

A FORMAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Eneida Orbage de Britto Taquary*

Resumo

O artigo objetiva discutir a formação do sistema normativo penal brasileiro, com levantamento histórico das normas penais, desde as Ordenações do Reino até o Código Penal de 1940, destacando os principais princípios e institutos.

Palavras-chave: Sistema normativo penal brasileiro. Reserva legal. Preceito primário e secundário. Bens e interesses jurídicos.

1 Introdução

O sistema normativo penal brasileiro possui origem no direito português. Obviamente, ao utilizar-se a expressão sistema normativo pretende-se denominar o conjunto de normas que foram utilizadas no Brasil desde o seu descobrimento e que influenciou na formação da legislação penal brasileira. Essa ressalva é importante porque somente em 1830 é que o Brasil tem o primeiro conjunto de normas penais sistematizadas em um código, anteriormente ao primeiro Código Criminal das leis que vigiam em

* Mestre em Direito e Mestre em Direito das Relações Internacionais, professora de Direito Penal do Uniceub.

Portugal, contidas nos denominados Livros que estavam contidos nas Ordenações do Reino de Portugal.¹

As Ordenações do Reino não se caracterizavam como códigos, mas como uma coletânea de leis que eram distribuídas em livros e cujo conteúdo versava sobre os vários ramos do Direito.²

Na esfera penal, apesar de se encontrarem normas penais nos livros das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, cada uma delas, subsequente à outra, retratava a anterior, com alguns acréscimos; daí porque o Livro V das Ordenações Filipinas é tão marcadamente divulgado. Não porque tenha sido o melhor elaborado, mas porque representava a sistematização das normas penais anteriores e algumas poucas inovações.³

Apesar da repetição das leis, já se diferenciava nos tipos em abstrato o preceito primário e o secundário.⁴ No primário, a descrição dos elementos específicos do crime e, no secundário, a pena cominada. A aplicação do princípio da reserva legal já estava presente no Brasil, determinando que “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.⁵

O Livro V das Ordenações Filipinas que vigorou durante o Brasil Colônia foi substituído após a outorga da Constituição de 1824 que, em seu texto, estabelecia a elaboração de um código civil e criminal. O Código

¹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60.

² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60.

³ *Ibidem*, p. 27-60.

⁴ O tipo em abstrato contém os elementos objetivos, subjetivos e normativos. É a descrição do comportamento humano, comissivo ou omissivo, doloso ou culposos, com ou sem previsão de resultado, estabelecido em um título do Código Penal, mediante a proteção de um bem ou interesse jurídico. Os preceitos primário e secundário estão contidos nos chamados elementos genéricos da infração penal, o fato típico e antijurídico.

⁵ PIERANGELI, op. cit., p. 27-60.

Criminal veio em 1830, bem antes do Código Civil, que somente surgiu em 1916.⁶

O Código Criminal do Império representa a primeira sistematização de legislação penal no Brasil e sua estrutura perpetuou-se até o código penal vigente.⁷

O referenciado Código era disciplinado em duas partes: a geral e a especial. Na parte geral, as normas penais não incriminadoras e classificadas em explicativas, declarativas ou permissivas, consoante trouxessem em seu bojo um esclarecimento sobre a utilização das normas, uma assertiva afirmativa ou negativa sobre a interpretação de determinado instituto ou a previsão de um princípio. Por fim, a permissão de violação de um princípio em condições excepcionais e, na parte especial, os crimes e a cominação das penas. Os bens e interesses jurídicos eram disciplinados em títulos e capítulos, sendo que o primeiro título tratava dos Crimes Contra o Estado que ofendiam o imperador e que se confundiam com a pessoa jurídica do Império. Depois eram disciplinados os crimes referentes à pessoa física.

Note-se já adotados nesse texto legal o princípio da reserva legal e todos os seus corolários como: o da anterioridade da lei penal; o da irretroatividade da lei; o da cominação da penas previamente; o da individualização da pena; o da culpabilidade; bem como o da fixação da qualidade e quantidade de penas.⁸

O Código Criminal do Império perdurou durante sessenta anos, isto é, enquanto não chegou a República que, proclamada, deveria ensejar uma

⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980. p. 27-60.

⁷ *Ibidem*, p. 27-60.

⁸ *Ibidem*.

mudança drástica na legislação penal, o que, todavia não veio tão rapidamente.

O Código Criminal da República, datado de 1890, não trouxe nenhuma alteração quanto à tipificação de crimes e à previsão de bens jurídicos tutelados. A estrutura era a mesma estabelecida no Código Criminal de 1830, todavia, a pena de morte prevista no nosso ordenamento jurídico, desde as Ordenações do Reino por influência do Direito Português e que persistiu até o advento do Código Penal do Império, de 1830, foi banida definitivamente em 1855⁹, não por vontade do legislador, mas por força do erro cometido no julgamento de Mota Coqueiro que foi condenado à pena de morte e só depois se descobriu o verdadeiro autor do crime. Em razão da situação política delicada por que passava o Império Brasileiro, aliado ao erro do Judiciário, a comoção social era tamanha que se aboliu a pena de morte para conter qualquer movimento popular.¹⁰

A proibição da aplicação da pena de morte, como sanção penal, tornou-se princípio constitucional e representa a filosofia de um sistema jurídico; daí porque é proibida em diversos países da Europa, como Portugal, Espanha, Itália, França, Áustria, Finlândia, Noruega, Suíça, Suécia, bem como no Canadá e na América Latina, destacando-se a Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia, bem como no Brasil. Por outro lado, há países que adotam há muito, em especial, países do oriente.¹¹

⁹ A abolição da pena de morte, segundo Luiz Luisi decorreu do injusto enforcamento de Mota Coqueiro, que sempre afirmou ser inocente. Daí em diante, Dom Pedro II, comutava a pena de morte pelas pena de prisão perpétua.

¹⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1972. p. 10-40.

¹¹ AMBOS, Kai F. Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma. In: CHOUCKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 127.

Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

Recentemente, a pena de morte foi discutida no Comitê Preparatório para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional e foi um dos temas mais polêmicos, pois “lá, já havia se tornado claro que só uma abordagem modesta podia levar a consenso, dadas as divergências fortes das soluções nacionais respectivas”, devido à adoção daquela pena em vários países.¹²

Somente após mais de quarenta anos, o Código Penal Brasileiro renova-se e traz em seu bojo a previsão da proteção da pessoa humana em primeiro plano, pois passa a denominar-se no Título I, da Parte Especial, Crimes Contra a Pessoa.

O Código Penal Brasileiro passa a adotar vários princípios, inclusive o instituto da substituição da pena por penas restritivas de direitos e ainda a previsão expressa da progressão do regime de cumprimento de pena, em seus arts. 32 a 44, respectivamente.¹³ Os princípios passam a conferir outra característica ao sistema penal brasileiro, a de zelar de forma categórica pelos direitos e liberdades do indivíduo frente às limitações impostas pela lei penal, sistema esse que recebe o nome de garantismo penal.¹⁴ Daí a afirmação de Dworkin, de que “a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”,¹⁵ pois é por intermédio do princípio que poderá ser obtido o exato significado e alcance da lei.

¹²AMBOS, Kai F. Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma. In: CHOUCKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 127.

¹³BRASIL. *Código penal*. 45. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 39-42.

¹⁴FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Poaula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50

¹⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 403.

Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

Ademais inicia-se o processo de intervenção mínima do Direito Penal nas relações sociais, expresso pelo princípio de mesma denominação, o que já era defendido por Ferrajoli, ao afirmar que o supracitado princípio tem sua origem na legislação alemã, datada de 1969, por meio da qual a sanção penal “dever ser a necessária e a mínima das possíveis”.¹⁶

Logo, pode-se concluir que os movimentos europeus e as crises políticas internas promoveram mudanças importantes na defesa dos direitos fundamentais, em especial na área penal, consubstanciadas no Código Penal Brasileiro, de modo a estabelecer as penas cominadas e os respectivos regimes de cumprimento de pena, adotando o sistema de progressão, no art. 59, do Código Penal.¹⁷

2 As sanções penais no código penal de 1940

Segundo o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988 e art. 1º do Código Penal Brasileiro, toda conduta humana tipificada como infração penal deve ter suas elementares e circunstâncias descritas na norma penal, assim como a pena a ser aplicada. Para cada conduta humana, uma determinada pena.¹⁸

Cada norma penal incriminadora tem em seu preceito primário a descrição da conduta humana que viola o bem ou interesse jurídico, bem como todos os seus requisitos. Esses requisitos, elementos ou elementares estão descritos no caput de cada um dos artigos da lei penal. No preceito

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Poaula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 464.

¹⁷ BRASIL. *Código Penal*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Ver Parte Geral, p. 423. Note-se que o sistema de progressão de regime de penas possibilita ao autor do crime a mudança de regime de cumprimento de pena: fechado para semi-aberto e finalmente para o aberto, diminuindo-se paulatinamente o rigor do estabelecimento penitenciário.

¹⁸ BRASIL. *Código Penal*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.

Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

secundário, tem-se a descrição da pena a ser cominada a infração a que se vincula.

Além das elementares, à infração penal podem estar relacionadas circunstâncias, que são, como o nome está a indicar, dados eventuais ou ocasionais que determinam a punição mais ou menos severa, segundo a conduta humana seja maior ou de menor gravidade.¹⁹

Para tais circunstâncias pode haver cominação de pena atenuada ou agravada; um percentual de aumento ou de diminuição, ou, simplesmente, uma qualificadora ou privilégio, a critério do julgador.²⁰

Logo, para cada descrição de uma conduta humana deve ser prevista uma sanção penal sob pena de não se individualizá-la. A individualização da pena deve ter, portanto, três momentos: a cominação, a aplicação e a execução. A cominação é realizada pelo Poder Legislativo, quando propõe as leis penais e já estabelece previamente a sanção penal correspondente.

A aplicação, realizada pelo Poder Judiciário, é a fase na qual o juiz natural, aquele que tem competência para conhecer da matéria com base na previsão feita pelo Legislador, passa a fazer a dosimetria da pena, aplicando-a em correspondência à infração penal praticada. Depois, a fase é do Poder Judiciário e Executivo. Ambos irão executar a pena concretamente aplicada ao autor da infração penal.²¹

As penas no âmbito penal podem ser de três espécies: privativas da liberdade, restritivas de direitos e multa, consoante o art. 32, do Código Penal Brasileiro.

¹⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20-54.

²⁰ *Ibidem*, p. 20-54.

²¹ *Ibidem*, p. 20-54.

O sistema normativo penal brasileiro adota a progressão de regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade, mas também a regressão de regimes desde que aplicadas as penas privativas de liberdade de reclusão, detenção e prisão simples. A pena de reclusão é prevista com sanção para crimes, juntamente com a pena de detenção, já a prisão simples, apenas para as contravenções.

É necessário lembrar ainda que as denominadas infrações de menor potencial ofensivo, os crimes, cuja pena máxima seja igual ou não exceda a dois anos e todas as contravenções penais, devem receber, regra geral, o tratamento da Lei nº 9.099/1995. Logo, nesses casos, as penas sempre serão restritivas de direitos, ou seja, as denominadas alternativas.

2.1 Penas privativas da liberdade

As penas privativas de liberdade são aquelas que suprimem o direito fundamental do indivíduo à locomoção, por determinado tempo. Este é o traço característico comum às penas de reclusão, detenção e prisão simples.

As penas de reclusão e detenção são cominadas apenas para os crimes, enquanto a pena de prisão simples sempre será cominada às contravenções penais. Em ambos os casos, as penas privativas de liberdade são aplicadas de forma alternativa, cumulativa ou isoladamente com a pena de multa, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.²²

Outro traço diferenciador das penas privativas de liberdade é o sistema de cumprimento de pena. Consoante o art. 33, as penas de reclusão são cumpridas em regime fechado, as de detenção, em regime semi-aberto e

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 2.

Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

aberto. Também as penas de prisão simples são cumpridas em regime semi-aberto e aberto.²³

Além dessas distinções, podem-se elencar ainda as previstas no art.33, § 1º, e 2º do Código Penal, que estabelece o regime de cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima e média para o fechado, permitindo o trabalho em serviços ou obras públicas durante o período diurno e o isolamento durante o repouso noturno (art. 34 §§, do CP); as colônias agrícolas e industriais ou estabelecimentos similares destinados ao regime semi-aberto, durante o período diurno, e recolhimento em estabelecimento penitenciário, à noite, podendo freqüentar cursos supletivos, profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superiores (art.35 e seus §§, do CP); e o regime aberto que se estrutura na autodisciplina e responsabilidade do condenado, devendo ele permanecer “fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga” (art. 36 e seu §§, do CP).²⁴

Note-se que, segundo o art.33,§ 2º, o regime será fechado, quando a pena aplicada for superior a oito anos; semi-aberto, sendo o condenado primário e a pena aplicada for inferior a oito e superior aos quatro anos; e o regime aberto, quando o condenado for primário e a pena não exceder ou for igual há quatro anos.²⁵

As penas privativas da liberdade têm o cumprimento limitado há trinta anos, mediante unificação, podendo o condenado, se apenado a pena

²³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 2.

²⁴ TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 73-77.

²⁵ *Ibidem*, p. 73-77.

superior a trinta anos, conforme art.75, caput, e seu § 1º, da Lei Penal, ser submetido primeiramente à execução da pena mais grave e posteriormente a menos grave, havendo concurso de infrações, em consonância com o art. 75, § 2º, da norma penal. Ressalte-se que, sobrevindo doença mental, o preso deverá ser recolhido em estabelecimento compatível, como os hospitais de tratamento psiquiátrico ou sanatórios, denominados pela lei penal de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (art.41), suspendendo-se a pena privativa de liberdade.²⁶

O preso conserva todos os seus direitos, com exceção dos decorrentes da punição, como a privação da locomoção (art.38); tem direito aos benefícios da Previdência Social e a trabalho remunerado (art.39), bem como a detração penal (Art.42) que é o abatimento do tempo de cumprimento de prisão provisória (prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia, ou condenatória não transitada em julgado) no cômputo da pena aplicada na condenação.²⁷

Deve-se mencionar que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art.59 do Código Penal, devendo ser fixado pelo juiz que apreciou a ação penal, posto que o nosso sistema é progressivo quanto ao cumprimento das penas, com exceção dos crimes hediondos, nos termos da Lei nº 8.8072/1990.

Finalmente, a disciplina do preso será regrada consoante o regime de cumprimento de pena, e consoante o art. 40 do CP, “a legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e

²⁶ I TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 73-77.

²⁷ *Ibidem*, p. 73-77.

transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções”.²⁸

2.2 Fundamentos da aplicação da pena

A pena tem seu fundamento em três sistemas ou teorias. São eles:

Teoria absoluta - segundo essa teoria a pena é aplicada porque houve uma violação às normas regentes do sistema jurídico do qual o infrator faz parte. Com a conduta ilícita, há o rompimento da ordem que deve ser reparado. A forma de se reparar esse rompimento é aplicada a pena. Note-se ainda que, segundo Kant, é um imperativo categórico, posto que, havendo a violação da norma, deve ser aplicada a pena, posto que o próprio indivíduo concorda com a restauração do sistema pela sanção.²⁹

Teoria relativa ou da prevenção - segundo essa teoria, a pena deve ser aplicada para que sirva de prevenção às futuras condutas delituosas. Selecionam-se os bens jurídicos e protege-os pela tipificação de condutas. Intimidam-se os cidadãos pela norma. Caso a prevenção geral não seja suficiente, deve ser aplicada a pena, com o intuito de prevenção especial ou intimida-se especialmente aquele indivíduo pela aplicação da pena. É a prevenção especial.³⁰

Teoria mista ou eclética – a pena é aplicada para que sirva da prevenção geral e simultaneamente para que haja a reinserção do indivíduo criminoso na sociedade pelo cumprimento de sua pena. Pune-se, porque devem ser evitados novos crimes e deve-se punir aquele que violou o bem

²⁸ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 73-77.

²⁹ *Ibidem*, p. 73-77.

³⁰ *Ibidem*, p. 73-77

jurídico que a sociedade entende, por seus representantes, deva ser protegido.³¹

2.3 Regimes de cumprimento de pena

Consoante o § 2º, do art. 33 do Código Penal, as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado. Essa assertiva é a expressão do sistema progressivo de cumprimento de pena vigente no Brasil. Encontra o seu fundamento jurídico no texto constitucional, art. 5, inciso XLVIII, que estabelece o cumprimento de penas em estabelecimentos distintos, segundo a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Deve ser a pena individualizada.

Dessa forma, o Juiz, ao aplicar a pena, deverá estabelecer o regime de cumprimento, segundo os critérios estabelecidos na legislação penal.

Note-se que os regimes de cumprimento de pena são três: o fechado, o semi-aberto e o aberto.

O sistema fechado (art.33, alínea a, c/c art.34, do CP) é aplicável aos estabelecimentos penitenciários de segurança máxima ou média. O isolamento somente ocorre no período noturno, visto que é facultado o trabalho no período diurno, no próprio estabelecimento e desde que compatíveis com os objetivos da execução da pena. Há possibilidade de trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas.

O preso conserva os seus direitos, com exceção da liberdade de locomoção e outros que decorram do regime de cumprimento da pena. E,

³¹ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 73-77. v. 1.

Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

para cada três dias trabalhados, o preso terá abatimento de um dia em sua pena, posto que ocorre a remissão.

O sistema semi-aberto (art.33, §1º, alínea b, c/c art. 35 do CP) é caracterizado pelo trabalho em comum, durante o dia, em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares.

Há autorização para trabalhos externos, bem como para cursos profissionalizantes, de ensino médio ou superior. No período noturno, o condenado ficará sujeito ao isoladamente. No Distrito Federal, existe o Núcleo de Prisão semi-aberta.

O sistema semi-aberto (art.33, § 1º, alínea c, c/c art.36 do CP) é caracterizado pela autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. A execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado, no período noturno e dias de folga, podendo, durante o dia, trabalhar, estudar ou exercer atividade autorizada pelo Juiz. No Distrito Federal, não existe casa do albergado, daí muitas vezes o regime ser o domiciliar.

O regime aberto poderá ser convertido em semi-aberto ou fechado, se o condenado praticar crime doloso ou se frustrar os fins da execução da pena, consoante o art. 36, § 2º, do Código Penal.

2.4 Regras para fixação dos regimes de cumprimento de pena.

Os regimes de cumprimento de pena, tais quais as penas, não poderão ser fixados aleatoriamente pelo Juízo, que fica adstrito, conforme preceitua o art. 59, aos limites estabelecidos pelo legislador ao cominar previamente as penas. Dessa forma, deverá observar os parâmetros fixados pela lei penal, no art. 33, § 2º.

Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

O regime de cumprimento de pena será inicialmente fechado se o autor do crime for condenado há mais de oito anos de pena privativa da liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a. Será inicialmente semi-aberto, se o autor do crime for condenado há mais de quatro anos e menos de oito anos à pena privativa da liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b.

Todavia, se a pena cominada for igual ou inferior a quatro anos, o condenado fará jus ao regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c.

Dois exceções eram impostas no tocante à determinação do regime de cumprimento de pena. A primeira referia-se aos crimes hediondos que, por força do art. 2º, § 1º da Lei nº. 8.072/1990, deveriam ser cumpridos em regime integralmente fechado. A segunda vinculava-se ao crime de tortura, que, apesar de ser crime hediondo, permitia ao condenado por tal crime iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, autorizando expressamente a progressão para regimes menos rigorosos, consoante o art.1º, § 7º, da Lei nº. 9.455, de 07 de abril de 1997.

Note-se, no quadro abaixo, a previsão de regime de cumprimento de pena, quando do advento da Lei nº 9.099, de 25 de julho de 1990.

Crimes Hediondos	Crime de Tortura	Crimes punidos com pena Privativa de liberdade superior a 8 anos	Crimes punidos com pena de liberdade superior a 4 anos e inferior a 8.	Crimes punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos.
Integralmente Fechado*	Inicialmente Fechado	Inicialmente Fechado	Regime Semi-aberto	Regime Aberto

Obs: Contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo aplicam-se penas restritivas de direitos - alternativas

* Antes do advento da Lei nº 11.464/2007

Atualmente, com o advento da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, o quadro acima foi alterado para permitir a progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos dois últimos anos, era firmada sempre no sentido de permitir a progressão de regime de cumprimento em crimes hediondos, apesar da vedação legal.³²

2.5 Penas restritivas de direitos

Até a reforma da Parte Geral do Código Penal, no ano de 1984, por intermédio da Lei nº 7.209, de 11 de junho, as penas restritivas de direitos eram apenas três: prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

A substituição das penas privativas da liberdade, segundo o art. 44, do CP, pelas restritivas de direitos, deveria ocorrer em quatro situações: crimes culposos, crimes cuja pena não exceda a um ano; o condenado não fosse reincidente; e ainda aquelas situações em que a culpabilidade, os

³² Confira nos julgamentos do *habeas corpus* nº. 82.959, Medidas cautelares em *habeas corpus* 92.477-8 - São Paulo, Relator: Min. Gilmar Mendes, Paciente(s): João Faria, Impetrante(s): Alberto Zacharias Toron e outro; Coator (a/s)(es): relatora do *habeas Corpus* nº. 89.875 do Superior Tribunal de Justiça; *habeas corpus* nº. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 10.9.2006; *habeas corpus* nº. 88.231/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 5.5.2006.

Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

anteriores, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicassem que essa substituição fosse suficiente.

A reforma acima, todavia, visava “uma política criminal orientada no sentido de proteger sociedade”, mas restringindo os casos de penas privativas da liberdade aos casos extremos, “como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.”³³ Estabeleceu, assim, a implantação das penas alternativas à pena de prisão, por meio de substituição de penas.

Após, aproximadamente cinco anos do surgimento da Lei n/ 8.072¹⁹⁹⁰,³⁴ implantou-se no Brasil a Lei n.º. 9.099, de 26 de setembro de 1995, criando as infrações de menor potencial ofensivo: os crimes cuja pena não excedesse a um ano e todas as contravenções penais. Os crimes tiveram o máximo da pena aumentado de um para dois anos, em razão da Lei n.º. 10.259, de 12 de julho de 2001, que estabeleceu o Juizado Especial Criminal Federal.

Consoante a Lei n.º. 9.099/1995, as infrações de menor potencial ofensivo são da competência do juízo especial criminal, não se realizando inquérito policial para sua apuração, mas o termo circunstanciado. Também, não mais se impõe prisão em flagrante ou pagamento de fiança, caso o autor

³³ BRASIL. *Código penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Exposição de Motivos do Código Penal, n.º. 26.

³⁴ Entre o lapso de tempo de 1984 e 1990, pressionados pelos crimes de extorsão mediante seqüestro que vitimizava empresários e outras personalidades abastadas da sociedade brasileira, o Presidente da República, à época, Fernando Collor de Melo, promulga a famigerada Lei de Crimes Hediondos, Lei n.º. 8.072, de 25 de julho de 1990, estabelecendo no seu art. 1º os crimes hediondos e prevendo em seu art. 2º, § 1º, o regime integralmente fechado de cumprimento de pena para tais delitos. A norma impedia, portanto, a progressão de regime de cumprimento de pena, criando um abismo no sistema penal brasileiro que vinha paulatinamente esvaziando o cárcere, com a progressão do regime fechado para o semi-aberto e aberto. Foi um movimento em que se retornou, por incapacidade do Estado, ao rigor das penas. Saía vitorioso o movimento Lei e Ordem.

de infração de menor potencial ofensivo compareça imediatamente ao juízo ou preste o compromisso de fazê-lo, nos termos do art. 69, *caput*, e parágrafo único, da Lei mencionada.

Na audiência, há a composição dos danos pelas partes, sendo reduzida a escrito e homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível. O termo terá natureza jurídica de título executivo, exigível no juízo cível - art. 73, parágrafo único, da Lei nº. 9.099/1990.

Havendo a composição, implica renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme seja crime de ação privada ou pública condicionada à representação (art. 74, parágrafo único, Lei nº 9.0099/1990).

Não havendo a composição, a vítima poderá em audiência, em caso de ação penal privada ou pública incondicionada, representar contra o autor, ou em caso de ação penal pública incondicionada, poderá o Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta, consoante art.75 e 76, da Lei nº. 9.099/1990.

Em 1998, outra alteração substancial no Código Penal, a Lei nº 9.714, de 25 de novembro altera o Art.43, acrescentando no rol das penas restritivas de direito, às já existentes, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, mantendo a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (art.43, *caput*).

Note-se que se tem o sistema de penas alternativas aplicadas em substituição às penas privativas da liberdade no âmbito do Código Penal e ainda o sistema instituído no âmbito da Lei nº 9.099/1995, que prevê a composição dos danos pelas partes, e não ocorrendo a proposta de transação

Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

penal realizada pelo Ministério Público, que imporá obrigatoriamente uma pena restritiva de direito ou multa.

Não se admite a proposta se ficar comprovado que o autor é reincidente em crime (há sentença transitada em julgamento); ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, e ainda não indicarem os antecedentes a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida, conforme art. 76 da Lei nº 9.099/1995.

Note-se que, após a aceitação da proposta pelo autor da infração e seu defensor, será ela submetida ao juízo que, ao acolher a proposta efetuada pelo Ministério Público, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, “sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.” (art.76, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.099/1995).

2.5.1. Espécies de penas restritivas de direitos

O Código Penal Brasileiro estabelece no rol do art. 45, as penas restritivas de direitos, comumente denominadas de alternativas. São as penas pecuniárias, a de prestação de serviços à comunidade e a entidades públicas, a perda de bens e valores, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Note-se que, na atual Lei antidrogas,³⁵ é possível também a admoestação verbal, vedada à época da reforma penal da Parte Geral, datada de 1984, de ser introduzida no rol das penas alternativas.

³⁵ BRASIL. *Código Penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 45
Revista *Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

As penas alternativas podem substituir as penas privativas da liberdade e são originalmente aplicadas em infrações de menor potencial ofensivo e ainda aos casos de crimes que admitem a transação penal.

2.5.1.1. Pena pecuniária – art. 45 do Código Penal

Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social (art.45, § 1º do CP). Poderá ser de outra natureza se o beneficiário concordar, nos termos do art. 45, § 2º, do Código Penal.

A importância é fixada pelo Juiz com base no salário mínimo. Não pode ser inferior a um e nem superior a 360 salários mínimos.

Havendo coincidência de beneficiários, o valor pago poderá se deduzido do valor da condenação na ação de reparação civil.

2.5.1.2. Perda de bens e valores–art. 45, § 3º, do Código Penal

Consiste na perda em favor do Fundo Penitenciário do proveito obtido com a prática do crime pelo autor ou do montante do prejuízo causado, sempre o que for de maior valor, consoante art. 45, § 3º, do Código Penal.

2.5.1.3. Prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas - art. 46, § 1º, do Código Penal

Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, conforme art. 46, § 1º, do CP, sendo aplicadas em casos em que a pena privativa de liberdade imposta for superior a 6 meses (caput do art.46). Poderão ser realizados em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, na

conformidade do art. 46 § 2º, do Código Penal. Devem, tais tarefas, levar em conta as aptidões do condenado e não devem ser inferiores há uma hora diárias pela quantidade de dias de condenação.

Caso a pena substituída seja superior a um ano, a tarefa imposta poderá ser cumprida, consoante a deliberação do condenado, em tempo menor, mas nunca em tempo inferior à metade da pena privativa de liberdade imposta, conforme art. 46, § 4º, do diploma penal.

2.5.1.4. Interdição temporária de direitos - art. 47, do Código Penal

Consoante o art. 47, do Código Penal, consiste em limitações aos direitos da pessoa condenada à pena privativa de liberdade.

Essa interdição é temporária, motivando seu encerramento quando totalmente cumprida. São elas: proibição do exercício de cargo; exercício profissional; atividade ou ofício que dependam de habilitação especial; da licença da autorização do Poder Público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar determinados lugares.

2.5.1.5. Limitação do fim de semana - art. 48, do Código Penal

Consiste em espécie de interdição temporária de direitos e na obrigação do condenado a permanecer, aos sábados e domingos, cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

No período de cumprimento da limitação do final de semana, poderão ser ministrados cursos, palestras ou atribuídas atividades educativas, conforme art. 48 e seu parágrafo único.

3 Conclusão

A partir do estudo das penas e dos regimes de cumprimento delas, observa-se que o legislador brasileiro estabeleceu penas privativas da liberdade no preceito secundário das infrações penais em consonância com a necessidade de repressão àquelas, mas, proporcionalmente ao dano ou ao perigo causado ao bem ou interesse jurídico. Também estabeleceu um sistema coerente de cumprimento de penas que será apreciado consoante a quantidade e qualidade de pena a ser atribuída ao criminoso de acordo com suas condições e características pessoais.

Além desses institutos, previu-se a substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, numa manifestação inequívoca de que outras alternativas visando a repressão à prática do crime estão sendo estabelecidas pelo Estado Brasileiro. Nesse contexto, surge o cumprimento da pena de reclusão em regime disciplinar diferenciado.

THE FORMATION OF THE BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

Abstract

This article aims to discuss the formation of the Brazilian criminal regulatory system, with historical survey of criminal law, from the Kingdom Ruling up until the Criminal Code of 1940, highlighting the main principles and institutes.

Revista Universitas Jus, Brasília, vol. 17, jul./dez. 2008.

Key-words: Brazilian criminal legal system, legal reserve; primary and secondary precept; judicial property and interests.

Referências

AMBOS, Kai F. Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma. In: CHOUCKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BRASIL. *Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Poaula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.