

# VISÃO PANORÂMICA DA PENA

RICARDO LUÍS SANT'ANNA DE ANDRADE

Aluno do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

## RESUMO

*O presente trabalho aborda os tipos de penas existentes, sua evolução histórica, bem como seus limites plasmados na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal vigente.*

## ABSTRACT

*The present work broaches the kinds of existent opunishments, their historical evolution, as well as their limits shaped in the Federal Constitution of 1988 and forethought in the Penal Code of our days.*

## INTRODUÇÃO

As penas nasceram quando o primeiro homem cometeu um desatino e, *ipso facto*, mereceu a reprimenda de seu grupo. É tão antiga quanto o próprio homem.

Quiçá por ser um dos mais rumorosos problemas da Ciência Penal, o tema despertou nosso interesse em pesquisar, embora perfunctoriamente, alguns aspectos acerca de sua evolução.

## I - DEFINIÇÃO

A palavra "pena" deriva do latim "poena". Sua origem filológica transmite a idéia de dor, castigo, punição, padecimento e aflição.

Em sua acepção jurídica, o vocábulo em baila significa a sanção legal

imposta pelo poder público contra o fato que a lei define como crime.

Assim, para Damásio: "Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos."<sup>1</sup>

No mesmo sentido, o saudoso professor Aníbal Bruno define pena como sendo "a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime".<sup>2</sup>

Basileu Garcia prefere a seguinte conceituação: "é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração criminal."<sup>3</sup>

O mestre peninsular Giuseppe Bettiol, de maneira sintética, porém não menos precisa, prefere o seguinte conceito de pena: "conseqüência jurídica do crime, ou seja, a sanção prefixada pela violação de um preceito penal."<sup>4</sup>

Como se deduz de quaisquer dos conceitos, a idéia de punição e castigo sempre está presente.

A maioria dos estudiosos atribui à pena algumas finalidades. Destacamos três, quais sejam:

- *Retributiva: já que encerra um mal ao transgressor da dicção penal normativa;*
- *Preventiva: pois visa a intimidar e, assim, prevenir a ocorrência de novos delitos;*
- *Ressocializadora: pois tem por desiderato a reapresentação do criminoso à sociedade, livre de sua perversidade.*

Há ainda quem atribua à pena caráter afliativo, em que o condenado deva sentir-se agoniado, atormentado e angustiado pelo mal causado à sociedade, como o faz Aníbal Bruno.

A importância do instituto ora entelado é tão considerável que se preferiu adotar a terminologia "Direito Penal" a "Direito Criminal" ou outra nomenclatura.

A predileção pelo termo "Direito Penal" é seguida pelos legisladores pátrios e pela maioria dos doutrinadores modernos.

## II - ENFOQUE HISTÓRICO DA PENA

A razão de ser da pena deflui da necessidade premente do Estado em disciplinar a convivência humana. O réu apenado é porque delinqüiu. (*punitur quia peccatum*).

1 *Direito Penal, Vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 457*

2 *Direito Penal, Parte Geral, Tomo III, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p.22;*

3 *Instituições de Direito Penal, Vol. I, Tomo II, 4ª ed., Max Limonad, p. 405*

4 *Apud Paulo José da Costa Júnior, Direito Penal Objetivo, 2ª ed., Forense Universitária, 1991, p.90.*

Entretanto, até alcançarmos o grau de civilização dos nossos dias, mister fosse percorrido um longo e tortuoso caminho, já que nem sempre o aparato punitivo de uma sociedade esteve a cargo do Estado.

Na Índia Antiga, era o rei quem deveria se encarregar da aplicação da pena, sendo considerado o protetor de todos os seres e executor da justiça. Assim era o imperativo do antigo Código de Manu.

Os babilônicos, contemplados com o Código Hamurábi, possuíam, como principais sanções, a morte, o açoite, o talião e a multa. Sobre o talião, aquele código assim cominava:

*"§ 196 - Se um awilun destruiu o olho de outro awilun: destruirão seu olho (...)*

*§ 200 - Se um awilun arrancou o dente de um awilun igual a ele: arrancarão o seu dente."*

Sem maiores esforços, podemos notar o intenso caráter vingativo em tais sanções.

Para o povo egípcio, diferentemente dos babilônicos, a pena resumia-se a uma: a capital, que era pública.

Aos germânicos, a pena consistia em uma vingança privada. Os grupos familiares podiam vingar os delitos cometidos contra os seus parentes.

Na Antiguidade Romana, os "*pater familia*" exerciam as funções de magistrados penais. As penas mais freqüentes eram: morte, talião, açoite, prisão, desterro, escravidão, privação da cidadania, infâmia, confisco e multa.

Em épocas mais remotas, a pena capital, o talião e o açoite eram as mais comuns. Aliás, o Êxodo (23 a 25) pontifica desta maneira: "Mas se houver morte, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe."

Também entre os visigodos e os forais portugueses, a Lei de Talião se fez presente.

Atualmente, com o desenvolvimento progressivo dos ideais humanitários, tais sanções são encaradas como cruéis e desumanas. Contudo, à época histórica de sua utilização, os homens as tinham como uma contenção da criminalidade, mostrando-se necessária à paz e à segurança dentro de uma sociedade.

Historicamente falando, tais penas representam o embrião, o primeiro passo rumo à almejada justiça, ainda hoje não atingida.

Assim, os criminalistas atribuem aos ideais penais algumas fases. A divisão mais comum proposta pela doutrina é a seguinte: vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período criminológico.

Por razões de ordem didática veremos o desenvolvimento cronológico das penas separadamente.

## A) PERÍODO DA VINGANÇA PRIVADA

O insigne professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzi'e, em São Paulo, Edgard Magalhães Noronha ensina-nos que nesta fase a reação à agressão devia ser a regra. Inicialmente, pessoa a pessoa e depois, grupo contra grupo. Daí o caráter eminentemente particular da desforra.

## B) PERÍODO DA VINGANÇA DIVINA

Na fase da vingança divina notamos a forte influência dos clérigos na aplicação das penas. É o castigo purificador da alma do criminoso.

Suscitado professor leciona que "o princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime". E arremata adiante: "pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação de grandeza do deus ofendido".<sup>5</sup>

## C) PERÍODO DA VINGANÇA PÚBLICA

O traço principal desta fase é a proteção do príncipe, através da pena.

Paulatinamente, os crimes foram ganhando outras conotações, já que o interesse do Estado estava em foco.

As outras duas formas de vingança permaneciam usuais, como assevera Noronha.

Aos poucos, no entanto, as práticas penais foram se amalgamando, sobretudo no decorrer do obscuro período medievo. O Direito Romano, sofrendo a influência dos Direitos Bárbaro e Canônico, tornou-se menos rigorista, deixando entrever um certo anseio de modificação e de reformas, dando início à próxima fase na evolução cronológica das penas.

## D) PERÍODO HUMANITÁRIO

Talvez seja esta a fase de maior importância para o Direito Penal, não somente pelos vultos como também, e sobretudo, pelas idéias que daqui defluíram.

Exponente máximo desse período, Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, publica, no ano de 1764, seu famoso opúsculo "Dei delitti e delle pene", que tanta notoriedade iria lhe render.

Após dez meses de exaustivos estudos, debruçado sobre "O Contrato Social" de Rousseau, "O Espírito das Leis" de Montesquieu, e "De Augmentis Scientiarum", lançou o filósofo, com a ajuda dos irmãos Verri, seu pequeno livro.

<sup>5</sup> Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. I, Saraiva, São Paulo 1991, p.29

Seguidor das idéias iluministas, sobretudo dos franceses, Beccaria propõe a necessidade de se atribuir à Justiça Penal um novo fundamento. Para o memorável Heleno Fragoso, as bases do Período Humanitário, capitaneadas por Beccaria, seriam: "proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; abolição ou limitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela Igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição."<sup>6</sup>

O professor Salgado Martins, ao discorrer sobre o assunto, faz certo que, para Beccaria, os princípios limitadores da função punitiva do Estado são os seguintes: "a) só a lei pode fixar legitimamente a pena para cada delito; b) a lei não deve considerar nenhum caso especial, mas somente estabelecer as penas para as várias espécies de delitos; c) as penas excessivas e cruéis devem ser abolidas, como inumanas e inúteis; d) ao juiz corresponde unicamente ajustar o caso à letra da lei, sem interpretar o espírito da lei, que poderá conduzir ao arbítrio e ao personalismo; e) abolição da tortura aplicada para obter a confissão dos indiciados; f) abolição da pena de morte."<sup>7</sup>

Autores há que atribuem à obra do Marquês pouca originalidade, sugerindo que Beccaria nada mais fez do que repetir o pensamento dos enciclopedistas. Outros o criticam por querer transformar o magistrado penal numa máquina de prolatar sentença, preso à exegese restritiva.

Apesar das críticas, o Marquês é merecedor dos louros da vitória. No dizer de Magalhães Noronha, "nem por isso se há de negar o extraordinário débito da humanidade para com ele. Foi o mais potente brado que se ouviu em defesa do indivíduo. Com Beccaria raiava a aurora do Direito Penal Liberal."<sup>8</sup>

Para que se tenha noção das idéias de Beccaria, veja-se a conclusão de seu "Dos delitos e das penas":

"Para que toda pena não seja uma violência de um, ou de muitos, contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mínima possível nas dadas circunstâncias, proporcionadas aos delitos, ditadas pelas leis."<sup>9</sup>

Outro nome que não pode passar despercebido ao tratarmos do Período Humanitário é o de John Howard, o inglês autor do livro "The State of Prisons in England", em que defendeu a melhoria dos cárceres britânicos, propugnando um tratamento mais humano por parte do Estado, já que ele próprio esteve preso e pôde sentir as atrocidades daquelas instituições.

Esses são, sem dúvida, os dois mais festejados autores da época em tela.

6 *Lições de Direito Penal*, 10ª ed., Forense, Rio Janeiro, 1986, p.40.

7 *Sistemas de Direito Penal Brasileiro*, José Konfino Ed., Rio Janeiro, 1957, p.64;

8 *op. cit.*, p.34

9 *Dos delitos e das penas*, Trad. Marcelo Teixeira, Ed. Rio, 1979, p.114

## E) PERÍODO CRIMINOLÓGICO

O expoente máximo da fase criminológica é o médico italiano Cesare Lombroso. Ao lado de Raffaele Garofalo e Enrico Ferri são tidos como precursores da chamada Escola Positivista.

A tese de Lombroso, desmentida ulteriormente, principia da existência de um criminoso nato. Sua obra "L'uomo delinquente" atraiu a atenção de toda a comunidade científica da época.

Para Lombroso, a comprovação de sua tese veio através da antropometria realizada num mega-criminoso que fora seu contemporâneo, Vilela. O médico, ao autopsiar o delinquente, encontrou em seu crânio uma fosseta occipital a mais que nos homens "normais".

A despeito da vulnerabilidade de seus postulados, Lombroso teve o mérito de instituir as fundações da sistematização científica da Criminologia e da Antropologia Criminal.

O professor Orlando Soares relata interessante passagem sobre Lombroso e Beccaria: "Consoante Hoffer, a valiosa contribuição desses dois grandes vultos, no campo das idéias penais, e em particular, em relação à Criminologia, pode ser assim resumida. Enquanto Beccaria proclamou Homem, conheça a justiça, espécie de grito de alerta sobre as inomináveis práticas da justiça penal de então, Lombroso, por sua vez, diria, Justiça, conheça o homem, ou seja, a recomendação para que se estude a natureza humana, o seu comportamento, as causas de sua conduta, sob o aspecto do delinquente."<sup>10</sup>

No que pese o problema da pena, o médico italiano se preocupou com aquela que mais se adequasse à personalidade do criminoso.

## III - CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

É corrente na doutrina de melhor envergadura a classificação das penas em: corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias.

Sucintamente, eis uma análise de cada uma delas.

### A) PENAS CORPORAIS

Tais sanções abarcam as chamadas penas corporais propriamente ditas e a pena capital.

#### 1) Pena de morte

Trata-se de uma espécie de pena corporal que se coloca dentre as mais

---

10 *Criminologia*, Ed. Freitas Bastos, Rio Janeiro, 1986, p.74;

antigas formas de punição. É fecunda a literatura jurídica acerca desta espécie. Uns defendem a sua instauração, outros a abominam.

Entre nós, a pena capital vigorou durante 390 anos, pois veio corporificada nas antigas Ordenações Portuguesas, passando posteriormente a figurar no Código Penal do Império.

Creemos que a pena de morte é uma absurdidade, onde o Estado iguala sua conduta à do criminoso.

Com efeito, é a maneira mais vingativa e contundente de se punir. Ao tratar do assunto, Magalhães Noronha estatui: "não receamos dizer que se adotada fosse essa pena, entre nós, a lei não passaria de letra morta... Enquanto não ficar demonstrado cabalmente que a pena de morte é o meio mais eficaz na luta contra o crime, não tem o homem o direito de invocá-la. De todas as penas é a que mais se reveste de vingança... Ao homicídio ilícito responde-se com o homicídio legal e friamente executado."<sup>11</sup>

Parece estar acobertado de razão o saudoso mestre. Atualmente, nossa Lex Fundamentalis restringe a pena capital tão somente aos casos de guerra, respeitado o disposto no art. 84, inc. XIX (art. 5º, inc. XLVII, "a").

Aos que lutam por conseguir a positivação da pena capital em nossa Carta Magna através de emenda, como o deputado paulista Amaral Neto, válida a lição autorizada do professor Luiz Vicente Cernicchiaro, Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma e Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

*"No Congresso Nacional há projeto de realização de plebiscito para o povo opinar, manifestar consentimento de a pena maior ser imposta a agentes de crimes de violência contra a pessoa, acarretando a morte da vítima... A Constituição adotou, no caso, como regra, a proibição da pena de morte. Acrescentou não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV)... os princípios de Direito Penal integram os direitos e garantias individuais. Aprovar o plebiscito para esse fim é verdadeira contradictio in terminis".<sup>12</sup>*

## 2) Penas corporais propriamente ditas

Hoje em desuso, tais penas foram largamente utilizadas por nossos antepassados.

São penas que atingem de maneira direta a pessoa do condenando, ofendendo sua dignidade pessoal, sua integridade, sua saúde. As mais conhecidas são as mutilações, as marcas de fogo, as queimaduras e os açoites.

<sup>11</sup> *op. cit.*, p.217.

<sup>12</sup> *Direito Penal na Constituição*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, p. 110 a 112.

A empalação era uma antiga forma de suplício em que se espetava o condenado em uma estaca, pelo ânus, deixando-o assim até a morte. A pena de galés, onde o indivíduo andava com uma argola de ferro fixada no tornozelo, ligada à sua cintura ou ao pé de outro prisioneiro foi vastamente usada contra os escravos.

O açoite, pena considerada infamante, consistia em fustigar o condenado com um instrumento de tiras de couro e chumbo nas pontas, próprio para tal fim. As açoitadas freqüentemente ultrapassavam o número de cem, levando o condenado à exaustão, à dor profunda e, por vezes, à morte. Lastimosamente, a pena de açoite ainda persiste em algumas civilizações, como os alcoranistas e orientais, complementando, inclusive a penas como as de prisão.

Outra pena corporal encontrada na Antiguidade foi a lapidação, havendo inclusive passagens bíblicas a respeito. Tal pena consiste no apedrejamento do criminoso.

O baraço, espécie de corda ou laço próprio para estrangular, também foi muito difundido entre os antepassados.

Em vários povos, as penas contavam com a anuência de seus deuses e dos religiosos. Assim, muitos foram lançados à fogueira, sobretudo os considerados feiticeiros, alquimistas e hereges, por ferirem os preceitos da época.

A inumação de pessoa viva e o azeite fervendo foram práticas corriqueiras ao tempo da "Santa Inquisição".

## B - PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

### 1) Prisão Perpétua

Trata-se de pena privativa de liberdade que deve durar desde o início de sua execução até o fim da vida do condenado.

A antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 898/69) cominava a pena de prisão perpétua.

Hoje, *ex vi* do art. 5º, inc. XLVI, "b", da Lex Magna, tal pena está proibida entre nós. O legislador constituinte consagrou o disposto noutras constituições, *verbi gratia*, na de 1934 (art. 113, inc. 29), de 1946 (art. 141, § 3º) e na de 1937 (art. 122, inc. 13).

Para Cernicchiaro, "a pena perpétua também contradiz o princípio do interesse público... além de contrariar anseio de todo homem, abonado no mundo civilizado, nenhuma utilidade social é extraída."<sup>13</sup>

---

13 *op. cit.*, p. 112;

Na mesma direção segue o magistério de Aníbal Bruno ao prelecionar que "a pena perpétua é medida talvez tão condenável quanto a pena de morte, em todo caso, igualmente absurdo."<sup>14</sup>

Prudentemente, não há guarida, em nosso Direito, para a forma punitiva entelada.

## 2) Outras penas privativas de liberdade

Hodiernamente, as penas corporais, capitais e as prisões perpétuas entraram em decadência, pois não mais se coadunam com os anseios e perspectivas da nova Ciência Penal. Paulatinamente, as penas privativas de liberdade foram se apresentando como uma solução menos drástica que as demais.

Condenado, o criminoso deve ser recolhido aos institutos prisionais, estabelecimentos oficiais destinados aos apenados com penas reclusivas. Muitas vezes, a nível de Brasil, o criminoso já devidamente sentenciado permanece nas delegacias devido à superlotação das penitenciárias.

Ao abordar o assunto, Aníbal Bruno ensina que "só a pena detentiva permite sujeitar o condenado a um processo de recomposição da personalidade segundo as exigências da vida dentro do Direito". E conclui: "esta, a sua grande vantagem e a razão primordial da ascendência que tomou entre as medidas punitivas, embora até aqui os resultados não tenham alcançado o que dela se esperava."<sup>15</sup>

Aflora aqui a finalidade ressocializadora da pena, mostrando uma nítida evolução da Ciência Penal. Segundo Henry Goulart: "O primitivo conceito de pena embebido de repressão e castigo, se transfigurou e chega a exercer modernamente funções de reeducação e ressocialização".<sup>16</sup>

A ressocialização tem por desiderato precípua facilitar ao condenado sua introjeção na sociedade após o cumprimento da pena de maneira harmônica.

Todavia, a realidade se distancia muito do que propõe a teoria. Roberto Lyra, um dos mais ferrenhos crítico do sistema prisional, tece as seguintes considerações sobre o tema que, por oportunas, transcrevemos:

*"Prisão é ruptura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar noutra sociedade. Prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida."*<sup>17</sup>

Analisando o grave problema dos presídios em nosso país, vemos que assiste razão ao eminente Roberto Lyra. Sabemos que o álcool, o tóxico, o tabagismo, o homossexualismo e a AIDS são alguns dos muitos elementos indicadores da mazela do sistema.

<sup>14</sup> *op. cit.* p. 52.

<sup>15</sup> *op. cit.*, p. 59;

<sup>16</sup> *Penologia I*, Ed. Brasileira de Direito, São Paulo, 1975, p.33;

<sup>17</sup> *Novo Direito Penal*, Ed. Borsoi, Rio Janeiro, Vol. III, 1971, p.108.

Infelizmente, a realidade pátria evidencia o malogro dos cárceres. Entretanto, apesar das inúmeras críticas de que vêm sendo alvo as penas privativas de liberdade, ainda continuam tendo o apreço e a predileção das sociedades modernas, quiçá pela mais absoluta falta de opção...

#### C - PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Tais penas têm o condão de limitar, diminuir e refrear a liberdade do delinqüente, sem, contudo, extingui-la.

São penas mais brandas, onde o condenado fica sujeito a algumas observâncias livrando-se da sujidade do cárcere.

Consoante ensinamento de Aníbal Bruno, "essas penas, sem constringer à vida de prisão, restringem a liberdade do réu, impondo-lhe o domicílio forçado, ou a saída do território do país, ou a proibição de freqüentar determinados lugares, ou à submissão a vigilância da autoridade pública".<sup>18</sup>

Vale salientar que grande parte dos tratadistas não aceitam a denominação "restritiva de liberdade" para a espécie de pena ora aludida. Acreditam tratar-se de restritivas de direitos, já que incluem a liberdade como um dos direitos do indivíduo.

#### D - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

As penas restritivas de direito justificam-se plenamente em virtude da falência do sistema prisional. Trata-se de uma alternativa posta ao critério do julgador em determinados casos, que poderá impor uma inibição temporária a um ou mais direitos do condenado. Têm por escopo a substituição das penas privativas de liberdade de duração efêmera, já que encarcerar pessoas que cometeram crimes de menor gravidade não parece ser uma boa medida de política criminal.

Demonstrando aprovação ao caminho adotado pelo legislador pátrio, Paulo José da Costa Júnior professa que "a pena privativa de liberdade não reeduca: corrompe; não recupera, deprava."<sup>19</sup> Razão pela qual devem ser implantadas medidas alternativas, como as restritivas de direitos.

#### E - PENAS PECUNIÁRIAS

A palavra "pecúnia" (dinheiro, moeda) origina-se de "pecus" (gado), em virtude do uso que se fazia de animais como instrumento de troca na Antiguidade.

Assim, penas pecuniárias são aquelas que incidem sobre o patrimônio do condenado. Trata-se de uma obrigação imposta pelo Estado-Juiz de o

<sup>18</sup> *op. cit.*, p.73;

<sup>19</sup> *Direito Penal Objetivo, Ed.Forense Universitária, Rio Janeiro, 1989, p.85;*

réprobo pagar uma determinada soma em dinheiro como punição pela infração cometida.

É medida de política criminal cujo fim colimado é afastar o criminoso de baixa ou nenhuma periculosidade da escuridão carcerária.

Apresenta inúmeras vantagens, senão vejamos: "respeita a personalidade do condenado, preservando-o do cárcere; não lhe atinge a dignidade nem o estigmatiza perante a comunidade, por estar a multa destituída de conotação infamante; não afasta o condenado da família ou das ocupações habituais; não acarreta nenhum ônus para o Estado, podendo até representar uma fonte de recursos".<sup>20</sup>

A mesma predileção vem sendo demonstrada pelos nossos pretórios. Neste sentido: "A multa é pena que substitui vantajosamente as privativas de liberdade e se integra, hoje, nas legislações penais com peculiaridades características: possui o condão de liberar o condenado de escassa ou nenhuma periculosidade, tão logo ocorra seu pagamento, dos gravames e inconvenientes da pena carcerária desde logo aplicada." (RT 544/384)

Sobre suas desvantagens, Aníbal Bruno assevera que a pena de multa "não intimida ao mesmo grau que as penas detentivas, não resguarda convenientemente a sociedade e não serve senão indiretamente e de modo muito débil ao fim educativo da medida penal."<sup>21</sup>

Também há quem a considere injusta sob o prisma sócio-econômico, por afetar mais gravosamente o pobre do que o rico.

#### IV - POSITIVAÇÃO ATUAL

##### A) NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Seguindo orientação do mestre de Viena, Hans Kelsen, que concebeu o ordenamento jurídico como um sistema escalonado e gradativo de normas, que em cujo topo deveria figurar a norma fundamental, iniciaremos pelo que dispõe nossa Lex Magna sobre o assunto.

Reza o art. 5º, em seu inciso XLVI, *ad litteris*:

"art. 5º (OMISSIS)

...XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;

<sup>20</sup> Comentários ao Código Penal, Vol. I, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, p.300.

<sup>21</sup> *op. cit.*, p.75.

E) Suspensão ou interdição de direitos."

Entendemos, *data venia*, que o constituinte pátrio demonstrou imprecisão técnico-legislativa ao elencar o perdimento de bens entre as penas por nós admitidas. A perda de bens, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito e/ou do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito pelo agente com a prática do fato delituoso, não constitui pena. É efeito da condenação penal, consoante dicção normativa do art. 91 do Código Penal.

É sabido outrossim que o constituinte quis enfatizar o combate ao enriquecimento ilícito, sobretudo dos gestores da "*res publica*". Todavia, o perdimento dos bens opera-se enquanto pena em relação direta aos bens havidos danosamente nos cofres públicos. Conseqüentemente, e com arrimo na boa doutrina, não é pena. É a perda do favorecimento patrimonial que o prevaricador auferiu com a prática do crime.

Mais adiante, a Lex Fundamentalís estatui as penas vedadas entre nós:

"art. 5º - (OMISSIS)

...XLVII - Não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis."

Já nos reportamos alhures sobre as penas capitais (item III, "A", 1) e às de caráter perpétuo (III, "B", 1). As penas cruéis são as insensíveis, dolorosas e desumanas abordados sucintamente ao tratarmos das penas corporais (III, "A", 2).

Passemos a uma breve análise das penas de trabalhos forçados e de banimento.

A pena de banimento consiste "na expulsão do território nacional de quem atenta contra a ordem interna ou contra o governo estabelecido".<sup>22</sup> Assim são o exílio, o degredo e o desterro.

Atualmente, numa Constituição que proclama em seu artigo inaugural ser a República Federativa do Brasil um Estado democrático de direito, torna-se intolerável a existência da aludida pena.

As penas de trabalhos forçados nunca foram proibidas expressamente por constituições anteriores, consoante lição de Cretella Júnior. Por outro lado,

<sup>22</sup> Iêdo Batista Neves, *Dicionário Prático de Tecnologia Jurídica e Brocardos Latinos*, Ed. FASE, 1991, verbete.

se nunca foram proibidas, também nunca foram utilizadas na prática. E como estamos tratando de penas impostas e executadas pelo aparato estatal após o devido processo legal, não há que se cogitar sobre a triste época da escravatura.

Hoje na moderna Ciência Penal, o trabalho é encarado como terapia, não como pena. Assim faz certo o art. 39 do Código Penal ao preceituar que "o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da previdência social".

## B) NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro (Lei nº 7.209/84) estabelece, em seu art. 32, as espécies de penas. Diz o mencionado artigo:

"art. 32 - As penas são:

- I - privativas de liberdade;
- II - restritivas de direitos;
- III - de multa."

### 1) Privativas de liberdade

São divididas em reclusão e detenção. Embora tenha havido muitos embates no passado, os modernos doutrinadores afirmam não haver distinção entre ambas. Para Rodrigues Devesa, "inexistindo entre reclusão e detenção qualquer diferença ontológica, mesmo porque a lei não oferece nenhum critério diferenciador, parece não restar outra solução ao intérprete que assentar na insuficiência do critério quantitativo as bases da diversificação".<sup>23</sup>

Da mesma opinião é Celso Delmanto ao afirmar que "com as duas grandes mudanças sofridas pelo Código Penal (Leis nºs 6.416/77 e 7.209/84) restaram poucas diferenças entre a pena de reclusão e a de detenção".<sup>24</sup>

### 2 - Restritivas de direitos

O Estatuto Repressivo elenca três subespécies, a saber: a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim-de-semana.

Noronha lembra que "a interdição a ser escolhida e aplicada pelo julgador deve guardar relação com a natureza do crime cometido".<sup>25</sup>

Há uma série de condições a serem seguidas para se verificar a

<sup>23</sup> *apud* Paulo José da Costa Júnior, in *Comentários...*, p.61.

<sup>24</sup> *Código Penal Comentado*, Ed. Renovar, 1991, p.61.

<sup>25</sup> *op. cit.*, p.234;

substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Se tais exigências, mencionadas no Código Penal, forem descumpridas a sanção deverá ser convertida em privativa de liberdade.

### 3 - Multa

É a última das três espécies de sanção previstas na Lei Penal.

Já nos reportamos noutra ocasião sobre suas peculiaridades (item III, "E").

Questão assaz interessante é a dos dias-multa (art. 49, CP). Ao tratar do seu cálculo, o mestre Damásio explica que deve ser levado em conta "o rendimento do condenado durante um mês ou um ano dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias. O resultado equivale ao dia-multa".<sup>26</sup>

O Código prevê a atualização monetária do dia-multa pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º). Paulo José da Costa Júnior esbraveja contra tal preceito, julgando-o "desnecessário e inaceitável". E completa: "se o valor do dia-multa é fixado com base no salário vigente e se este é atualizado mensalmente, não se concebe, afora o reajuste inflacionário estabelecido pelas autoridades financeiras, um outro, a ser determinado pelo juiz da execução, ainda que o faça com base nos índices de correção monetária".<sup>27</sup>

Urge ressaltar que a pena pecuniária deve guardar relação de proporcionalidade com os haveres do condenado.

## V - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição Federal de 1988 estatui que "a lei regulará a individualização da pena (omissis)" (art. 5º, inc. XLVI). Trata-se de princípio constitucional que abraça os ideais humanitários, sobretudo a liberdade individual do cidadão.

Individualizar significa especializar, particularizar, distinguir. Na assertiva de Basileu Garcia é mandamento que "impede que o juiz disponha de grande arbítrio, de forma a possibilitar o emprego nocivo do direito, permitido a perseguição dos fracos e a proteção das classes privilegiadas".<sup>28</sup>

É um sistema de prevenção criminal que busca atender aos mais recentes conceitos de periculosidade. São ditames que devem ser seguidos pelo julgador na fixação da pena, estando insculpido no art. 59 do Estatuto Repressivo, que obriga o juiz a proceder um verdadeiro exame criminológico ao estabelecer a pena. Em sendo a pena um meio de tutela jurídica, deve a mesma ser aplicada individualmente, para cada crime, em maior ou menor grau, consoante a maior ou menor culpabilidade do réu.

<sup>26</sup> *op. cit.*, p.469;

<sup>27</sup> *Comentários...*, p. 304.

<sup>28</sup> *Instituições de Direito Penal*, tomo III, p. 467.

## VI - PENA E LEGALIDADE

"A cominação das penas também está na órbita da definição legal prévia", como observa o professor Cernicchiaro.<sup>29</sup> Aliás, é esta uma das primeiras lições de Direito Penal prelecionada aos neófitos ou seja, "*nullum crime, nulla poena sine lege*". É o chamado princípio da legalidade ou da reserva legal, consagrado na Lei Maior (art. 5º, inc. XXXIX).

É princípio da maior significação para um Estado que protege seus indivíduos. A jurisprudência é remansada neste sentido, senão vejamos o seguinte julgado:

"O princípio da legalidade constitui verdadeiro anteparo da liberdade individual, representa autêntica garantia constitucional dos direitos do homem e não deve ser vulnerado sob pretexto algum." (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 74/346).

Como bem elucida o professor Salgado Martins, "a lei penal, como generalidade das leis jurídicas, é uma regra que se dirige ao futuro".<sup>30</sup>

Corolário lógico é o de que a lei é a única fonte formal imediata do direito penal, razão pela qual o Código Penal preceitua, em seu artigo prefacial: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Não resta dúvida que este princípio, adotado pelo legislador ordinário e constituinte, traz em seu bojo a idéia de limitação da autoridade estatal diante da liberdade individual. É assim uma proteção assegurada a cada cidadão contra o despotismo dos que exercem o governo.

## VII - CONCLUSÃO

Inegável a evolução das espécies de penas utilizadas pelos homens ao longo dos tempos. Progredimos do talião e da pena capital para meios repressores desprovidos de caráter precipuamente vingativo.

Não implica dizer que tenhamos alcançado o "optimum" em termos de sistemas penais. Com efeito, vislumbra-se uma árdua jornada até lá. A ausência de lutas, perturbações e violências sociais, os homens vivendo em clima de plena paz nos dias atuais é quimera dos nefelibatas.

Entretanto, imperioso que as autoridades competentes, com o apoio da sociedade civil, promovam um redesenhamento do quadro geral de penas e do Estado-Repressor, buscando soluções que se coadunem com as nossas exigências, sob pena de nos tornarmos vítimas, talvez escravos, de nossa própria inércia.

<sup>29</sup> *op. cit.*, p. 20;

<sup>30</sup> *Dirito Penal. Introdução e Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 1973, p. 107.*

### ///III - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

11. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Marcelo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
12. BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
13. —. **Direito Penal: Parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1978. Tomo III.
14. CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.
15. COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 1989.
16. —. **Direito penal objetivo**. Rio de Janeiro: Forense universitária. 1989.
17. CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense universitária. 1990. v.1.
18. DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.
19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986.
20. JESUS. Damásio Evangelista de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1991. Vol. I.
1. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, V. I. T. II.
2. GOULART, Henry. **Penologia I**. São Paulo: Brasileira de Direito. 1975.
3. LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1985.
4. LYRA, Roberto. **Novo Direito penal: Introdução e parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva. 1974.
5. MARTINS, Salgado. **Sistemas de Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino. 1957.
3. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 1992.
7. NEVES, Iêdo Batista. **Dicionário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. Rio de Janeiro: Edição Fase. 1989.
3. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1992.
3. SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1992.