internados de (360.539). Nesse mês, os presos primários com uma condenação somam (83.359), os presos primários com mais de uma condenação (44.006) e os presos reincidentes foram (94.185).¹⁰⁶

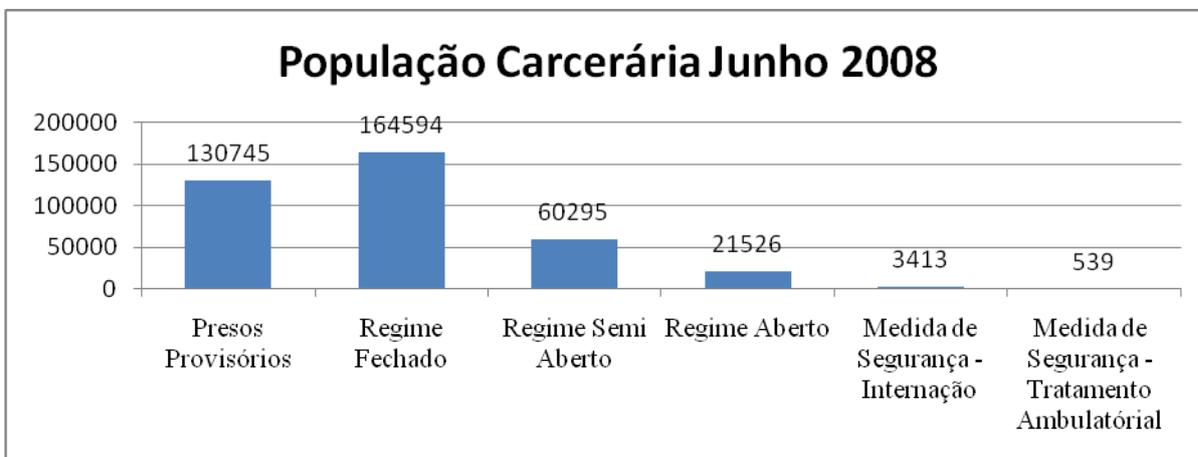


Nesse gráfico, temos os números de presos e internados de dezembro de 2007, quando 27 Estados informaram o quantitativo daqueles em seus territórios. Verifica-se um crescimento do número dessa população em relação ao montante do semestre anterior, vez

¹⁰⁵Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

¹⁰⁶Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

que, considerando as variáveis do gráfico supra, o montante corresponde a 366.359. Os presos primários com uma condenação totalizam (94.209), os presos primários com mais de uma condenação (51.575) e os presos reincidentes foram (74.439).¹⁰⁷



No gráfico de junho de 2008, os 27 Estados informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim considerando as variáveis do gráfico desse mês foram registrados (381.112) dessa população. Os presos primários com uma condenação somam (97.606), os presos primários com mais de uma condenação (54.034) e os presos reincidentes foram (74.736)

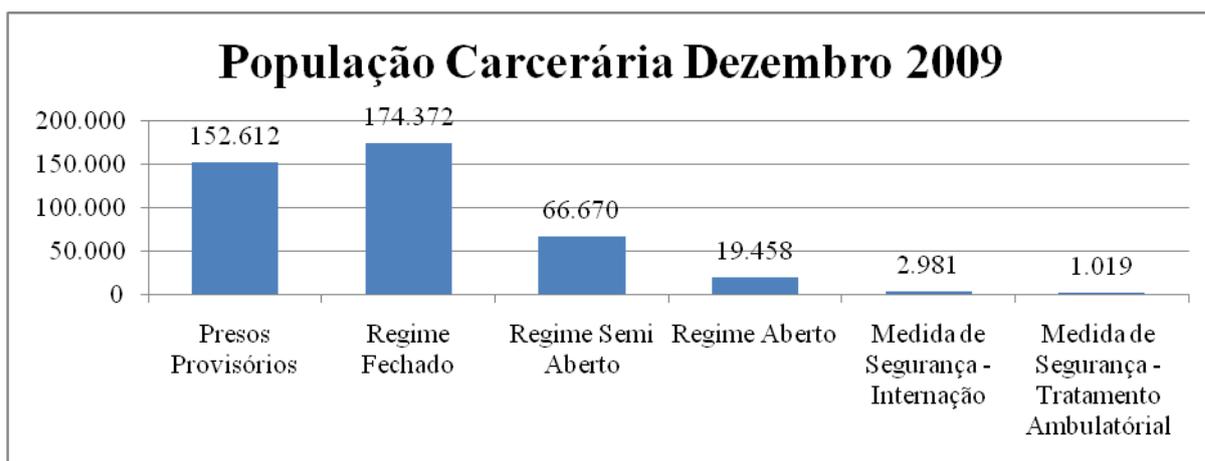


¹⁰⁷ Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

Nesse gráfico, dezembro de 2008, todas as Unidades da Federação informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim considerando as variáveis do gráfico desse mês foi registrado um total de (393.488) dessa população.¹⁰⁸



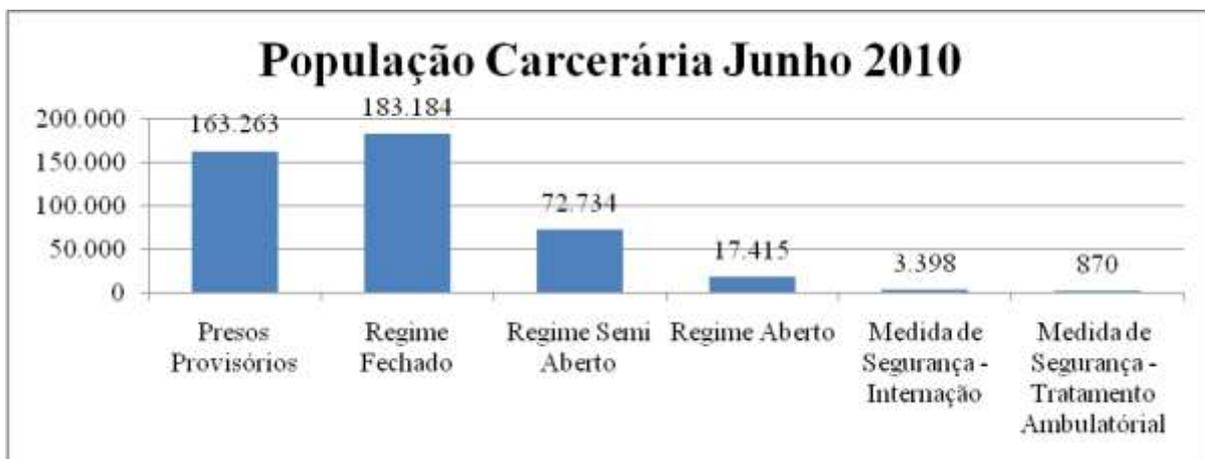
No gráfico de junho de 2009 todas as Unidades da Federação informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim, considerando as variáveis do gráfico desse mês, foi registrado um total de (409.287) dessa população.¹⁰⁹



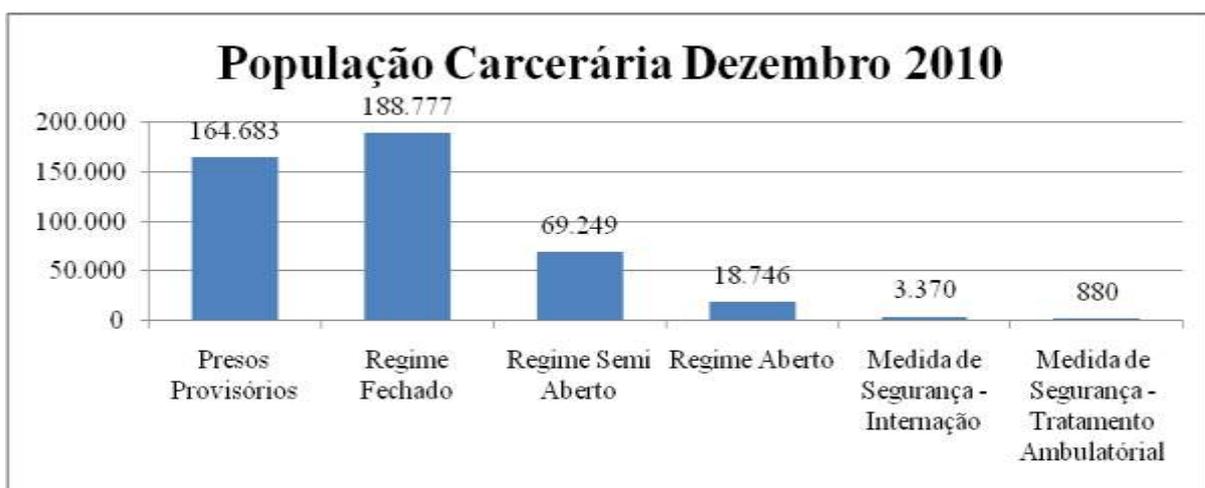
¹⁰⁸ Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

¹⁰⁹ Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

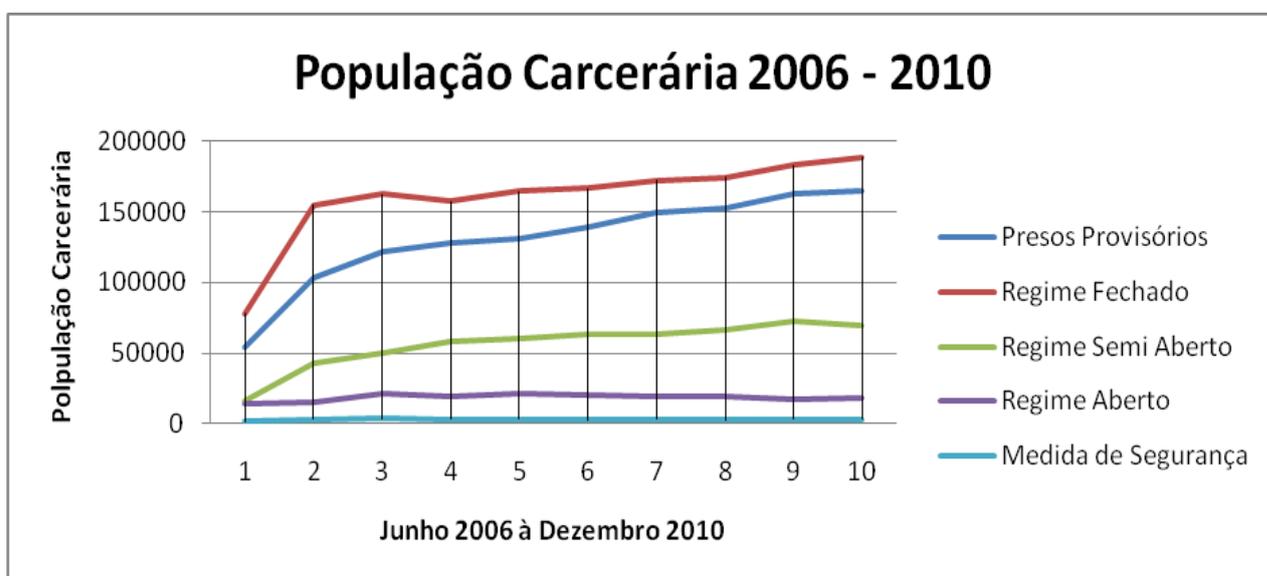
Nesse gráfico, dezembro 2009, todas as Unidades da Federação informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim considerando as variáveis do gráfico desse mês, foi registrado um total de (417.112) dessa população.



Nesse gráfico, junho 2010, todas as Unidades da Federação informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim, considerando as variáveis do gráfico desse mês, foi registrado um total de (440.864) dessa população.



Nesse gráfico, dezembro 2010, todas as Unidades da Federação informaram os dados inerentes aos presos e internados de seus respectivos territórios. Assim considerando as variáveis do gráfico desse mês, foi registrado um total de (445.705) dessa população.¹¹⁰



Esse último gráfico aglutina as informações expostas nos dez gráficos anteriores e tem por finalidade revelar o crescimento do número de crimes no país, pois os presos provisórios são indicadores de uma possível condenação posterior; é algo que pressupõe também, o possível cometimento de algum delito anterior, tendo em vista que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, consoante a Carta Política atual.

Os indicadores referentes aos regimes fechado, semi-aberto e aberto expressam; em razão da condenação prévia, a noção exata do cometimento dos delitos, sendo seus números crescentes, como bem ilustram as linhas traçadas entre os meses de junho de 2006 a dezembro de 2010.

As medidas de segurança externam uma condição peculiar dos inimputáveis, contudo, também contribui para elevar as estatísticas criminais, porque, por exemplo, um homicídio seja ele praticado por um agente imputável ou não, sempre será fato de conotação criminal, independente do tratamento posterior dispensado pelo judiciário.

¹¹⁰ Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun de 2014.

5.2 Finalidade da Teoria Mista

Podemos concluir, em apertada síntese, que as teorias mistas da pena são adotadas pelo Código Penal brasileiro, sendo tais teorias compostas de finalidades, as quais consistem na reprovação e prevenção das condutas delitivas; o primeiro caso ocorre com a imposição da sanção penal ao delinqüente; na prevenção, a ideia gira em torno da inibição de futuros delitos, quando busca disseminar uma espécie de consciência coletiva, fazendo com que o povo saiba que quando incorre numa conduta típica haverá como repostar do poder público uma sanção penal.

Sobre o direito de punir do Estado, Beccaria, ao citar Montesquieu, ressalta que o ato da autoridade de homem para homem não pode transcender a necessidade absoluta para tal fim, sob pena de configura-se tirânico¹¹¹

Nas lições desse autor, as penas têm como finalidade impedir que o acusado cometa novos delitos contra os demais integrantes do contrato social, como também que os demais indivíduos não façam igualmente, por conseguinte, ao se determinar a pena que se escolha aquela que seja mais eficaz em criar uma impressão durável na índole dos homens, sem que haja desproporção e que seja o menos torturante possível para preso.¹¹²

Sobre a finalidade da pena, vejamos algumas jurisprudências acerca da matéria; nesse sentido o ministro José Américo dos Santos do Superior Tribunal Militar ao relatar, em sede de julgamento, a apelação: (STM - AP: 261620117100010 CE 0000026-16.2011.7.10.0010), ressaltou a “necessidade de apenar o infrator, ainda que no grau mínimo, visa a conter repetições futuras” fato que denota a natureza da prevenção geral da pena.¹¹³

José Américo dos Santos numa outra ocasião, (STM - AP: 73820117020202 SP 0000007-38.2011.7.02.0202) enfatiza novamente sobre a finalidade da pena na perspectiva da

¹¹¹ BECCARIA, Cesare Bonassa. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ícone, 2006, p.31.

¹¹² BECCARIA, Cesare Bonassa. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ícone, 2006, p.59.

¹¹³ Disponível em: <http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23061724/apelacao-ap-261620117100010-ce-0000026-1620117100010-stm>. Acesso em 11 de jun de 2014. Segue o julgado: “APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. MILITAR EM SERVIÇO. SUBTRAÇÃO DE QUANTIA EM DINHEIRO. PATRIMÔNIO PARTICULAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. DESVALOR DA CONDUTA. REPROVABILIDADE. QUEBRA DA CONFIANÇA RECÍPROCA. OFENSA AOS PADRÕES ÉTICOS DE CONDUTA. FINALIDADE DA PENA. PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CASSADA. Incorre nas penas cominadas ao delito de furto o militar que, às escuras, investe contra as posses de colega de farda, tendo a consciência da ilicitude do fato e suprimindo do legítimo proprietário o poder de disposição sobre a coisa. A incidência do princípio da insignificância penal esbarra na expressividade do dano patrimonial, visto que o valor da res furtiva não se revelou irrisório em cotejo com a situação econômica do ofendido. A necessidade de apenar o infrator, ainda que no grau mínimo, visa a conter repetições futuras (prevenção geral) e a punir, exemplarmente, o infrator da norma incriminadora, notadamente porque denegriu o sentimento de lealdade e confiança cultuado no convívio militar. Decisão unânime.” (STM - AP:

prevenção geral e especial, vez que seu argumento segue no sentido de que em função da violência ocorrida no interior da caserna, “trote”, praticada por militares, torna-se imprescindível a repressão “como imperativo de pronta resposta penal (prevenção especial da pena), seja como forma de inibir comportamentos nocivos no futuro (prevenção geral)”.¹¹⁴

261620117100010 CE 0000026-16.2011.7.10.0010, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 06/12/2012, Data de Publicação: 11/01/2013 Vol: Veículo: DJE)

¹¹⁴Disponível em: <http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23053727/apelacao-ap-73820117020202-sp-0000007-3820117020202-stm>. Acesso em 11 de jun de 2014. Segue o julgado: “EMENTA: APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL LEVE. COAUTORIA. "TROTE" NO QUARTEL. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO PARQUET MILICIENS. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA. MATERIALIDADE COMPROVADA. "EXAME DE HIGIDEZ". FINALIDADE DA PENA. PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL. Seja como imperativo de pronta resposta penal (prevenção especial da pena), seja como forma de inibir comportamentos nocivos no futuro (prevenção geral), torna-se inarredável a repressão de toda forma de violência intra muros, em especial daquelas decorrentes de "trote", episódio de agressão gratuita de militar contra militar. Cometem o crime de lesão corporal leve os militares que se reúnem ao redor de companheiro de caserna e contra ele desferem uma sequência de golpes com o punho cerrado, impingindo-lhe dor e causando sucessivos desmaios e diminuição da mobilidade do ombrodireito. A materialidade delitiva é extraída do "exame de higidez", e a autoria foi revelada desde o princípio da persecução penal. Sentença absolutória cassada, para condenar os agressores como incurso no tipo incriminador do art. 209, caput, do CPM. Apelo ministerial provido. Decisão por maioria.” (STM - AP: 73820117020202 SP 0000007-38.2011.7.02.0202, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 22/10/2012, Data de Publicação: 22/11/2012 Vol: Veículo: DJE)

6. CONCLUSÃO

Sabendo que a teoria mista engloba os elementos das teorias anteriores, de modo a propor a conjugação de três elementos, os quais são a reprovação do crime, a prevenção do delito e a ressocialização do infrator.

Nisso transmite uma impressão de que a sociedade caminha por uma via, na qual se chegará a um patamar considerado aceitável sobre o número de delitos praticados.

Os doutos, ao desenvolverem suas fórmulas ideológicas sobre o universo jurídico, concordam e discordam de muitas coisas, o que nos parece normal em face da subjetividade contida no íntimo de cada ser social, contudo, existe convergência no pensar ou no acreditar de cada um, para certos aspectos, dessa forma existe uma expressão da qual parece não haver discordância.

O direito é o dever ser, pois expressa uma conotação teleológica e axiológica em função do reflexo social, ou seja, é algo posto como objetivo a ser alcançado, sendo compreendido como adequado para a boa convivência entre os integrantes do contrato social.

A afirmativa retro apresenta-se como algo pacífico entre os doutrinadores da área, tendo em vista a constante busca de evolução e consciência social. Nesse sentido, a carta política dispõe de normas programáticas, consoante seu artigo 3º, que tem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa forma, o país busca essa realidade, sendo que ainda não é o que presenciamos. Então, nesse exato momento, há o que se denomina de ser. Esse em regra seria o produto do dever ser, então, o ser como produto do dever ser, reside no mundo dos fatos, que apesar do vínculo umbilical existente entre ambos, notamos um paradoxo nessa relação de causa e efeito, pois tenhamos o dever ser como as teorias mistas da pena e o ser como a realidade criminal do país.

Como informado anteriormente, a prevenção geral cria uma consciência coletiva no intuito de inibir a criação de delinquentes e a prevenção especial não só reprova a conduta delitativa, como também destina-se a recuperar o criminoso na perspectiva de fazê-lo manso, submetido as regras do contrato social, dispondo de suas convicções criminais em função do

interesse maior, qual seja a ordem social, o respeito as convenções sociais, aos direitos individuais e coletivos, etc.

O paradoxo reside no desencontro entre o dever ser e o ser, pois a relação de causa e efeito não se completa. Desse modo, podemos inferir que não parece haver a prevenção do cometimento de novos delitos e muito mesmo a recuperação social do delinqüente.

Com base na correlação entre os elementos das teorias mistas (prevenir, reprovar e ressocializar), com o aumento da criminalidade, é possível fazer uma afirmação dessa natureza.

Em termos mais específicos, há os indivíduos que parecem não se intimidarem com a possibilidade de receberem uma sanção penal ao cometer qualquer crime.

No capítulo cinco desse trabalho, foi retratado uma série de números registrados pelo Ministério da Justiça acerca da população carcerária do país. Nesse sentido, dez gráficos retratam o montante de presos no período compreendido entre o mês de junho de 2006 a dezembro de 2010, a cada ano temos dois registros, sempre nos meses de junho e dezembro respectivamente.

Nessa representação, são adotadas as variáveis (presos provisórios, em regime fechado, regime semi-aberto, regime aberto; medida de segurança (internação) e medida de segurança (tratamento ambulatorial) para todos os gráficos no período supracitado.

O em 2006, junho e dezembro, o montante de presos e internados soma: (164.837 e 321.435); em 2007, em junho e dezembro, o montante de presos e internados soma: (360.539 e 366.359); em 2008, junho e dezembro, o montante de presos e internados soma: (381.112 e 393.488); em 2009, junho e dezembro, o montante de presos e internados soma: (409.287 e 417.112); em 2010, junho e dezembro, o montante de presos e internados soma: (440.864 e 445.705).

Esses números são crescentes. Dessa forma, comprovam que a teoria em análise não tem obtido êxito na sua finalidade, vez que diante de sua proposta, já discutida em momento anterior, deveria haver uma diminuição dos crimes ocorridos, seja por sujeitos primários ou reincidentes. Considerando uma perspectiva mais pessimista dessa teoria, deveria pelo menos haver uma estabilização dos índices dos delitos ocorridos, contudo, não é o que acontece. Dessa forma, podemos considerar que a teoria mista da pena não é meio suficiente para operar a redução da criminalidade no país, mesmo sendo indicada pela maioria da doutrina como o melhor fundamento entre aquelas que se propõem a justificar a imposição da sanção penal, ao particular, pelo poder público.

REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelo de Paiva Abreu, LAGO, Luiz Aranha Correa do. A economia brasileira no Império, 1822-1889. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/td584.pdf>. Acesso em 29 abr. 2014.

AMARAL, Ariel Carneiro, Pena de morte. Disponível em: <http://carneiro.jusbrasil.com.br/artigos/111686526/pena-de-morte>. Acesso em 12 de mai. 2014.

ANDRADE, Vera R. P. Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/45-finalidades-da-pena-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 02 de jun de 2014

ARAÚJO, Maria Célia Soares, O Estado Novo. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/estado_novo.htm. Acesso em 07 de mai. 2014.
Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+fechado>. Acesso em 07 de mai 2014.

BECCARIA, Cesare Bonassa. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Ícone, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. acesso em 5 de mai. 2014.

BRASIL, Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 5 de mai. 2014.

BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 5 de Fev. 2014.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 5 de fev 2014.

BRASIL, Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 05 de mai 2014.

BRASI, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 8 de mai de 2014.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 07 de mai de 2014.

BRASI, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 8 de mai. de 2014.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm acesso em 08 de mai. de 2014.

BRASIL, Decreto n. 847 – de 11 de outubro de 1890. Disponível em : <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 6 maio 2014.

BRASIL. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 13 de mai. de 2014.

BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 13 de mai de 2014.

CAPELA, Fábio Bergamin. Pseudo-evolução do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2795>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

COLTRIM, Gilberto. História e Consciência do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1996.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6186234/habeas-corpus-hc-126738-rs-2009-00118647>. Acesso em 13 de mai de 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+semi-aberto>. Acesso em 07 de mai 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+aberto>. Acesso em 07 de mai 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pena+de+pris%C3%A3o+simples>. Acesso em 07 de mai. 2014.

Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23362401/agravo-em-execucao-penal-agepn-2973-mg-0002973-7720124013803-trf1>. Acesso em 12 de mai de 2014.

Disponível em: Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={47E6462C-55C9457C99EC5A46AFC02DA7}&BrowserType=NN&LangID=ptbr¶ms=itemID%3D{38622B1F-FD61-4264-8AD4-02215F6598F2}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 7 de fev. 2014.

Disponível em: População carcerária do Brasil atingiu 550 mil presos em junho <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>. Acesso em 10 de fev. 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+semi-aberto>. Acesso em 07 de mai 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regime+aberto>. Acesso em 07 de mai 2014.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Pena+de+pris%C3%A3o+simples>. Acesso em 07 de mai 2014.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6186234/habeas-corpus-hc-126738-rs-2009-0011864-7>. Acesso em 13 de mai. de 2014.

Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/faq/p1.php. Acesso em 13 de mai de 2014.

FALCONI, Romeu, Lineamentos de Direito Penal, São Paulo: Ícone, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. Impunidade no Brasil – Colônia e Império. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200011&script=sci_arttext. Acesso em 5 de mai. 2014.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALLO, Anderson Henrique. Análise crítica das teorias da pena. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2953, 2 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19678>. Acesso em 5 fev. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Caso Isabella: processos midiáticos, prisões "imediáticas" - Luiz Flávio Gomes. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080509170150479&mode=print. Acesso em 12 de mai 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8334>. Acesso em 6 fev.2014.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal parte geral, Rio de Janeiro, Ímpetus, 2010.

História do Brasil Colônia – O Período Colonial. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/colonia>. Acesso em 24 de Abr. 2014.

HORTA, Ana Célia Couto Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344. Acesso em 16 de mai de 2014.

JESUS, Damásio E. de. Pena de prestação de serviços à comunidade cumprida em empresa privada com fins lucrativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1679, 5 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10910>>. Acesso em 12 de mai 2014.

LARA, Silvia Hunold, Ordenações Filipinas-Livro V – Disponível em: <http://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=11152>. Acesso em 25 de Abr. 2014.

LEITE, Gisele. Aspectos da evolução doutrinária do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3806, 2 dez. 2013. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/25651>>. Acesso em 6 maio 2014.

LIBERATTI, Giovana de Oliveira, A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal da ressocialização. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com/doutrina/texto.asp?id=3302>. Acesso em 6 mai. 2014.

MACEDO, Guilherme Costa, A circunstância agravante da reincidência à luz das teorias da pena. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7075. Acesso em 5 de fev. 2014.

MACIEL, José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas-considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 25 de Abr. 2014.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duerk. Fundamentos da Pena. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MELLO, Vico Denis S. de, A. DONATO, Manuella Riane. O Pensamento Iluminista e o Desencantamento do Mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. Disponível em: <http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/attachments/article/118/O%20Pensamento%20Iluminista%20e%20o%20Desencantamento%20do%20Mundo.pdf>. Acesso em 13 de mai. de 2014.

Ministério da Justiça: Disponível <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-45>. Acesso em 06 de jun. de 2014.

NETO, Inácio Carvalho, *Aplicação da Pena*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLDONI, Fabiano. Pena restritiva de direito mais gravosa que a privativa de liberdade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3220>>. Acesso em 11 mai. 2014.

Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em 26 abr. 2014.

PANTONI, Roberta Alessandra: As finalidades da pena a partir de uma concepção contemporânea do Direito Penal: O funcionalismo moderado. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2789. Acesso em 7 de fev. 2014.

PAZZINATO, Alceu L. SENISE, Maria Helena V. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Ática, 2003.

PRADO, Luis Regis. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REY, Marcos, *Causas da Proclamação da República*. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/causas_proclamacao_republica.htm. Acesso em 5 de mai. 2014.

ROXIN. Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993.

SANTIAGO, Emerson, *Poder Moderador*. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/poder-moderador/>. Acesso em 5 de mai.2014.

SIRVINSKAS, Luis Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Caroline Andrade, *Uma síntese teórica das escolas do direito penal*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-sintese-teorica-das-escolas-do-direito-penal,42665.html>, Acesso em 16 de mai de 2014

TASSE, Adel El, Teorias da Pena, Curitiba: Juruá, 2010.

Teoria adotada pelo código penal. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/3170693/teoria-adotada-pelo-codigo-penal>. Acesso em 5 de Fev. 2014.

TROTTA, Wellington O entendimento de justiça na filosofia do direito de Hegel. Disponível em: http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/o_entendimento_de_justica_na_filosofia_do_direito_de_hegel.pdf. Acesso em 26 de mai. de 2014.

VICENTINO, Cláudio. História Geral. São Paulo: Scipione, 1994.

ZAFRARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal. Tradutores: Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.