

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO

Rita de Cássia Lopes da Silva

Professora de Direito Penal II e Direito Penal III no Curso de Ciências Jurídicas do Cesumar. Advogada criminal do Serviço de Assistência Judiciária da Universidade Estadual de Maringá. Mestranda pela Universidade Estadual de Maringá.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Código Criminal do Império. 2.1. Generalidade. 2.2. Das Penas. 2.2.1 Execução das Penas. 3. Código Penal Republicano de 1890.3.1. Generalidade. 3.2. Das Penas. 3.2.1 Execução das Penas. 3.3 Consolidação das Leis Penais. 4. Código Penal de 1940.4.1. Generalidades. 4.2 Das penas. 4.2.1 Execução das Penas. 4.3 Das Medidas de Segurança. 5. As Reformas. 5.1. Código de 1969. 5.2. A Reforma Penal de 1977.5.3 A reforma Penal de 1984. 5.3.1 Penas Privativas de Liberdade. 5.3.2 Penas Restritivas de Direito. 5.3.3 Multa. 5.4 Lei 8.072/90. 5.5 Lei 9.099/95.5.6 Lei 9.268/96. 5.7 Lei 9.503/97. 6. Suspensão Condicional da Pena. 7. Livramento Condicional. 8. Considerações Finais. 9. Bibliografia

1. Considerações iniciais

Diz Manoel Pedro Pimentel que "a história da pena é a história da humanidade"¹.

O trabalho que se segue traz, de maneira bastante singela, alguns aspectos da história do Direito Penal no Brasil, desde as Ordenações do reino, dando especial relevo às sanções penais e sua aplicação no direito brasileiro.

Não se buscou, nessa matéria, aprofundado estudo sobre o assunto, mas tão somente um mergulho na história, fazendo um apanhado genérico e suscinto dos caminhos percorridos pela pena

em nosso Direito.

A incursão histórica começa com o Código Criminal do Império, apontado como de destaque para o seu tempo e uma desvinculação com o anterior direito medieval; continua com o Código Republicano, elaborado às pressas e objeto de severas críticas, terminado com o Código atual e suas inúmeras e incontáveis alterações, no decorrer de mais de quarenta anos, desde a sua promulgação.

Poderemos constatar que

¹ O Drama da Pena de Prisão, p. 49.

nossa legislação penal, avançou em termos de pena, mas ainda não o suficiente; não só no que diz respeito às penas, e sua execução, mas também em matéria de Direito Penal.

2. - Código Criminal do Império

2.1 - Generalidades

A Constituição Imperial outorgada em 25 de março de 1824, na vigência das Ordenações Filipinas² retrata o apogeu das idéias liberais. Nesse contexto histórico, formou-se a Constituição de 1824, que refletiu a adoção das idéias liberais, trazendo em seu texto a enumeração de todos os direitos e garantias individuais do cidadão.³

O artigo 179, expressão

máxima da adoção dessas idéias, "reúne como premissas do novo regime punitivo alguns dos postulados iniciais do Direito Penal liberal; os mais opostos ao regime das Ordenações, como o princípio da igualdade de todos perante a lei (§ 13); o da não retroatividade da lei penal (§ 30); o de que a pena não passará da pessoa do criminoso (§ 20)".⁴

Sob a vigência desta Constituição, desde a sessão de 4 de maio de 1827, da Câmara dos Deputados, passou-se a trabalhar na elaboração do novo Código com a apresentação do projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos - base do Código Criminal -, aprovado em sessão da Câmara e Senado, em 23 de outubro de 1830 e sancionado em 16 de dezembro pelo Imperador D. Pedro I.

² *Portugal foi o Primeiro país Europeu a possuir um Código completo que tratasse de todas as matérias atinentes à administração estatal (Cf. PINHO, Ruy Rebello. História do Direito Penal Brasileiro: Período Colonial, p. 5). As Ordenações Afonsinas - publicada em 1446 no Reinado de D. Afonso V - vigoravam quando do descobrimento do Brasil, seguiram-na as Ordenações Manoelinas de 1521 e as Filipinas de 1603 com o intermezzo, entre as duas últimas, das 'Leis Extravagantes' coligidas pelo licenciado DUARTE NUNES DE LEÃO a mando de el rei D. Sebastião" (Cf. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, v. 1, p. 84). As ordenações, traziam no livro V matéria atinente ao direito penal. A característica principal e comum às três ordenações, está no rigorismo e iniquidade; nas penas crudelíssimas cominadas às infrações, que além de serem bárbaras, eram desiguais, arbitrarias, onde "as figuras delituosas se amontoavam sem nexos, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa redação dos textos em que se condensam as condutas delituosas e respectivas sanções" (MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 86).*

³ GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, p. 118-119.

⁴ BRUNO, Aniba/, Direito Penal, p. 164

Tratava-se de um Código que trouxe avanços. "De índole liberal, a que, aliás, não podia fugir, em face do liberalismo da Constituição de 1824, inspirava-se na doutrina utilitária de Benthan."⁵ Teve como modelo e fonte principal o Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819⁶, não se filiando "nem a um nem a outro, tendo sabido mostrar-se original em mais de um ponto"⁷

Nesse particular, Roberto Lyra, buscou trazer algumas originalidades do Código, apontando: "1° - no esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2° - na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3° na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa e napolitana, e adotada muito tempo após; 4°

no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; 5° - na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio de imprensa, antes da lei belga e, portanto, é esse sistema brasileiro e não belga, como é conhecido; 6° - a indenização do dano *ex-delito* como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7° - na imprescritibilidade da condenação"⁸

Noronha, preocupando-se com os pontos negativos desse Código evidencia a ausência de definição de culpa, pois faz alusão apenas ao dolo (art. 2° e 3°), muito embora, por meio da Lei n.o 2.033, de 1871, fizesse alusão ao homicídio e às lesões corporais culposos. Destaca a diferença de tratamento para com os escravos, a cominação das penas de galés e de morte com a justificativa de que havia a necessidade "da pena capital para o elemento servil em face de seu nível inferior de vida, pelo que inócuas lhe seriam as outras penas. Além do que acusa uma mistura entre a Igreja e o Estado

⁵ NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, p. 66

⁶ SEGURADO, Duarte Milton. *O Direito no Brasil*. P. 354.

⁷ CI. BRUNO, Anfbal, op. cit., p. 165.

⁸ *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*, p. 89 apud NORONHA, E. Magalhães, op. cit., p. 67-68.

com uma confusão entre figuras delituosas e ofensas à religião estatal"⁹.

Roberto Lyra, por sua vez, destaca que o Código antecipou aspectos de "individualização e indeterminação relativa das penas"¹⁰, bem como deu atenção aos motivos, a reparação do dano pela própria sentença criminal. Segundo o autor, "as circunstâncias de menoridade eram desconhecidas pelas legislações francesa, napolitana e austríaca e, por muito tempo, não foi adotada. Ainda em relação aos menores o Código de 1830, iniciando o primado que viríamos a obter, concedeu arbítrio ao juiz no julgamento dos réus de idade inferior a 14 anos"¹¹.

Dividia-se em quatro partes: Parte I - Dos Crimes (Título I Dos Crimes, e II - Das Penas); Parte II - Dos Crimes Públicos (Título I - Dos Crimes contra a existência

política do Império; II - crimes contra o livre exercício

dos poderes políticos; III - crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos; IV - crimes contra a segurança interna do império e pública tranquilidade; V - crimes contra a boa ordem e administração Pública; e VI - crimes contra o tesouro público e propriedade Pública); Parte III - Dos Crimes particulares (Título I - contra a liberdade individual, II - contra a segurança individual; III - contra a propriedade e IV crimes contra a pessoa e a propriedade) e Parte IV - Dos crimes policiais.¹²

Pelas suas disposições via-se a incidência do adágio do *nullum crimen sine previa lege*, ou seja, só seria considerado crime o que a lei determinasse como tal.

A tentativa era considerada crime, bem como a ameaça de fazer o mal; o crime, por sua vez, era concebido como uma ação ou omissão voluntária, contrária à lei.

⁹ *Idem*, p. 67.

¹⁰ *Cl. LYRA, Roberto*, Comentários ao Código Penal, p. 59.

¹¹ *idem, ibidem*.

¹² *Cl. SEGURADO, Milton Duarte*, *op. cit.*, p. 355-356.

2.2 - Das Penas

O Código do Império contemplava penas restritivas da liberdade e privativas de direitos que deveriam ser previstas pela lei e proporcionais ao delito, demonstrando preocupação com a sua adequação prévia com a nação legal.

Aplicavam-se as seguintes penas: morte pela força, galés perpétuas, galés temporárias, prisão com trabalho forçado (art. 44), prisão simples, banimento do país (exílio - art. 50), degredo para lugar determinado (art. 51), desterro para fora do lugar do delito ou da principal residência do réu e do ofendido (art. 52), perda de emprego, suspensão de emprego, multa. As penas de prisão com trabalho forçado e prisão simples, segundo Roberto Lyra, eram cominadas a pelo menos, dois terços dos crimes¹³.

A pena de banimento tinha duplo caráter, ou seja, tanto apresentava-se como privativa de liberdade quanto restritiva de direito. Além de privar os condenados, perpetuamente de habitarem o território do

Império, privava-os de seus direitos de cidadão, para sempre. Deve se notar, no entanto, que a pena de banimento não foi cominada à nenhuma infração penal.

A pena de degredo, restritiva de direito, obrigava o condenado a residir, por tempo determinado, onde a sentença indicasse, não podendo de lá sair. Sendo que deveria ser lugar diverso da comarca onde residia o condenado.

A pena de desterro, também restritiva de direito, constrangia o condenado a sair do lugar do delito, da sua principal residência e da principal residência do ofendido, sendo que era impedido a eles retornar pelo período imposto na sentença.

A pena de galés era pena privativa de liberdade, e obrigava os condenados a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, devendo os presos permanecerem à disposição do Governo em trabalhos públicos da província em que tivesse sido cometido o delito. Não era aplicada às mulheres, menores de 21 anos e maiores de 60¹⁴.

¹³Cl. L VRA op. cit. p. 59.

¹⁴Cl. LVRA, idem, ibidem.

Havia, além dessas penas, o açoite que era aplicado tão somente aos escravos quando incorressem "pena que não seja a capital ou de galés." (art. 60).

Segundo Jorge Severiano Ribeiro, a discussão mais acirrada foi sobre a pena de morte, sendo aprovada por pequena maioria e "aplicava-se-a, aparatosamente, sendo seguido assim o conselho de Puffendorf, tão criticado por Cunha Azevedo (O Cód. Peno Do Imp. Do Brasil), de 'que a pena de morte é estéril para o exemplo, sem o fúnebre aparato da execução'."¹⁵

Em 1855 por revogação tácita de D. Pedro II, foi a última vez que se executou a pena de morte. Conta nossa História que em Macaé ocorreu um erro judiciário que consternou D. Pedro II e que em decorrência disso resolveu jamais efetivar a pena capital, passando a comuta-la pela pena de galés perpétuas.¹⁶

Com o dec. 774, de 20 de setembro de 1890 aboliu-se,

expressamente a pena de morte.

Destaca Luiz Regis Prado, quanto as sanções pecuniárias, que pela primeira vez usou-se o sistema de dias-multa para "que a bem da verdade histórica, deveria ser denominado também de sistema brasileiro".¹⁷ Previa que "a pena de multa obrigará aos réus, ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo"(art. 55)¹⁸.

Contemplava o código, ainda, a isenção de apenamento em casos de legítima defesa própria, de terceiros e de seus direitos, e para quem impunha resistência a ordens ilegais.

Na fixação das penas previa a influência de circunstâncias agravantes e atenuantes, e a

¹⁵ *Código Penal dos Estado Unidos do Brasil*, p. 95.

¹⁶ O que ocorreu foi o seguinte: Manuel da Mota Coqueiro, condenado pela morte de Francisco Benedito da Silva, sua mulher e seis filhos, foi enforcado, embora protestasse inocência. De fato, mais tarde, um caboclo de nome Herculano, em seu leito de morte, confessou ao filho a autoria dos homicídios, comprovando a aclamada e ignorada inocência de Mota Coqueiro.

¹⁷ *Elementos de Direito Penal - Parte Especial*, p. 42.

¹⁸ *Idem*, p. 45

determinação de que a deveria permanecer dentro dos limites legais (art. 15).

2.2.1 - Execução das Penas

Como dito alhures, na Constituição de 1824, no artigo 179 - reflexo das idéias liberais - via-se preocupações com as garantias individuais do cidadão, o que refletiu-se, diretamente, na preocupação com a execução da pena privativa de liberdade. Segundo o texto legal as casas deveriam ser limpas e arejadas; deveria haver separação entre os detentos pela natureza do delito praticado. Merece destaque a abolição da tortura, da marca de ferro quente, e de todas as penas cruéis.

Mesmo assim, a execução das penas não tinha nenhuma outra regulamentação que não fosse o próprio Código Criminal.

Foi o Ministro da Justiça Eusébio de Queirós, quem primeiro manifestou preocupação com o assunto. O autor do regulamento da Casa de Correção

do Rio de Janeiro, no relatório, depois da inauguração do estabelecimento, demonstrou hesitação na preferência entre o sistema pensilvânico¹⁹ e o auburniano²⁰. Diante disso, o então ministro Nabuco de Araújo, julgou melhor experimentar ambos os sistemas, e segundo regulamento da Casa de Correção, datado de 14 de janeiro de 1882, adotou o sistema auburniano.

O fato é que as prisões estavam subordinadas às autoridades policíacas e, como dizia Pádua Fleury, incentivando o sistema irlandês, "Fala-se todos os dias em reforma do regime penitenciário; mas não há reforma do que não existe; e onde, em que parte do País temos nós um regime penitenciário?"²¹

A verdade é que "o Império não nos ofereceu mais que um tímido e confuso ensaio do sistema auburniano".²²

¹⁹ Sistema prisional que surgiu na Filadélfia e em Pittsburgo consistia no isolamento completo do sentenciado, de noite e de dia.

²⁰ Sistema prisional que nasceu em New York, na penitenciária de Auburn, consistia no isolamento noturno em células individuais e em trabalho comum, durante o dia; sendo impedida a comunicação entre os sentenciados.

²¹ *Apud* LYRA, Roberto, op. cil., p. 106.

²² Cf. Lyra Roberto, op. cil., p. 106.

No que diz respeito à pena de morte, quanto à sua execução, dizia o Código Criminal, em seu artigo 40:

"O Réu, com seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais públicas até a fôrça, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu escrivão, e da fôrça militar que se fôr requisitar.

No acompanhamento precederá o porteiro lendo em voz alta, a sentença que se fôr executar.

De se observar que a pena de morte pela força "tinha um ritual macabro que acompanhava o condenado e impunha a proibição do enterro 'com pompa' (arts. 38 a 42)"²³ Devia ser executada no dia seguinte à intimação, não podendo ocorrer, aos sábados, dias santos, ou de festa nacional. Ficava excluída da execução a mulher grávida; só sofrendo a execução 40 dias após o parto.

Ainda quanto à pena de morte, Roberto Lyra, acrescenta que pela lei de 10 de junho de 1835, no artigo 4º, deveria ser aplicada aos escravos que matassem, por qualquer maneira propinassem

veneno, ferissem gravemente ou fizessem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, à sua mulher, a descendente ou ascendente, a feitor e às suas mulheres que com eles vivessem. A imposição de morte, nestes casos precisava de dois terços do número dos votos, executando-se a sentença sem nenhum recurso. Por decreto de 9 de março de 1837, determinou-se que a sentença fosse comunicada ao governo geral, no município da côrte, e aos presidentes, nas províncias, aos quais competia ordenar a execução ou submeter o caso ao poder moderador, com efeito suspensivo.²⁴

Quanto à pena de galés, tinha-se, no art. 44 do mesmo estatuto:

"A pena de galés sujeitará os réus a andarem com a calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde estiver sido cometido o delito à disposição do Governo."

A pena de prisão com trabalho era executada dentro das

²³ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 59.

²⁴ Op. cit. p. 63. Acrescenta o autor que 'anteriormente, não se executaria a sentença de morte, em qualquer parte do Império, sem que, antes, a apreciasse o chamado *poder moderado* (decreto de 11 de abril de 1829)'

prisões e o trabalho desenvolvido diariamente, na conformidade das sentenças e do regulamento das prisões (art. 46). Podia ser substituída pela prisão simples enquanto não fossem estabelecidas as prisões adequadas para o seu cumprimento, devendo ser acrescida de sexta parte (art. 49).

A pena de prisão simples era cumprida nas prisões públicas pelo tempo determinado na sentença (art. 47). Se a pena não fosse superior a seis meses poderia ser cumprida em qualquer prisão no lugar da residência do condenado ou outro lugar próximo, devendo a sentença conter tal determinação (art. 48).

Quanto à pena de multa o seu não pagamento no prazo de oito dias, por quem podia fazê-lo, provocava o recolhimento do condenado à prisão (art. 56); se não tivesse condições para o pagamento seria condenado a tanto tempo de prisão com trabalho quanto necessário para obter-se o montante fixado (art.57).²⁵

²⁵ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 46.

3 - Código Penal Republicano de 1890

3.1 - Generalidades

Com a emancipação dos escravos, a 13 de maio de 1888, e a queda da monarquia (1889), surgiu a necessidade de modificações no Código Criminal do Império. O primeiro passo foi de Joaquim Nabuco que, em 04 de outubro daquele ano, apresentou, à Câmara dos Deputados, um projeto que autorizava uma edição oficial das leis penais de forma a adaptá-las à realidade do país. Não se chegou a discutir o projeto.

João Vieira de Araújo, apresentou ao Ministro da Justiça um anteprojeto de nova edição do Código Criminal, tendo sido designada uma comissão, composta do Visconde de Assis Martins, José Rodrigues Tôres Neto e Conselheiro João Batista Pereira, para estudar o projeto. Em 10 de outubro, a comissão concluiu pela necessidade de uma reforma completa da legislação penal. De tal mister foi

incumbido - pelo Conselheiro Cândido de Oliveira, Ministro dos Negócios da Justiça - Batista Pereira.

Com a proclamação da República, permaneceu Batista Pereira com o honroso mister, sendo então, nomeado por Campos Sales, Ministro da Justiça no Governo Provisório. Assim, em 11 de outubro de 1890 foi o projeto transformado em Código Penal.

Era um Código que visava suprimir as lacunas de seu antecessor. De tantas críticas que sofreu a mais severa foi no sentido de apontá-lo como o pior Código vigente. Tratava-se de um Código realizado "de forma apressada, antes da Constituição Federal de 1891", ignorando o contexto histórico que era de franco desenvolvimento.²⁶

Os crimes e sua forma de sistematização dentro do Código mereceram severas críticas. Foram 412 artigos distribuídos em quatro livros.

Tinha como características essenciais a estrita proporcionalidade entre delito e

pena; adotando, com relação à esta última um critério rígido, excluindo o arbítrio judicial; transformou a culpabilidade em pressuposto para a responsabilidade penal, que, só existiria se o agente fosse moralmente imputável; estabeleceu a distinção entre autores e cúmplices; enumerou taxativamente as circunstâncias atenuantes e agravantes. Classificou os delitos iniciando pelos crimes contra o Estado, como poder político e, incluiu as contravenções em seu último livro.²⁷

Noronha afirma que "a classificação dos crimes não obedece a rigoroso espírito de sistema. A técnica, às vezes, é lamentável. Causava pasmo o nome dado ao título referente aos crimes contra os costumes "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor - estando compreendidos como delitos contra a honra das famílias o estupro de meretriz,

²⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 43.

²⁷ MARTINS, José Salgado, *Direito Penal*, p. 79

o lenocínio, etc. Na casuística do estelionato, deixava para enumerar em quinto lugar (art. 338, n.o 5) o tipo básico ou fundamental do delito".²⁸

A má sistematização do código levou à necessidade de criação de inúmeras leis que, dada à uma certa confusão por isso criada, a solução encontrada foi a reunião dos novos diplomas, por Vicente Piragibe, na Consolidação das Leis Penais pelo Decreto n.o 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

3.2 - Das Penas

Determinava o Código Penal que nenhum crime seria punido com penas superiores ou inferiores à estabelecida em lei; nem poderia ser outra. Vale dizer: havia uma obediência nítida à necessária previsão legal e à proporcionalidade das penas (art. 61).

Quando não houvesse pena determinada, fixando a lei somente o limite mínimo e máximo, deveria ser considerado três graus de pena, sendo que o grau médio estaria entre os extremos obedecendo, ainda, o critério legal

do concurso das atenuantes e agravantes (art. 62). Este critério, para a análise e incidência na pena de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como para o concurso entre ambas vinha explicitado no arts.38 e seus parágrafos.

O Estatuto Penal também cuidava do concurso de crimes fazendo diferenciação no apenamento se o "criminoso for convencido de mais de um crime" quando deveria somar-se as penas dos delitos (art. 61,§1º); de quem pratica "crimes da mesma natureza, cometido em tempo e lugar diferente contra a mesma ou diversa pessoa" quando deveria ser apenado com o grau máximo da pena de um dos crimes acrescido de sexta parte; (art. 66, §2º); e quem "quando o criminoso pelo mesmo fato e com uma só intenção, tiver cometido mais de um crime" devendo ser apenado com o grau máximo da pena mais grave (art. 61, § 3º).

No que se refere à pena de multa o Código de 1890 tratou-a "nos moldes do seu predecessor"²⁹

²⁸ Op. cit., p. 70.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Multa Penal*, p. 46

O Código determinava que se a soma acumulada das penas restritivas da liberdade excedessem trinta anos nesse tempo deveriam ser consideradas como cumpridas.

No Código Imperial havia previsão de penas de galés, banimento, degredo, desterro. Destas, o Código Republicano manteve a de banimento, aparentemente com as mesmas características. Contudo, a Constituição de 1891, eliminou-a de nosso sistema punitivo, havendo, posteriormente, reiteração da exclusão na Carta Política de 1934.

As penas estabeleci das neste Código eram: a prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda do emprego público, e multa (art. 43).

Aboliu as penas mais severas, inclusive a pena de morte, substituindo-as por sanções mais brandas e criou o regime penitenciário de caráter correcional. Muito embora a Constituição de 1891, abolisse a pena de morte, foi a mesma preservada, contudo, nas

disposições da legislação militar em tempo de guerra.

No entanto, a carta constitucional de 1937, restabeleceu a pena capital. Assim, além dos casos previstos na legislação militar em tempo de guerra, a lei prescrevia-a para crimes, que enumerava no art. 122, nº 13. Tratavam-se de delitos político-sociais, homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de crueldade, única infração comum contemplada. A enumeração foi ampliada pela lei constitucional nº 1 de 16 de maio de 1938, sendo que, se no texto constitucional encontrávamos uma faculdade, aqui há a determinação. A lei nova acrescentou a conjunção "ou" entre as expressões "homicídio fútil" e "extremos de perversidade".

Com o decreto-lei nº 431, de 18 de maio de 1938, definindo os crimes onde se aplicava a pena de morte, excluiu o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. A pena de morte, se executava por fuzilamento em uma das prisões do Estado, designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, e cabia a ele

determinar se a execução seria pública ou não.

Havia nesse Código uma mistura desordenada de penas principais e o que conheceríamos mais tarde como penas acessórias. Estas, por sua vez, nem sempre eram definidas como penas e haviam interdições perpétuas. Situavam-se no título destinado aos efeitos da condenação (art. 43). A previsão era inócua, confusa, de aplicação casual e execução descentralizada. Por vezes a interdição poderia funcionar como pena principal.

3.2.1 - Execução das Penas

O Código Penal da República adotou o sistema de Filadélfia, ou de Pensilvânia combinado com o auburniano e modificado pelo método irlandês³⁰

O artigo 40 do Código de 1890, continha preceito que determinava que a pena de prisão deveria ser cumprida em penitenciária. Dizia que "enquanto não entrar em inteira execução o sistema penitenciário, a pena de prisão

celular nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regime atual; e nos moldes em que os não houver, será convertida em prisão simples com aumento da sexta parte do tempo".

Contava-se com a previsão de penitenciárias agrícolas (art. 48) para o cumprimento da pena de prisão com trabalho, sendo que, onde não existia outro estabelecimento penitenciário, também nela podia ser cumprida toda pena de prisão celular.

Ao condenado a mais de seis anos que tivesse cumprido, com bom comportamento, metade da pena, era permitida a transferência para a penitenciária agrícola. Era-lhe permitido, ainda, o livramento condicional quando não excedesse de dois anos o restante da pena, desde que tivesse bom comportamento.

No entanto, mesmo onde havia estabelecimento especial para o cumprimento da pena de prisão celular, o condenado a pena superior a um ano, passado

³⁰ O sistema irlandês concilia o Auburniano e o pensilvânico, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. (Cf. LYRA, Roberto. op. cit., p. 91).

o período de isolamento celular (art. 45), devia ser transferido para a penitenciária agrícola. A primeira quarta parte do que excedia a um ano era destinada ao período de isolamento; a segunda quarta parte era cumprida em penitenciária agrícola, cumprida esta, teria direito ao livramento condicional.

Os decretos 16.588 de 6.9.1924, introduziu em nossa legislação a suspensão condicional da pena e o 16.665 de 6.11.1924 regulou o livramento condicional. As duas medidas vieram a beneficiar o cumprimento das penas privativas de liberdade de curta duração, favorecendo a liberação do condenado antes de finda a pena estimulando seu bom comportamento carcerário.³¹

No que se refere à suspensão condicional da pena, na Consolidação das leis penais aplicava-se, em certos casos, dependendo da natureza do crime. Tinha-se em vista, ainda, o pressuposto ético e subjetivo, bem como o caráter perverso e corrompido do indivíduo, que era revelado através de exame das condições individuais, pelos

motivos que determinaram e circunstâncias que cercaram a infração da norma penal.

Em 1930 realiza-se a conferência Penal e Penitenciária Brasileira. Já se vivia nesse período a criação e o funcionamento dos manicômios Judiciários, a criação dos Conselhos Penitenciários, da Inspeção Geral Penitenciária, do selo penitenciário.

3.3 - Consolidação das Leis Penais

O Código Penal Republicano, como visto, sofreu severas críticas tanto que três anos após entrar em vigor já existia movimento no sentido de reformá-lo. Fato é que inúmeras leis lhe socorreram nos anos que se seguiram tanto que em 1^o de dezembro de 1932, reconhecendo-se o volume de leis esparsas fez-se uma Consolidação das leis Penais, por trabalho de Vicente Piragibe e que foi publicado sob o título de "*Código Penal Brasileiro*, completado com as leis modificadoras em vigor".³²

³¹ FRAGOSO, Helena Cláudio, *Lições de Direito Penal*, p. 65

³² Cf. TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 60.

Essa Consolidação vigorou até o Código Penal de 1940 e serviu de transição abrangendo não só a legislação material como também a processual.

4 - Código Penal de 1940

4.1 - Generalidades

A verdade é que com o Código de 1890, nasceu com ele a tendência a reformá-lo. Três anos após, um projeto de novo Código Penal era apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Vieira Araújo e, dois outros foram apresentados na sequência, sem que qualquer um tivesse obtido êxito.

Em 1913, Galdino Siqueira também apresenta seu projeto de Código, mas não foi objeto de consideração legislativa.

Em 1927 Sá Pereira, apresenta seu projeto à Câmara dos Deputados, tendo sido aprovado por esta. Quando aguarda aprovação no Senado instituiu-se o Estado Novo (10 de novembro de 1937).

Nesse contexto histórico, Getúlio Vargas, entregou a Alcântara Machado a incumbência

de elaboração do

Código Penal, apresentado em 1938. O projeto foi modificado por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, sendo apresentado em 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942.

O Código recebeu influência do Código Rocco (1930) e do suíço (1937). Em consonância com a tendência político criminal que prevalecia na época, seguiu o mesmo caminho do projeto de Sá Pereira, sendo expressão de uma obra independente e irrefutavelmente de superioridade técnica.³³

Nessa ocasião, nos países europeus a ciência penal, em constante evolução, já discutia a revolucionária teoria da ação finalista de Welzel, transformando o novo Código, numa legislação de fim de ciclo, e que já estava sendo questionada em seus fundamentos no próprio continente que lhe inspirara. De ressaltar, ainda, que o Brasil e a Europa Ocidental, apresentavam contexto sócio-econômico diferentes, motivo pelo qual muitos dispositivos mostraram-se letras mortas.³⁴

³³ Cf. FRAGOSO, Helena Cláudio, op. cit., p. 66.

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Sistema Criminal Brasileiro*, p. 123-131.

Sobre o Código, declarou E. Magalhães Noronha que se tratava de um diploma eclético e que "acende uma vela a Carrara e outra a Ferri, caminho indicado para as legislações contemporâneas", forma encontrada para expressar a conciliação do texto do Código com as idéias neoclássicas e o positivismo.³⁵ Acrescenta, dizendo tratar-se de "obra harmônica: soube valer-se das modernas idéias doutrinárias e aproveitar o que de aconselhável indicavam as legislações dos últimos anos. Mérito do diploma, que deve ser ressaltado, é que, não obstante o regime político em que veio à luz, é de orientação liberal".³⁶

No mesmo sentido é a opinião de Fragoso que assevera ter o Código incorporado "fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal".³⁷

Traz o Código o princípio da reserva legal; o sistema do duplo binário; a pluralidade das penas privativas da liberdade; a

exigência do início da execução para a configuração da tentativa. Seu sistema de penas e medidas de segurança mostraram-se incompatíveis com a carta constitucional de 1946.

Comentando o Código de 1940, Basileu Garcia manifesta-se no sentido de apontá-lo como eclético, sendo que percebe-se a busca de seus autores por honrar a nossa cultura jurídica, colocando-o à altura dos mais reputados modelos. Não deixa de apresentar defeitos, mas possui inúmeras qualidades.

A parte especial do Código encontra-se dividida em onze títulos. A disposição dos crimes dentro do Código foi elaborada de acordo com a importância do bem jurídico tutelado, iniciando-se com os crimes contra a pessoa e terminando com os crimes contra a administração pública.

A Lei de Contravenções Penais é contemporânea ao Código Penal - Lei 3.688 de 3 de outubro de 1941.

³⁵ Cl. op. cit. p. 73.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ Op. cit., p. 66.

Além da Lei de Contravenção Penal - Lei 3.688 de 03 de outubro de 1941 contemporânea ao Código diversas outras leis penais extravagantes a completam:

Código Penal Militar, de 1944 e de 1969, Lei de imprensa de 1953, de 1967, pela Lei de Economia Popular de 1951, pelos crimes falimentares da Lei de Falências de 1945, pelo CPI de 1945, pelos crimes eleitorais, pelas crimes ambientais, dentre outras tantas.³⁸

Podemos acrescentar, ainda, os crimes de greve, de 1964, Genocídio, de 1956, parcelamento de solo, de 1979, contra o Sistema Financeiro, de 1986, Abuso de autoridade de 1965, Estatuto da Criança e Adolescente, de 1990, Crimes hediondos de 1990, Defesa do Consumidor, de 1990, Crimes contra a Ordem tributária e Relações de Consumo, de 1990. Crimes contra o Meio Ambiente, de 1998. E outras mais.

4.2 - Das Penas

Os Códigos de 1830 e 1890, limitavam-se à simples

enumeração das penas. O Código de 1940, diferentemente, inspirado no Código italiano, classificou-as em principais - ou seja reclusão, detenção e multa e acessórias - que acompanham a principal em determinados casos, completando-lhes a eficácia - à exemplo do projeto Sá Pereira, em seu artigo 49.3~ Estabeleceu para as penas de detenção e de reclusão regras comuns. Além dessas, a Lei de Contravenção Penal, prevê a prisão simples como pena.

No artigo 28, traz a enumeração das penas principais. Nos artigos 29 a 41 passa a cuidar da execução das penas, nos artigos 42 a 56, da sua aplicação. Novamente, nos artigos 57 a 66, volta a cuidar da execução das penas e incidentes da suspensão condicional da pena. Somente nos artigos 67 a 73, é que o estatuto regula as penas acessórias.

Pôde-se perceber uma maior preocupação com a individualização da pena, permitindo ao magistrado uma melhor análise das circunstâncias, dos motivos do crime e da

³⁸ ct. Costa Junior. Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, p.20.

³⁹ Cl. SIQUEIRA, Galdino, *Tratado de Direito Penal*, p. 739.

personalidade do criminoso.

A reclusão apresentou-se como pena mais gravosa, sendo aplicada às figuras mais condenáveis de fatos puníveis.

Com o objetivo de promover a recuperação social do condenado adotou, como regime penitenciário, um sistema progressivo com quatro fases⁴⁰, sendo duas obrigatórias e duas facultativas.

A primeira fase compreende um breve período de isolamento celular contínuo, diurno e noturno, com o fim de acentuar, pela situação mais aflitiva desse período, o caráter mais severo da pena de reclusão. O Código limitou o isolamento, nesse período, ao máximo de três meses e, ainda, "deixou ao arbítrio da autoridade administrativa, admitindo, com uma expressão um tanto ambígua, que a ele será submetido o recluso, se o permitirem as suas condições pessoais"⁴¹.

Na segunda fase o preso passaria a conviver com os outros

presos, no entanto, continuaria em isolamento noturno. O preso deveria trabalhar, dentro dos presídios ou fora, em obras ou serviços públicos como forma de exercício de um direito, mas, também como dever imposto pela pena visto que tratava-se de medida necessária de segurança e moralidade.

A terceira fase é o livramento condicional que antecede a liberdade definitiva.

A detenção, pena privativa menos grave que a reclusão, não lhe era imposta, para o cumprimento, os estágios que ali se viu. O trabalho também era determinado ao condenado, mas de forma mais liberal, sendo-lhe permitida a escolha do que lhe fosse adequado conforme suas aptidões, desde que atendesse as exigências de prepará-lo para o retorno social. No que se refere à detenção havia a previsão para que o condenado ficasse separado

⁴⁰ O sistema adotado é semelhante ao de Walter Crofton, diretor das prisões da Irlanda, visto por muitos como o criador do sistema progressivo. Aperfeiçoou o sistema irlandês criando as prisões intermediárias, onde se verificava um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, considerada como meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade. (CI. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas*, p. 84).

⁴¹ BRUNO Anibal, v.III, op. cit., p. 83

dos condenados à pena de reclusão.

A pena de multa que é o pagamento em dinheiro de quantia determinada na sentença, deveria ser fixada entre um mínimo e máximo previsto para cada caso de forma a atender à situação econômica do réu, muito embora não tivesse adotado um sistema que se relacionasse diretamente com o rendimento do condenado. Era poder discricionário do juiz a fixação da pena de multa.

O cumprimento da pena de multa se dava com o seu pagamento. O prazo legal era de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo adotado a possibilidade de pagamento parcelado se o valor da multa fosse superior a quinhentos cruzeiros.

Segundo Regis Prado, diferentemente do que ocorria nos Códigos de 1830 e 1890, o Código de 1940 "afasta, de modo absoluto, a conversão da multa em detenção ou prisão simples pelo simples fato do não pagamento".⁴² A

conversão, por sua vez, só ocorreria em casos excepcionais, "ora por força de sua intransigente política contra a reincidência, ora para sancionar o ludíbrio e a resistência à lei revelação específica de periculosidade".⁴³

As penas acessórias, no sistema do Código "obedecem um critério específico de periculosidade, que está em função da quantidade da pena, da natureza do crime, das condições pessoais do condenado e que ora se caracteriza objetivamente, ora subjetivamente."⁴⁴

Não existe diferença substancial entre penas principais e acessórias. A Distinção esta somente no plano do direito positivo, dependendo da importância e natureza do papel que cada sanção deve ter.⁴⁵

Galdino Siqueira⁴⁶ dizia que não havia uniformidade na sua conceituação doutrinária e legal Para uns trata-se de penalidades de índole acessória; para outros

⁴² Multa Penal, p. 54

⁴³ Idem, p. 55-56

⁴⁴ LYRA, Roberto, op. cit., p. 69.

⁴⁵ idem, p. 70.

⁴⁶ Op. cit., p. 759.

como de mero efeito penal da condenação.

Tais penas podem ser antecipadas (art. 71), ou impostas pela própria sentença (art. 70), outras vezes fica sob o comando arbitrário do juiz na fixação da pena e no julgamento das incompatibilidades subjetivas entre o direito e o seu autor⁴⁷.

Esse Código disciplinou as penas acessórias tornando-as executável. Declarou-as imprescritíveis e impossíveis de serem beneficiadas com a suspensão e com o livramento condicional.

As penas acessórias são: a perda de função pública eletiva ou de nomeação; as interdições de direitos; a publicação da sentença (art. 67).

A perda da função pública, eletiva ou de nomeação deveria ser aplicada ao condenado a pena de reclusão superior a dois anos e ao condenado a detenção superior a quatro anos e, ainda, independentemente da quantidade ou qualidade da pena, desde que o crime tivesse sido cometido com abuso de poder ou violação de

dever inerente à função pública.

Além de perder a função, poderia, ainda, o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função, perder a capacidade para investidura em outra durante dois a oito anos. Ainda, sendo o abuso ou violação crime doloso contra a Fazenda Pública ou do Patrimônio de entidade parastatal, a incapacidade seria de cinco a vinte anos.

São interdições de direitos: a incapacidade temporária para a investidura em função pública; a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio-poder; a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela; incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; suspensão dos direitos políticos (art. 69).

A incapacidade, permanente ou temporária para o exercício da

⁴⁷ Cf. *idem*, *ibidem*.

autoridade marital ou do pátria poder era aplicada aos condenados por crimes de que resultasse manifesta incompatibilidade com o mesmo exercício, ou, em sendo o abuso da autoridade marital ou do "átrio-poder, ou o abuso de poder, ou a infração de dever inerente à tutela ou curatela, a interdição passa a ser temporária. Também estarão sujeitos à pena de interdição temporária da autoridade marital e do pátrio-poder enquanto durar a pena e a medida de segurança detentiva, os condenados a reclusão por tempo superior a dois anos.

Ao condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente será aplicada a incapacidade para a profissão ou atividade, cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público, por dois a dez anos. A incapacidade somente atinge a profissão ou atividade de que se abusou no caso concreto, não atingindo profissão ou atividade que pode ser exercida sem intervenção especial.

A suspensão dos direitos políticos atinge todos os

condenados por crime enquanto durar os efeitos da condenação.

Quanto à publicação da sentença tem-se que será a feita às expensas do condenado, assumindo assim, o caráter de pena acessória, com caráter de exemplaridade e de reparação.

4.2.1 - Execução das Penas

As penas de reclusão e detenção, como já visto antes, sujeitavam-se a regras comuns. Assim é que: deveriam ser cumpridas em penitenciárias, ou, na falta, em seção especial de prisão comum, com isolamento durante o repouso noturno; devendo o condenado participar de trabalho remunerado. Havia a permissibilidade de, condenado em um Estado, cumprir sua pena em estabelecimento de outro Estado. Com relação às mulheres era determinado o cumprimento em estabelecimento especial, ou, não havendo, em local adequado da penitenciária ou prisão comum. À elas também era reservado o trabalho interno.

Quanto à remuneração do trabalho do preso, acentua Galdino Siqueira, que o código é falho porque não cogitava da

partilha dessa remuneração, pois, tratando-se de direito e obrigação, cabia à lei regular a matéria.⁴⁸

Para o início do cumprimento da pena de reclusão, previa o Código, um isolamento diurno, por um período não superior a três meses. Depois desse período poderia o condenado trabalhar dentro do estabelecimento prisional, ou fora dele em obras ou serviços públicos. Ao recluso, de bom comportamento, era permitida a transferência para colônia penal ou estabelecimento similar, desde que tenha cumprido metade da pena, sendo esta não superior a três anos ou um terço se ela fosse superior à este tempo.

No que se refere à detenção havia a previsão para que o condenado ficasse separado dos condenados à pena de reclusão.

O detento não se sujeitava ao período inicial de isolamento, como o recluso. Era-lhe permitido escolher o trabalho à desempenhar, de acordo com suas aptidões, ou de suas

ocupações anteriores, desde que tivesse cunho educativo.

Sobrevindo doença mental ao condenado, deveria ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe fosse assegurada a custódia.

Não havia nenhuma disposição sobre o regime de prisão a que deveriam estar sujeitos os fronteiriços ou portadores de anomalia psíquica, sendo que à eles era prevista uma redução da pena.

Quanto ao pagamento da multa, segundo Regis Prado, "adotou dois recursos, universal e unanimemente aconselhados para atenuar a disparidade da incidência da multa: o pagamento parcelado e a dilatação do prazo".⁴⁹

Em dois casos admitia o Código a conversão da multa em prisão: quando o condenado reincidente deixasse de efetuar o pagamento e quando o solvente frustra a sua execução. Essa conversão era feita em razão de dez cruzeiros por dia até o máximo de um ano, não

⁴⁸ Op. cit., p. 750-751.

⁴⁹ *Multa Penal: doutrina e jurisprudência*, p. 53

podendo ultrapassar o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Quanto às penas acessórias é importante destacar que são sempre temporárias salvo duas únicas exceções (incapacidade para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder e para a tutela ou curatela).

As interdições tornavam-se efetivas com a sentença, sendo que o prazo de duração inicia-se com o termino da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança detentiva.

Com relação à prisão simples, o art. 6º da Lei de Contravenção Penal esclarece que deverá ser cumprida sem rigor penitenciário em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, podendo dispensar-se o isolamento noturno.

Há manifesta recomendação no sentido de evitar que os condenados a prisão simples cumpram pena no mesmo local que os condenados a penas de

reclusão e de detenção.

4.3 - Das Medidas de Segurança

Durante muitos séculos, "enquanto existia apenas o direito de punir, imputáveis e inimputáveis eram misturados sob a mesma espada punitiva da Lei"⁵⁰. Os epiléticos, esquizofrênicos e paranóicos, eram esquecidos em verdadeiros depósitos de homens até morrerem⁵¹.

Diz Anibal Bruno que as medidas de segurança "nasceram de exigências práticas da vida. Foram surgindo como providências fragmentárias, nesta ou naquela legislação, para atender às imposições mais urgentes da prevenção da criminalidade".⁵²

A partir do século XVIII e início do século XIX, com Philippe Pinel, na França, iniciou-se estudos das psicopatias e de seu tratamento.

Foi a legislação da Inglaterra a pioneira no estabelecimento de

⁵⁰ ROSA, Antonio José Miguel Feu, *O Novo código penal: parte geral*, P.

⁵¹ Cf. idem, *ibidem*.

⁵² Op. cit., v. 2, p. 257.

medidas de segurança por atos diversos. Seguiram-lhe a França, a Bélgica, a Itália, a Noruega, a Suíça, a Áustria, a Alemanha.

O que se vê, é uma nítida diferenciação entre os autores de crimes que são responsáveis dos irresponsáveis. Surgindo o sistema do duplo binário, ou seja, a aplicação ao delinqüente irresponsável das penas normalmente aplicáveis à espécie delituosa e, ainda, medida de segurança. Vale dizer: o Código de 1940 impunha a aplicação conjunta da pena e da medida de segurança.

Galdino Siqueira assevera que em nossa legislação, antes de 1940, já existia muitas das medidas de segurança sem que, no entanto, tivessem tal nome⁵³.

Menciona o mesmo autor que o Código de 1890, no artigo 29, completado pelo decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, artigo 11, cuidava do recolhimento de não imputáveis perigosos a hospitais de alienados, enquanto não fossem criados manicômios criminais;

no mesmo sentido as leis sobre expulsão de estrangeiros perigosos; a lei n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, prevendo sobre a repressão do anarquismo, e no artigo 12, ordenando o fechamento, por tempo indeterminado, de associações, sindicatos e sociedades civis, quando incorressem em atos nocivos ao bem público; lei 4.294, de 6 de julho de 1921, criando estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool e outras substâncias estupefacientes, modificada diversas vezes até o decreto n. 24,505, de 29 de junho de 1934; o Código de Menores; a lei n. 38, de 4 de abril de 1935, modificada pela lei n. 136, de 14 de dezembro de 1935, contendo várias medidas de segurança.⁵⁴

O princípio da legalidade também era aplicável às Medidas de Seguranças, uma vez que ninguém à elas estaria sujeito se não houvesse previsão legal. Regulavam-se pela lei vigente ao tempo da execução, se diversa da vigente ao tempo da sentença.⁵⁵

⁵³ op. cit., p. 882.

⁵⁴ Cf. idem, ibidem.

⁵⁵ idem, p. 883.

Para que fossem aplicadas as Medidas de Seguranças seriam necessárias duas condições: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente.

Periculosidade é "um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios".⁵⁶ Era analisada de duas forma: real (verificada pelo juiz) ou presumida (decorrente da lei) só desaparecendo com a averiguação, mediante perícia médica de que ela cessou⁵⁷.

As Medidas de Seguranças eram ser patrimoniais ou pessoais⁵⁸; as patrimoniais, de duas espécies: interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação. Essa interdição podia ser tanto pena acessória, quanto Medidas de Seguranças. Enquanto Medidas de Seguranças "consiste na proibição ao condenado ou a terceiro a quem ele o tenha transferido, de exercer no local o mesmo comércio ou industria. A aludida interdição pode ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem

superior a seis meses. É imprescindível a prova de que o estabelecimento, sociedade ou associação, serve de meios ou pretexto para a prática da infração penal".⁵⁹

As Medidas de Segurança pessoais podia ser detentivas e não detentivas. As Medidas de Seguranças detentivas pessoais eram cumpridas através de internação em Manicômio Judiciário, ou não havendo, em seção especial de outro estabelecimento situado em qualquer parte do país. O condenado podia submeter-se, conforme suas condições pessoais à regime reeducativo, tratamento, trabalho (sempre remunerado).

Quanto às medidas não detentivas, temos que elas eram indicadas para os egressos das casas de custódia e tratamento e colônias agrícolas ou institutos de trabalho, ao liberado condicional; ao transgressor da proibição do exílio local; ao transgressor da proibição de freqüentar determinados lugares.

⁵⁶ Idem, p. 408.

⁵⁷ Op. cit., p. 409.

⁵⁸ Cf. RIBEIRO, Jorge Severiano, op. cit., p. 258-260.

⁵⁹ Idem, p. 259.

Não se revogava a medida de segurança, enquanto o agente fosse considerado perigoso. Verificava-se a perigosidade do agente mediante exame que deveria ser feito ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança; anualmente, após a expiração do prazo mínimo, não tendo cessado a execução da medida; em qualquer tempo, quando determinado pela instância superior.

Extinguiam-se as Medidas de Seguranças com a extinção da punibilidade, quando não fosse executada pelo prazo de cinco anos, contados do cumprimento da pena, se nesse período o agente não cometesse novo crime.

Sobre as Medidas de Seguranças Frágil manifesta-se no sentido de considerá-las inapropriadas. Não revelaram em quarenta anos de vigor do Código, bons resultados práticos: quer pela confusão entre algumas de suas modalidades com as condições para o *sursis* e o livramento condicional, quer pela inexistência de estabelecimentos como a casa de custódia e tratamento -

destinados aos semi-imputáveis e aos imputáveis ébrios habituais ou toxicômanos - e o instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional - destinado aos criminosos reincidentes condenados à reclusão por mais de cinco anos e aos condenados a pena privativa de liberdade se o delito se relacionasse com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição.⁶⁰

Com a reforma de 1984 não mais se tem no Brasil o sistema do duplo binário.

5 - As reformas

5.1 - Código Penal de 1969

Nelson Hungria, em 1961 foi encarregado da elaboração de um novo projeto de Código Penal, tendo o texto sido publicado em 1963. Tratava-se de um Código que mantinha o conteúdo repressivo do Código de 1940. Mantinha as penas elevadas e as medidas de segurança com uma moldura autoritária idealista.⁶¹ Foi

⁶⁰ Cf. DOTTI, René Ariel. *Penas e Medidas de Segurança no anteprojeto de Código Penal*, p. 56.

⁶¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 225.

sancionado em 21 de outubro de 1969. No entanto, após vacância de quase dez anos esse Código foi revogado pela Lei n.O 6.578, de 11 de novembro de 1978, por não mais corresponder à realidade nacional.

5.2 - A reforma penal de 1977

A Lei 6.416 de 24 de maio de 1977, alterou dispositivos do Código de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenção Penal. Em seu artigo 4º reajustou para o padrão monetário da época, o cruzeiro, na proporção de 1:2000 (um por dois mil), os valores monetários previsto nas legislações acima mencionadas, uma vez que o passar dos anos havia tornado a pena de multa numa "sanção insignificante e ridícula chegando mesmo a comprometer sua própria eficácia".⁶²

A atualização das multas deu-se de maneira incompleta, com brandos índices de correção monetária. Manteve-se, no que se refere à pena de multa, a sistemática do Código de 1940.

Ratificou-se, pois, a incongruência que já havia no sistema punitivo, onde se via leis esparsas consagrando o sistema de dias-multa, enquanto o Código Penal e a Lei de Contravenção Penal continuavam a adotar sistema diverso.⁶³

As alterações impostas ao Código de Processo Penal e à Lei de Contravenção Penal, trouxeram uma separação, para efeito de cumprimento da reclusão e detenção, entre os condenados perigosos e não perigosos. Os primeiros estavam, sempre sujeitos ao regime fechado e os outros podiam iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, quando a pena imposta não excedia oito anos, ou, ainda, poderia passar à este se, tivesse cumprido um terço em regime fechado. O regime aberto, desde o início era reservado ao condenado a pena não superior a quatro anos, ou após cumprido um terço ou dois quintos em outro regime nas demais hipótese.⁶⁴ Incluiu, ainda, a prestação de serviços em favor da

⁶² Cf. PRADO, Luiz Regis, *Multa Penal*, p. 56.

⁶³ *Idem*, p. 57-58.

⁶⁴ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 252.

comunidade como uma das condições do *sursis*.

Introduziu importantes modificações ao instituto do Livramento Condicional reduzindo para dois anos o limite de pena aplicada, permitiu a soma de penas correspondentes a infrações distintas, afastou a possibilidade de o juiz modificar as condições estabelecidas na sentença.⁶⁵

5.3 - Reforma de 1984

Em 1980, O ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, designou uma comissão de juristas que, sob a presidência do Professor Francisco de Assis Toledo, passou a trabalhar na reforma do Código de 1940. Na oportunidade, foram estudadas reformas também do Código de Processo Penal e a criação de uma Lei de Execução Penal.

A reforma introduzida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou o Código Penal, não mais

apresenta a distinção entre penas principais e acessórias como fazia o diploma anterior. As penas são: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Extinguiu a medida de segurança para os imputáveis, mantendo-a apenas para os inimputáveis. Algumas penas até então acessórias foram transformadas em penas alternativas de interdições temporárias de direitos⁶⁶ ou efeitos da condenação^{67 68}.

Para Francisco de Assis Toledo a reforma de 1984 alterou as penas e o modo de sua execução, fazendo-se com que a pena, além de retributiva, adquirisse também a função de prevenção e assistência, antes reservada à medida de segurança.⁶⁹

A pena máxima ficou nos trinta anos de reclusão para os crimes mais graves e para os multi-reincidentes; introduziu-se a progressividade na execução da

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis, *BITENCOURT*, Cesar Roberto, *Elementos de direito penal*, p. 163.

⁶⁶ A proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública bem como de mandato eletivo; a proibição de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo.

⁶⁷ Como é o caso da perda de função pública ou mandato eletivo e a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou cura de menor, devendo, para tanto serem motivadamente declarados na sentença.

⁶⁸ Constituição Federal. MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 248-249.

⁶⁹ A Reforma do Código Brasileiro, p. 33.

pena, onde o condenado, por seu esforço próprio, mérito e adaptação aos processos de reeducação, possa encurtar o tempo de permanência no regime fechado de cumprimento da pena.⁷⁰

A lei traz uma escala de aplicação de penas "reservando-se as não privativas da liberdade para as infrações de menor importância, as privativas da liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades de pena.

Dentre as penas não privativas de liberdade, acolheram-se as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana".⁷¹

Juntamente com a Lei 7.209 veio a lei 7.210 que instituiu a Lei de Execução Penal, primeiro estatuto brasileiro a cuidar, especificamente, da execução das penas significando grande avanço nesse campo.

53.1- Penas Privativas de Liberdade

As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção. Enquanto no regime anterior a diferença entre reclusão e detenção residia no período de isolamento, nesta nova lei, a diferença está no regime de cumprimento de pena atribuído à cada uma, ou seja, a diferença prática entre as duas apresenta-se em "forma bem adequada na execução. A reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto a detenção é executada em regime semi-aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado"⁷² (Código Penal, art. 33 e parágrafos e Lei de Execução Penal arts. 110 e seguintes).

Ao condenado a pena superior a oito anos e ao reincidente quando o novo crime. for punido com detenção, independentemente da quantia imposta, a pena será cumprida no regime fechado, que corresponde a estabelecimento

⁷⁰ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis, *idem*, *ibidem*.

⁷¹ TOLEDO, Francisco de Assis, *Principias Básicos de Direito Penal*, p. 71.

⁷² DOTTE, René Ariel, *O Novo Sistema de Penas*, p. 96.

de segurança média ou máxima.

No regime fechado, a pena é cumprida em penitenciária (art. 87 da Lei de Execução Penal), o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, em cela individual, de no mínimo quatro metros quadrados, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da Lei de Execução Penal) apresentando todas as condições de higiene num ambiente onde também concorram fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado. Ao condenado será, obrigatoriamente, imposto a elaboração de exame criminológico de classificação para individualização da execução (art. 34 do Código Penal e 8º da Lei de Execução Penal).

O regime semi-aberto corresponde à colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. À ele estará submetido o condenado não reincidente, da pena for superior a quatro anos e não exceder a oito. O exame criminológico de classificação será facultativo. O cumprimento da pena será em penitenciária

agrícola, industrial ou similar, e o condenado poderá permanecer em alojamentos coletivos, desde que não afete as condições de salubridade do local (arts. 91 e 92 da Lei de Execução Penal). Neste regime deverá cuidar-se, já que é possível a reunião de vários presos num mesmo alojamento, de uma seleção adequada daqueles que permanecerão juntos, deve-se evitar que se ultrapasse o limite de pessoas possíveis para o local.

As mulheres estão sujeitas à um regime especial, sendo-lhes reservado, para o cumprimento da pena, um estabelecimento próprio. A Constituição Federal assegura o direito de permanecer a mãe presidiária com seu filho no período de amamentação. Devem ser observadas, por outro lado, todos os direitos inerentes à condição pessoal da sentenciada.

O regime aberto, exequível na casa do albergado (ou outro estabelecimento adequado) aplica-se ao condenado a pena não superior a quatro anos, desde que não seja reincidente. Sendo reincidente, e a nova condenação for punível com reclusão, o início

da execução será no regime fechado; sendo punível com detenção, a execução se iniciará em regime semi-aberto. O condenado tem liberdade para executar qualquer tarefa autorizada durante o dia, sem vigilância, sendo que durante a noite e nos dias de folga deve recolher-se na casa do albergado. A casa do albergado deve conter local para alojar os condenados e, ainda, lugar adequado para palestras, cursos e instalações de serviços de fiscalização e orientação dos condenados (art. 95 Lei de Execução Penal).

Como se vê, as penas privativas de liberdade deverão ser cumpridas de forma progressiva, iniciando-se - desde que compatível com o *quantum* e o tipo de pena, que poderá ser detenção reclusão e prisão simples - no regime fechado, passando pelo semi-aberto e findando-se no aberto.

Iniciado o cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença penal condenatória, de acordo com a progressividade do sistema de cumprimento das penas, o condenado será

transferido para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior e ainda, desde que seu bom comportamento assim o recomende.

Há, ainda, a possibilidade de regressão, ou seja de transferência de regime menos rigoroso para um mais rigoroso em casos onde o condenado pratica fato definido como crime doloso ou falta grave ou, ainda, sofre condenação por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução torne incabível o atual regime.

5.3.2 - Penas restritivas de direito

A reforma, segundo Mirabete⁷³, inseriu no sistema penas alternativas (ou substitutivas) de caráter geral. As penas substitutivas foram denominadas penas restritivas de direitos e assim classificadas: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

São penas autônomas e têm por função substituir a prisão

⁷³ Op. cit., p. 265.

quando: for concretamente aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano, sendo doloso o delito ou, sendo culposa a infração, em qualquer caso; quando o condenado não for reincidente; quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que a substituição seja suficiente. (art. 44 do Código Penal).

A prestação de serviços à comunidade constitui na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. As tarefas deverão ser atribuídas de acordo com as aptidões do condenado e não deve prejudicar o tempo normal de trabalho, tanto que sua duração é de oito horas semanais, aos sábados, domingos e em dias úteis (art. 46 do Código Penal).

As interdições temporárias de direitos consistem na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. As duas primeiras aplicam-se a todos os delitos cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que se comprovar a violação dos respectivos deveres; quanto à última, aplica-se nos delitos de trânsito (artigo 47 do Código Penal).

A limitação de fim de semana "consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrado aos condenados durante essa permanência cursos e palestras, ou atribuídas a eles atividades educativas

(art. 48 e parágrafo único)⁷⁴.

5.3.3 - Multa

A pena e multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será no mínimo de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa"(art. 49 *caput*, Código Penal). O dia-multa não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. O pagamento deverá ser feito em dez dias, podendo ser parcelado a requerimento da parte, com a permissão do juiz (art. 50, *caput*, Código Penal e 169, Lei de Execução Penal).

A cobrança da multa poderá ser feita mediante desconto nos vencimentos ou salário do condenado, não podendo incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e sua família (arts. 43 e 50 do Código

Penal e 168 da Lei de Execução Penal).

Adotou o Código o sistema fixo de cominação abstrata da pena pecuniária, havendo previsão para cada caso o mínimo e o máximo da multa, determinando ao juiz, na fixação da sua quantia, que observe a situação econômica do condenado.⁷⁵

Os valores *mínimo* e *máximo* da pena *de multa*, assim, são previstos na Parte Geral do Código Penal não se estabelecendo tais quantidades na Parte Especial, mas tão somente a cominação: multa.⁷⁶

Pode ser aumentada até o triplo (art. 60, § 1º), o que lhe dá uma carga maior de reprovação e prevenção apropriadas à dignidade de uma pena criminal.⁷⁷

Admitiu o Código a conversão da pena de multa em detenção quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução. O Código não mais admite a prisão de alguém pela sua condição de pobreza como ocorria com o

⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 271.

⁷⁵ Cf. *idem*, p. 53.

⁷⁶ DOTTI, René Ariel, *O novo sistema de Penas*, p. 115.

⁷⁷ *Idem*, *ibidem*.

devedor reincidente.

Antes da conversão deve o Ministério Público proceder a execução forçada da multa, requerendo a citação do condenado para em dez dias pagar o valor devido ou nomear bens à penhora. Na conversão cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo ser superior a um ano. (art. 51, § 1º do Código Penal).

A multa também pode ser considerada substitutiva da pena privativa de liberdade, quando esta, aplicada, não for superior a seis meses, observados os requisitos da não reincidência, culpabilidade, antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

5.4- Lei 8.072/90

A Lei de Crimes Hediondos, estabelece o cumprimento das penas nos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, integralmente no regime fechado, isto é, o condenado permanecerá preso e

obterá livramento condicional quando tiver cumprido dois terços da pena que lhe foi imposta. Não terá qualquer direito à progressividade do regime de cumprimento de sua pena. De se notar, no entanto, que o condenado reincidente em crime da mesma espécie, ou seja, aquele que volta a ser condenado por crime hediondo ou à ele assemelhado não mais poderá ter o livramento condicional com o cumprimento dos dois terços da pena. Neste caso o cumprimento será integralmente no fechado. Essa disposição legal não só fere o princípio da individualização da pena, como também, o princípio da humanidade.

5.5 - Lei 9.099/95

Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O juizado Especial Criminal passou a ser o competente para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, entendidas estas como as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Instituiu a transação penal que vem sendo apontada "como uma das mais importantes formas de *despenalizar* da atualidade, sem descriminalizar".⁷⁸

O Ministério Público, nos casos de ação penal pública, fará proposta de transação penal ao autuado, desde que não se verifique nenhuma das causas impeditivas dos incisos do § 2º do artigo 76, de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa. A aceitação da proposta importará em submissão voluntária à pena, não implicando em reconhecimento da culpabilidade e não gerando reincidência. A transação será homologada por sentença judicial.

No caso de ser a multa a única pena aplicada deverá ser paga na Secretaria do juizado, quando então o juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial. Não sendo efetuada o pagamento a multa será considerada dívida de

valor (art. 84 da Lei 9.099/95).

No que tange à execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito a execução deve processar perante o órgão competente, nos termos da Lei de Execução Penal.

"A pena privativa de liberdade somente poderá decorrer de sentença condenatória, nos termos do art.81 seus parágrafos, nunca da transação. A sua execução seguirá o rito normal, com *sistema progressivo*, regimes de cumprimento de pena, suspensão condicional, livramento condicional, benefícios executórios, remissão, e todos os demais institutos pertinentes à natureza da pena privativa de liberdade"⁸⁰.

5.6 - Lei 9.268/96

A Lei 9268/96 alterou a redação do artigo 51 do Código impedindo a conversão da multa não paga em pena de prisão.

⁷⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 93.

⁷⁹ Muito embora a Lei 9.099/95 fale em seu artigo 85 que "não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos" deve-se considerar o disposto na lei 9.268, de 1º de abril de 1996, que alterou o artigo 51 do Código Penal.

⁸⁰ *idem*, p. 138-139.

Com a alteração a multa será considerada dívida de valor, transformando a sanção penal em débito monetário. Essa alteração visa, basicamente justificar a proibição de se converter a multa não paga em prisão e a adoção de um procedimento executório mais célere e eficiente.⁸¹

5.7 - Lei 9.503/97

O Código de Trânsito brasileiro, em seu artigo 297, estabeleceu que "a penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no dispositivo no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante de crime".

Com isso a lei criou uma espécie de pena que não existia em nossa legislação, muito embora nela já se falava quando da reforma de 84.

De se notar que nenhum tipo traz em seu preceito secundário a previsão de tal pena, e, nenhuma disposição geral há para que se possa determinar quando deverá

ser imputada, o que torna a disposição dependente de regulamentação e, pelo menos por ora inaplicável.

6 - Suspensão Condicional da pena

No Brasil, em 1906 através de um projeto de Esmeraldino Bandeira apresentado à Câmara dos deputados, foi a primeira vez que se falou em suspensão da pena. O projeto baseou-se inteiramente na lei francesa, mas, não obteve nenhum êxito. O Instituto foi regulado por decreto nº 16.588 de setembro de 1924. No Código de 1940 excluiu-se o benefício nas penas de multa e acessórias, por entender que nessas penas não se verificavam os inconvenientes que originaram o instituto.

A suspensão condicional da pena *sursis*⁸² é medida jurisdicional que determina o sobrestamento da pena, preenchidos que sejam certos pressupostos legais e mediante determinadas condições impostas pelo juiz.⁸³

⁸¹ Cf. PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cesar Roberlo, *Código penal anotado e legislação complementar*, p. 300

⁸² Da Lei de Béranger que se referia a "*sursis à l'exécution de la peine*".

⁸³ NORONHA, E. Magalhães, *Curso de direito processual penal*, p. 386.

Nos termos do artigo 57 *usque* -9 da antiga parte geral do Código tinha-se como pressuposto para a suspensão da execução da pena que seja pena de detenção não superior a dois anos, e de reclusão, quando o condenado for menor de vinte e um anos ou maior de setenta. A suspensão dava-se por dois a seis anos. Outro pressuposto referia-se à qualidade de primário do condenado. Exigia-se, ainda, que os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos as circunstâncias do crime autorizassem a presunção de que não tornaria a delinquir.

Para a concessão do benefício devia o juiz averiguar se o condenado apresentava tendência à criminalidade ou se havia tendência de que não voltaria a delinquir. Aqui, diferentemente do que ocorria na legislação anterior, o crime cometido nada mais era que um episódio de sua vida. O juiz tinha liberdade na indagação do caso, vale dizer sua faculdade de apreciação era discricionária.

De fato, o que se exigia para a concessão da suspensão condicional da pena é que estivessem presentes os

pressupostos objetivos (natureza e quantidade da pena, e, ainda, a primariedade do agente e os pressupostos subjetivos ligado à periculosidade do agente).

Importante destacar que pelo pressuposto objetivo da natureza da pena estavam excluídas do benefício as penas pecuniária e restritivas de direito.

Revogava-se o benefício quando ocorria qualquer uma das causas elencadas pela lei, sendo obrigatória quando houvesse condenação por sentença irrecorrível a crime doloso, quando o condenado solvente não reparasse o dano ou não pagasse a multa, ou, ainda, descumprisse as condições do artigo 78 § lodo Código Penal.

Atualmente o Código Penal regula a matéria nos artigos 77 *usque* 82, a Lei de Execução Penal nos art. 158, e seguintes cuida das normas de fiscalização do cumprimento das condições impostas, e o Código de Processo Penal, regula a matéria em seus artigos 696 a 709.

Dar-se a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, desde que não

superior a dois anos, por um período de dois a quatro anos, desde que o condenado preencha os requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 77 do Código Penal.

Durante a suspensão o condenado estará sujeito à observação e deverá cumprir as condições que lhe forem impostas pelo juiz (art. 78 do Código Penal, art. 158, § 10 Lei de Execução Penal).

7. Livramento Condicional

O livramento condicional era regulado pelos artigos 60 *usque* 66 da antiga parte geral do Código Penal, que foi posteriormente alterado pela lei 6.416/77.

Poderá ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade igualou superior a dois anos, sendo permitido a soma de penas para atingir esse limite mínimo. O apenado deve cumprir parte da pena que lhe houver sido aplicada. Em se tratando de não reincidente em crime doloso e, possuidor de bons antecedentes, deverá cumprir mais de um terço

da pena. Para o reincidente a exigência é de cumprimento de mais de dois terços.

Com a reforma penal o exige-se a reparação do dano, ressalvado, apenas, a efetiva impossibilidade devidamente comprovada. H4 Não se pode esquecer que é um direito do sentenciado; uma vez preenchidos seus pressupostos deve ser concedido pelo juiz.

Preenchidos os pressupostos objetivos (natureza e quantidade da pena e período já cumprido) e subjetivos (bons antecedentes, comportamento satisfatório durante a execução da pena e aptidão para prover a própria subsistência através de trabalho honesto) a concessão do benefício dar-se-á por requerimento sendo que ao condenado será impostas determinadas condições.

São condições obrigatórias a obtenção de trabalho; comunicar ao juiz, periodicamente sua ocupação; não mudar do território da Comarca do juízo da Execução, sem prévia autorização. São condições facultativas: não mudar de residência sem comunicação ao

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cesar Roberto, *Elementos de direito penal*, p. 166

juiz e à autoridade incumbida de observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; não freqüentar determinados lugares (art. 132 da Lei de Execução Penal).

Estas condições podem sofrer modificações no decorrer da execução (art. 144 Lei de Execução Penal) agravando ou atenuando as condições inicialmente impostas.

O livramento condicional será revogado se houver pratica, pelo condenado, de novo crime durante sua vigência, ou por outro crime anterior; no entanto será facultativa a revogação se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações impostas na sentença, se for condenado por crime ou contravenção a pena que não seja a privativa de liberdade.

Poderá ocorrer a suspensão do livramento condicional enquanto se aguarda a decisão final do novo crime praticado e, somente em caso de condenação ocorrerá a revogação.

8 - Considerações Finais

O Código Criminal do

Império, sem dúvidas constitui um marco de seu tempo. Influenciou legislações como a espanhola e latino-americanas. Sua índole liberal, independência e autonomia o destacava dos demais, tanto que Haus e Mittermayer, segundo consta, aprenderam o português para estudá-lo no original. É fato que impressionou juristas e legisladores pela posição de vanguarda que trazia.

Francisco de Assis Toledo, sobre este estatuto penal assim se manifesta: "pelo que representa de desvinculação com o anterior sistema penal medieval, por ele revogado, pelo que significa de expressão das idéias liberais e humanistas, nascidas com o iluminismo, e pela singular circunstância histórica de situar-se entre os primeiros do mundo, a adotar tais idéias, constitui monumento legislativo de que devem orgulhar-se os estudiosos brasileiros".⁸⁵

De fato, para a realidade que se vivia na época do Código Criminal do Império, representou um grande avanço,

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit, p. 59

o que infelizmente foi aniquilado frente ao seu sucessor o Código Republicano de 1890.

Tratava-se de um Código com peculiaridades de uma sociedade escravocrata e repressivo, como reflexo da época, mas, as críticas que se vê sobre ele não residem nesse ponto e sim em seu aspecto liberal que acreditava-se, provocou o aumento da criminalidade.

Quanto ao Código Republicano inobstante as severas críticas que sofreu, não deixou ele de cumprir seu mister. As comparações com o Código anterior foram inevitáveis e exageradas.

Parece-nos que a novidade desse Código está má unicidade de pena, cujo tipo é a prisão celular, intimidativa, repressiva e penitenciária, como diz Roberto Lyra,⁸⁶

A verdade é que o país necessitava de um Código e ele foi elaborado com rapidez, deixando à margem o zelo da boa técnica jurídica buscando a satisfação da burguesia e da aristocracia que

detinham o poder.

O período foi marcado pela falta de um bom código e, de uma ciência penal com métodos de pesquisa e fundamentos científicos para a modernização da legislação.⁸⁷

No tempos mais modernos, com as reformas, bem como com a Lei de Execução Penal, fez-nos crer que o Brasil, caminha para melhorias em matéria penal. O *que se vê de críticas* quanto ao avanço das alterações *inseridas* pelas reformas, pode ser encarado como atenção voltada para o futuro.

É certo que as reformas trouxeram modificações que só fizeram aperfeiçoar o Código Penal de 1940, principalmente no que diz respeito à teoria do delito.

O fator de destaque foi o esquecimento às margens da lei do sistema do duplo binário e a adoção do sistema vicariante.

O legislador de 84 preocupou-se também com as

⁸⁶ Op. cil., p. 107.

⁸⁷ Constituição Federal. Francisco de Assis Toledo, Princípios básicos de direito penal., p. 61.

alternativas para a pena privativa da liberdade e com as penas restritivas de direitos. Esta preocupação parece ter sido uma constante nas alterações que se seguiram.

Ora, a função da pena passa por punir, intimidar, indo até a ressocialização do condenado. Não se pode negar que os progressos em matéria de sanções penais em nosso direito, foram significativas. Muitos tipos de penas não mais existem no ordenamento jurídico, foram acertadamente abolidas e outras reformadas.

Nota-se que a história das penas percorre um caminho que busca a obediência ao princípio da humanidade.

É notório, também, uma preocupação compreensível, com as penas privativas de liberdade, principalmente no que tange a restrição de sua incidência à casos extremados como de penas de longa duração e à condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Assim vemos crescer, cada vez mais, os movimentos na procura de alternativas à pena de prisão numa tentativa de evitar seus efeitos criminógenos.

Por fim acrescentamos que a pena não tem o poder de

remodelar o delinqüente, na mesma medida que pode ser meio de ressocializá-lo e conduzi-lo à um comportamento adequado, pode degenerá-lo em *definitivo*. Vemos dia-a-dia a criminalização inconseqüente de condutas, numa sociedade que vem - erroneamente - buscando no Direito Penal a solução para todos os males. O reflexo disto é a punição inadequada, que gerará reflexos inadequados.

É preciso cuidado por parte dos nossos legisladores para que a pena não perca o caráter de prevenção geral que lhe é peculiar. É preciso que ela efetivamente auxilie na prevenção da pratica delitiva futura.

Para isso é preciso que o Direito Penal não perca sua característica de só intervir quando não há mais nada que possa ser feito por meios extra-penais.

O Direito Penal deve ser a *ultima ratio* para que a pena, como castigo penal, não ponha em risco a existência social do condenado, situando-o, como diz Roxin⁸⁸, à margem da sociedade, produzindo, com isso, um dano social.

⁸⁸ *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Processual Penal apud Prado, Luiz Régis, op. "., p. 16.*

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993.
- _____. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal, 3ª ed., t. I, Rio: Forense, 1967.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- DOTTI, René Ariel. Penas e Medidas de Segurança no anteprojeto de Código Penal. In: Revista de Direito Penal e Criminologia, v. 32, Rio de Janeiro: Forense, 1981, julho/ dez., p. 46-69.
- _____. O Novo Sistema de Penas. In: Reforma Penal: Trabalhos Apresentados no Congresso Brasileiro sobre a Reforma Penal na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. Sistema do Duplo Binário: *vida e morte*. In: Revista de Direito Penal e Criminologia, v. 32, Rio de Janeiro: Forense, 1981, julho/ dez., p. 5-21.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 3ª ed., v. I, TI, São Paulo: Max Limonad, s/ d.
- LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. 2ª ed., v. II Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal., 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1964.
- MARTINS, José Salgado. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1974.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1967.
- _____. Curso de direito processual penal. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- PINHO, Ruy Rebello. História do Direito Penal Brasileiro: Período Colonial. São Paulo, Bushatsky, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: RT, 1995.
- _____. Código penal anotado e legislação complementar. São Paulo: RT, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. Multa Penal. 2ª ed., São Paulo: RT, 1993.
- RIBEIRO, Jorge Severiano. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. 2ª ed., Rio: Jacinto Editora, 1945.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. Novo código penal: parte geral.

- Rio de Janeiro: Forense, 1985
- SEGURADO, Duarte Milton. *Direito no Brasil*. São Paulo, Bushatsky, Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral, Tomo 11*, Rio de Janeiro: José KONFINO, 1947.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Pena: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988, 5ª ed.*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Sistema Criminal Brasileiro*. In: *Revista Justiça*, n. 43, jan./mar, p. 123-131, São Paulo: 1981.
- _____. *A Reforma do Código Penal Brasileiro*. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 186, ano 48, julho/dez, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997.