

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

**REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO
DA PENA RECLUSIVA AO REINCIDENTE**

Acadêmico: Dilton Ávila Canto
Orientador: Paulo Roney Ávila Fagúndez

Florianópolis, julho de 1999.

DILTON ÁVILA CANTO

**REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO
DA PENA RECLUSIVA AO REINCIDENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do diploma de bacharel em Direito.

Florianópolis, julho de 1999.

AGRADECIMENTOS

Aos professores *Agamenon Bento do Amaral, Aires José Rover, Antônio Carlos Wolkmer, Cecilia Caballero Lois, Edmundo José de Bastos Júnior, Eduardo de Mello e Souza, Getúlio Correa, Horácio Wanderlei Rodrigues, Humberto Pereira Vechio, Índio Jorge Zavarizi, Jeanine N. Philipe, João dos Passos Martins Neto, João José Caldeira Bastos, José Isac Pilati, José Luiz Sobierajski, Josecleto Costa Almeida Pereira, Josel Machado Corrêa, Josiane Rose Petry Veronese, Leilane M. Zavarizzi da Rosa, Leonel Severo Rocha, Luiz Adolfo Olsen da Veiga, Manoel Cordeiro, Mário Lange de S. Thiago, Nelson Amâncio Madalena, Nelson Ferraz, Nicolau Apóstolo Pitsica, Odete Maria de Oliveira, Otávio Roberto Pamplona, Paulo Marcondes Brincas, Renata Raupp Gomes, Ricardo S. Stersi dos Santos, Rogério Stoeterau, Ubaldo Cesar Balthazar, Ubirajara Dias Falcão e Vera Lúcia Teixeira* que, com seus ensinamentos, contribuíram para a minha formação acadêmica.

Ao meu amigo Marcos Bernardo da Silva, companheiro de todas as jornadas.

Aos demais colegas de classe pelos bons préstimos nas horas necessárias.

Ao Professor Paulo Roney Ávila Fagúndes que, além de orientador para esta monografia, demonstrou profundo conhecimento não só quanto ao teor programático da cadeira curricular que ministra mas também em relação ao conjunto de fragmentos e vicissitudes que permeiam as vidas.

Ao Desembargador Napoleão Xavier do Amarante e ao Juiz Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu pelo crédito, compreensão e incentivo.

A minha esposa e aos meus filhos, porto seguro, pelo amplo apoio e porque souberam atenuar os instantes em que estive arredio.

Pudesse um sistema melhor prevalecer em nossas vidas, estabelecer-se-ia em nossos pensamentos uma ordem melhor. Não foi por falta de senso arguto ou de gênio pessoal ou de uma ordem constante no mundo exterior que os homens caíram repentinamente no barbarismo e nas superstições. Foi por falta de bom caráter, bons exemplos e bom governo. Há uma tocante capacidade nos homens para viverem nobremente se apenas dessem oportunidade uns aos outros. Pode-se aproximar do ideal da perfeição política, embora vago e remoto, porquanto ele é tão definido e constante quanto a natureza humana.

(Santayana)

Todo homem experimenta a necessidade de viver, de gozar, de amar e ser feliz. Dizei ao moribundo que ele viverá ainda; que a sua ora é retardada; dizei-lhe sobretudo que será mais feliz do que porventura o tenha sido, e o seu coração rejubilará.

(Allan Kardec)

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo apresentar as divergências da doutrina e da jurisprudência no que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, delimitada às hipóteses de reclusão e reincidência, ponto crucial, capaz de solidificar situações irreversíveis àqueles que, submetidos à jurisdição, restarem condenados.

A pretensão cinge-se tão-somente em levar à reflexão do Direito Penal como um todo, partindo-se de uma premissa singular, mas que envolve uma série de formulações, através das quais, de acordo com a interpretação dada à circunstância em apreço, pode-se chegar a conclusões justas ou injustas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I — VISÃO GLOBAL DA HISTÓRIA DA PENA E O CRIME	4
1.1 FINS E UTILIDADE DA PENA	5
1.2 CARACTERÍSTICAS DA PENA	8
1.3 O CRIME.....	9
1.3.1 <i>A conduta e suas teorias</i>	11
CAPÍTULO II — DIREITO PENAL DOS PRIMEIROS TEMPOS	13
2.1 VINGANÇA PRIVADA	13
2.2 VINGANÇA DIVINA	14
2.3 VINGANÇA PÚBLICA	14
2.3.1 <i>Direito romano</i>	14
2.3.2 <i>Direito medieval</i>	15
2.4 PERÍODO HUMANITÁRIO	15
2.5 PERÍODO CRIMINOLÓGICO OU CIENTÍFICO	16
CAPÍTULO III — PRINCIPAIS ESCOLAS PENAIS	18
3.1 ESCOLA CLÁSSICA	18
3.2 ESCOLA POSITIVA	19
3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	21
CAPÍTULO IV — HISTÓRIA DAS PRISÕES	23
4.1 SURGIMENTO DAS PRISÕES	23
4.1.1 <i>Sistema panótipo</i>	24
4.1.2 <i>Sistema de Filadélfia</i>	24
4.1.3 <i>Sistema de Auburn</i>	24
4.1.4 <i>Sistema de Montesinos</i>	24
4.1.5 <i>Sistema progressivo inglês</i>	25
4.1.6 <i>Sistema progressivo irlandês</i>	25
CAPÍTULO V — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	26
5.1 PREDOMÍNIO DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	26
5.1.1 <i>Ordenações Afonsinas</i>	26
5.1.2 <i>Ordenações Manuelinas</i>	27
5.1.3 <i>Ordenações Filipinas</i>	27
5.2 PERÍODO APÓS A INDEPENDÊNCIA	27

CAPÍTULO VI — SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO	30
6.1 DIREITO DE PUNIR	30
6.2 DIREITO PENAL MÍNIMO	31
6.3 APLICAÇÃO DA LEI PENAL	32
6.4 LEI PENAL NO TEMPO E LEI EXCEPCIONAL OU TEMPORÁRIA	34
6.5 ESPÉCIES DE PENA	35
CAPÍTULO VII — REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA RECLUSIVA AO REINCIDENTE (CP, ARTS. 129, § 1º, I A IV; 155 E § 4º, I A IV)	36
7.1 HIPÓTESE PRINCIPAL: FUNDAMENTAÇÃO	36
7.2 APLICAÇÃO DA PENA: ART. 59 DO CÓDIGO PENAL — CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	37
7.2.1 <i>Culpabilidade</i>	40
7.2.2 <i>Antecedentes</i>	40
7.2.3 <i>Conduta social</i>	40
7.2.4 <i>Personalidade</i>	41
7.2.5 <i>Motivos do crime</i>	41
7.2.6 <i>Circunstâncias</i>	42
7.2.7 <i>Conseqüências do crime</i>	42
7.2.8 <i>Comportamento da vítima</i>	42
7.2.9 <i>Processo de fixação da pena</i>	43
7.2.9.1 Pena aplicável dentre as cominadas: inciso I	43
7.2.9.2 Quantidade da pena aplicável nos limites previstos: inciso II	43
7.2.9.3 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: inciso III ..	45
7.2.9.4 Substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível: inciso IV	46
7.3 REINCIDÊNCIA: ARTS. 63 E 64	46
7.3.1 <i>A reincidência e as espécies de crimes</i>	49
7.3.2 <i>Efeitos da reincidência</i>	50
7.4 REGIMES PRISIONAIS	52
7.4.1 <i>Posição da doutrina</i>	53
7.4.2 <i>Posição da jurisprudência</i>	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
ANEXO	

INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro encaminha-se aceleradamente a uma alteração substancial da aplicação da pena privativa de liberdade, tendente ao abrandamento por meio de processos alternativos e modelos prisionais suficientes à repressão, calcado na constatação de que o delinqüente não se reabilita com a severidade que lhe é imposta, antes torna-se absolutamente corrompido, desviando-se em definitivo dos fins e utilidades da sanção a que está sendo submetido.

Contudo, cometido o ilícito, o exercício da acusação concretiza-se na ação penal, que tem por escopo a aplicação da pena, por si só aflagrada, como meio retributivo pelo mal provocado à sociedade como um todo, ou a seus cidadãos. A pena, no entanto, não deve ser objeto de escárnio; deve, sim, objetivar a prevenção e a recuperação, para que se materialize a ressocialização.

O regime de cumprimento da pena tornada obrigatória ao condenado, levando-se em conta a complexidade de nossa legislação, sofre profundas influências do poder discricionário dos juízes na apreciação dos dispositivos legais atinentes à espécie sob julgamento. Neste sentido não há uma unicidade de entendimento, capaz de solidificar a justiça de acordo com a verdade e os valores inerentes à humanização.

Para que se possa verificar a posição da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva ao reincidente, necessário que se faça a explanação de temas que circundam e que se relacionam diretamente com a proposição deste trabalho.

Com esse objetivo, premente a apresentação da visão histórica da pena, seus fins, utilidade e características, bem como do conceito de crime e seus principais elementos.

O Direito Penal, e as etapas que o marcaram, desde a vingança privada aos períodos humanitário e criminológico ou científico, também será tratado em capítulo especial de maneira a dar uma idéia de sua transformação ao longo do tempo.

Concebida essa passagem histórica, torna-se imperioso expor as principais escolas penais, oriundas de idéias e teorias políticas, filosóficas e jurídicas sobre os problemas relacionados com o fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetos do sistema penal.

Desde a Antigüidade à Idade Moderna as instituições penais foram merecedoras de especial atenção. Para compreender a chaga que ainda se esvazia, importante trazer à baila a história das prisões e os sistemas carcerários, a partir dos tempos de maior crueldade aos de abrandamento.

No início da colonização do Brasil vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, mas aqui somente esta última teve efetiva aplicação. As transformações relevantes do Direito Penal brasileiro serão explanadas em capítulo que trata do período após a Independência.

O nosso sistema punitivo, abarcado no Capítulo VI, contém estudos dirigidos ao direito de punir, ao Direito Penal mínimo, à aplicação da lei penal, à lei penal no tempo e às espécies de pena, temas reunidos num mesmo conjunto pela significação e também porque será a guia orientadora do entendimento do complexo conjunto de elementos formadores da sistemática penal vigente.

Todas as questões até aqui propostas são de suma importância para a compreensão do derradeiro capítulo, no qual será analisado o tema principal desta monografia.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, cuja finalidade não é outra senão estudar, esclarecer, discorrer e transcrever conceitos e idéias de diversos autores que se dedicaram ao tema. Para tanto, recorre-se, por vezes, à citação direta, com o intuito de realçar as posições da doutrina e da jurisprudência.

Neste contexto, imperativo o estudo minucioso dos artigos 33, 59 e 63 do Código Penal — circunstâncias judiciais, regimes prisionais e reincidência, respectivamente —, porque tratam de todos os cuidados a que se deve ater o juiz na aplicação da pena e, conseqüentemente, na fixação do regime inicial de seu cumprimento.

Para fins de delimitação, a análise do tema principal será restrita aos crimes dos artigos 129, § 1º, I a IV (lesão corporal de natureza grave), 155 (furto) e 155, § 4º, I a IV (furto qualificado).

CAPÍTULO I — VISÃO GLOBAL DA HISTÓRIA DA PENA E O CRIME

*1.1 Fins e utilidade da pena; 1.2 Características da pena;
1.3 O crime; 1.3.1 A conduta e suas teorias.*

[...] *Carrara*: Três fatos constituem a essência de nossa ciência: o homem, que viola a lei; a lei, que exige que seja castigado esse homem; o juiz, que comprova a violação e dá o castigo. Crime, pena e juízo.

Antônio José Miguel Feu Rosa.

O homem e a história do crime datam de uma mesma época e, apesar dos milênios que se foram, desde os primeiros registros, das primeiras civilizações organizadas ao longo dos rios Tigre e Eufrates, na antiga Mesopotâmia, quando foi descoberta a fundição e a utilização dos metais, o uso das primeiras técnicas agrícolas, do solo e de organização das cidades, gênese da civilização caldéia que formulou a primeira lei penal, a de Talião, e a primeira codificação legal com o Código de Hamurabi, passando pelo Código de Manu, na antiga Índia, o Decálogo hebraico, a Lei das XII Tábuas, na velha Roma, essas legislações e codificações expressaram a preocupação de seus povos com a questão criminal, ao estabelecerem com menor ou maior precisão os tipos penais.

A convivência com o ilícito penal e a declaração da culpa do agente foram sempre resolvidas de maneira satisfatória, sob o ponto de vista punitivo. A solução ainda rebuscada, ao longo dos séculos da história da civilização humana, diz respeito ao que fazer com o criminoso após a declaração formal de sua culpa.

Até mesmo a Bíblia, nos seus conjuntos mitológicos, ao apresentar o primeiro homicídio do gênero humano, o de Abel, e o primeiro homicida, Caim, entregou o encargo do conhecimento do fato criminoso, o julgamento do agente, a aplicação da pena e a sua execução a Deus, que sumariamente promoveu um julgamento, precedido

de breve interrogatório do acusado, aplicando-lhe a pena de banimento do convívio da única família existente: a sua.

As codificações antigas, imponentes à solução dos problemas, instituíram, primeiramente, as retaliações: o criminoso sofria o mesmo suplício infligido a sua vítima. Mas, em seguida, a pena capital era aplicada a quase todos os delitos. Essa situação drástica evoluiu com a inclusão dos castigos corporais, o confisco do patrimônio do criminoso e a perda da sua cidadania, reduzindo-o, definitiva ou temporariamente, à condição de escravo, ao abandono em ilhas desabitadas ou em alto-mar em pequenas embarcações e sem alimentos ou água.

Imperavam as forças da punição penal, impostas sem piedade e com crueldade requintada — os condenados eram trancafiados em ergástulos, enxovias, masmorras, vestibulos dos pelourinhos e em depósitos de câmaras de suplício, e morriam atezados, fustigados, esquartejados, enforcados e queimados, num espetáculo cujo ritual macabro realizava-se em espetáculos.

1.1 Fins e utilidade da pena

Genericamente, a pena tem por fim prevenir o homem quanto à prática da infração penal. Entretanto, no decorrer da história, várias teorias foram-se formando, dentre as quais destacam-se: a) *Teorias absolutas ou retributivas*: o fim da pena era a retribuição, o castigo, a expiação, isto é, o pagamento pelo mal praticado. O crime era infração a preceitos divinos e o homem, detentor do livre arbítrio, podia fazer o bem ou o mal. Este último retribuía-se com ele próprio, para possibilitar a purificação do pecador. A sanção nada mais era do que a consequência do delito e tinha por objetivo o restabelecimento da ordem pública alterada, não havendo preocupação, em momento algum, com a pessoa do condenado; b) *Teorias relativas de prevenção ou finalistas*: davam à pena um fim exclusivamente prático e útil, e em especial o de prevenção. Por isso classificavam-se em dois grupos: as *teorias preventivas* e as *reparadoras*. Com as teorias relativas a pena começou a ser vista como uma oportunidade de ressocialização e não mais como somente um castigo.

Cesaria Beccaria¹, clássico e adepto da Teoria Relativa, entendia que a finalidade da pena não consistia em atormentar e afligir um ser *sensível*, nem tampouco desfazer um delito já cometido, mas em impedir que o *réu* causasse novos danos aos seus concidadãos, dissuadindo outros de fazer o mesmo. Para tanto, seria necessário que se aplicassem penas capazes de causar uma impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens. Por outro lado, afirmava que quanto mais rápida fosse a aplicação da pena mais útil e justa ela seria. Mas dizia que seria preferível prevenir a precisar punir os delitos, e isso por meio da educação.

Precursor da defesa e do respeito aos direitos humanos, Beccaria² conclui o seu livro com estas palavras, condizentes com a atualidade:

De quanto se viu até agora pode tirar-se um teorema geral e muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.

É de suma importância para a utilidade da pena sua proximidade do delito, porque quanto mais curto o tempo decorrente entre este e aquela mais estreita e durável será a associação dessas duas idéias (delito e pena) no espírito humano, considerando-se dessa forma um como sendo a causa e o outro como sendo o efeito necessário e indefectível.

O contraste que deve existir entre o impulso ao delito e a repercussão da pena faz com que o espírito se afaste e se conduza a um fim oposto àquele para o qual procura encaminhá-lo a idéia sedutora da infração da norma.

A utilidade da pena dá-se pelo fato de que, a partir de sua imposição, o indivíduo desista de praticar determinado delito. Porém, a melhor maneira de evitar que delitos sejam praticados, como já dizia Beccaria, é a *prevenção* e não a *punição*.

¹ BECCARIA, Cesaria. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Lucia Guidicini. São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. 146.

² *Op. cit.*, p. 146.

As leis humanas não têm o poder de impedir as perturbações e a desordem. Mas não será proibindo uma grande quantidade de ações diferentes que se prevenirão os delitos. A probabilidade de ocorrência é diretamente proporcional ao número de motivos, e ampliar a esfera dos delitos é aumentar a probabilidade de que sejam cometidos. Para preveni-los de fato é preciso que as leis sejam claras, simples, e que toda a força da natureza concentre-se em defendê-las. Elas devem fazer com que os homens as temam.

Hodiernamente, a pena representa uma sanção aflagrante (constrangimento) imposta pelo Estado mediante uma sanção penal ao autor de uma infração penal como retribuição de seu ato ilícito consistente na diminuição de um bem jurídico, cujo fim é evitar novos delitos.

Celso Delmanto³, ao analisar a pena e suas espécies, traz o seguinte conceito:

Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem a finalidade retributiva e preventiva. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. E preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando da liberdade o autor do crime e obstando que ele volte a delinquir.

Pode-se dizer, como bem acentuou Maurício Kuehne⁴, que a pena tem como fins a preservação de bens jurídicos, a defesa social, a ressocialização do condenado, a regeneração do preso, a reincorporação ou reinserção social, a punição retributiva do mal causado e a prevenção da prática de novas infrações.

Transcreve-se o seguinte excerto do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul,⁵ que prescreveu:

Nunca é demais lembrar que o fim último da pena não é o de eternizar e muito menos infernizar a situação do apenado; para reintegrá-lo ou reinseri-lo ao meio social torna-se fundamental dinamizar o

³ DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1991, p. 60.

⁴ KUEHNE, Maurício. *Teoria e prática da aplicação da pena*. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 1998, p. 24.

⁵ TARS — RA 290108117 — JUTARS 76-27.

tratamento prisional estimulando o homem apenado e preparando-o necessariamente para o retorno. A esperança de momentos mais fáceis e menos rigorosos, de liberdade ainda distante, é inerente ao complexo tema da recuperação do condenado.

1.2 Características da pena

A sociedade organizada, inspirada pela idéia do coletivo, que compreende todos os indivíduos, sem exceção de qualquer gênero ou espécie, estruturou-se no sentido de editar regras disciplinadoras de sua vida, visando ao fortalecimento do convívio. O legislador, no desempenho de suas funções, sempre se preocupou em fixar limites às condutas individuais, com direcionamento à proteção societária.

O direito, pois, surge inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos e, via de consequência, destina-se a disciplinar uma vida comunitária harmônica, orientada pela finalidade do bem comum, sendo o homem o principal personagem da cena social.

Entretanto, violado o pacto comum de convivência, quebrada a harmonia da vida societária, seus valores essenciais, não se pode abstrair a atuação das normas legais pertinentes, que devem incidir diretamente na pessoa do infrator. Sempre que o Estado interferir na vida social, buscando o disciplinamento, deverá fazê-lo de molde a preservar, com a lei, a conformidade desta com seu verdadeiro finalismo, isto é, não poderá ser nem insuficiente nem excessivo em sua tarefa punitiva, concretamente.

Como bem assinalou Paulo Roney Ávila Fagúndez⁶, *O Estado necessário deverá se manter enquanto instrumento imprescindível para a defesa dos interesses coletivos e para a criação de leis justas.* E, ao agir em prol do interesse coletivo, é dever do Estado, por intermédio de sua função jurisdicional, aplicar a pena em face da violação do bem juridicamente consolidado, mas ela deve ser, sempre, proporcional à infração cometida e nos limites da culpabilidade, a fim de que seja justa e não encontre, o castigo, arbitrariedade.

⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney. *Holismo, Direito e ética*. <http://www.iaccess.com.br/roney/arthol.htm>.

Antônio José Miguel Feu Rosa⁷, ao decompor as características essenciais da pena, consolida o entendimento de que ela deve ser proporcional ao crime, pessoal, legal, igual para todos e o máximo possível correccional. Assim discorre sobre cada uma delas:

1) A pena deve ser proporcional ao crime — *Acabaram-se aquelas crueldades inomináveis e absurdas de condenações à morte por delitos insignificantes; a falta de critério que existia para estabelecer qualquer tipo ou espécie de castigo, bem como o tempo de duração da pena.*

2) Deve ser pessoal — *A individualização da pena representou o mais importante avanço em sua concepção científica. Ao fixar a pena o juiz deverá examinar as condições pessoais de cada criminoso: [...] Não pode passar da pessoa do criminoso [...].*

3) Deve ser legal — *Só tem valor a pena quando decorrente de uma sentença proferida por juiz competente, através de processo regular, obedecidas as formalidades legais. Todas as penas têm que estar expressamente prescritas em lei, não pode haver pena por analogia, a critério do julgador.*

4) Deve ser igual para todos — *[...] os condenados devem receber o mesmo tratamento, sujeitando-se aos mesmos regulamentos e à mesma disciplina carcerária [...].*

5) Deve ser, o máximo possível, correccional — *[...] Cumpre ao Estado exercer todos os esforços para tentar corrigir o criminoso, criando-lhe novos hábitos e vocação para o trabalho.*

Desse contexto depreendem-se duas funções importantes do Estado: uma, pelo poder legiferante, pois dele é que emanam as normas jurídicas disciplinadoras dos conflitos sociais; outra, pela prestação jurisdicional, por seus agentes, ao apreciarem os casos concretos.

1.3 O crime

Um fato merecedor de reparação, no direito romano, denominava-se *nox* ou *noxia*, que significava *dano*, ou seja, indicava o resultado o comportamento causador da reparação. Várias outras expressões, no entanto, são encontradas como indicadoras de fato digno de ressarcimento pela transgressão à norma jurídica, como, por exemplo:

⁷ ROSA, José Miguel Feu. *Direito Penal*. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 421-422.

crimen, delictum, facinus, flagitium, fraus, malefictum, peccatum ou probum. As duas primeiras são as mais utilizadas.

O crime ou delito, definidos como a contrariedade aos preceitos da lei penal, em nossa legislação são conceitos sinônimos.

Decorre então que o crime ou delito pode ser definido, mais precisamente, como sendo a transgressão às normas sociais, da moral, das regras de conveniência cristalizadas no ambiente cultural, merecendo réplica específica, qual seja, a pena.

Como violação da norma moral, caracteriza-se pela contrariedade à moralidade (ou no mínimo à ética), de um povo, portanto, oposto ao direito.

O conceito de crime relaciona-se diretamente ao conceito jurídico, predominantemente, pois a maioria dos tratadistas não concebe o fenômeno fora do direito, porque, segundo entendem, é resultante do desrespeito à preceituação normativa. Fora dessa concepção, o crime implica apenas violações que devem ser colocadas em outros ramos, cujas sanções têm outros fins e fundamentos.

Formalisticamente, o crime é a contrariedade à lei penal, cuja consequência é a pena. Mas isso não chega a inteirar o seu amplo significado, fazendo-se necessário completá-lo com maior abrangência.

Para esse desiderato, levando-se em conta que se trata de lesão ou de perigo de lesão suscetível de ser imputada, de um bem jurídico ou de interesses protegidos pelo direito, deve-se conceituá-lo não só jurídica, mas também sociologicamente.

Os positivistas criminológicos, contrapondo-se à concepção de crime estritamente relacionado ao conceito jurídico, entendem-no como um fenômeno natural, qual seja, ofensa aos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e de probidade que existem em determinado grupo.

Já os dogmáticos vêem o crime como sendo uma criação da lei, e como tal deve ser estudado. Para eles, o crime contém vários elementos e consequências. É *ação*, negativa ou positiva, por ser um comportamento causal de um resultado (tipicidade), e, sendo um fato típico, advém a valoração, isto é, a sua qualificação jurídica: antijuridicidade. A punibilidade é consequência desta e a culpabilidade indica

um pressuposto necessário: a imputabilidade. Ser formalmente antijurídico significa ser contrário à lei penal e ser substancialmente antijurídico quer significar que, além da contrariedade formal, requer-se a existência de uma efetiva lesão, ou perigo de lesão, de um bem protegido juridicamente. Assim, tem-se como elementos fundamentais do crime: fato típico, culpabilidade e antijuridicidade.

1.3.1 *A conduta e suas teorias*

A conduta é a ação ou omissão humana dirigida a determinada finalidade. Tem como principais características: o sujeito ativo do delito só pode ser uma pessoa física, pois a pessoa jurídica não é capaz de delinquir; só as condutas corporais externas constituem ações; só tem importância para o Direito Penal quando voluntária; o comportamento consiste num movimento ou abstenção do movimento corporal.

Os elementos da conduta são, portanto, um ato de vontade dirigido a uma finalidade, e uma atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior.

A vontade abrange o objetivo pretendido pelo sujeito, os meios usados na execução e as conseqüências secundárias da prática. A conduta é a manifestação de vontade, ou seja, a atuação. É o movimento ou abstenção do movimento corpóreo.

O resultado não se insere no conceito de conduta, pois é conseqüência dela. A conduta é a simples manifestação da vontade; o resultado corresponde à alteração do mundo exterior causada por ela. A conduta não se confunde com o ato, que é um momento daquela. Se um indivíduo fere outro com vários golpes de faca, há vários atos, mas apenas uma conduta.

Nullum crimen sine conducta — não há crime sem ação. É sobre o conceito de ação, ou conduta (a ação tem sentido amplo, que é o fazer, e a omissão, que é o não fazer), que se estabelece a divergência entre os penalistas. Conforme o sentido que se dê à palavra ação modifica-se o conceito estrutural do crime. As teorias mais divulgadas são a causalista, a finalista e a social da ação.

A Teoria Causalista (naturalista, tradicional, clássica, causal-naturalista) tem a conduta como um comportamento humano voluntário no mundo exterior, que consiste em fazer ou não fazer. Considera-a como um processo mecânico, muscular e voluntário, em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige. Basta que se tenha

a certeza de que o agente atuou voluntariamente para se afirmar que praticou a ação típica, sendo irrelevante o que realmente queria. Os causalistas entendem que para se concluir pela existência de uma ação típica deve-se apreciar o comportamento sem qualquer indagação a respeito da sua ilicitude ou da sua culpabilidade. Consideram que a ação é a manifestação da vontade sem conteúdo finalístico (fim da conduta), que deve ser apreciado na culpabilidade, como elemento dela. Unem-se esta teoria: Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Frederico Marques, João Bernardino Gonzaga, Magalhães Noronha, Nelson Hungria e Salgado Martins.

Para a segunda teoria, a Finalista, ou da ação finalista, como todo comportamento do homem tem um fim, a conduta é uma atividade derradeira humana e não um comportamento causal. Como ela é um fazer ou um não fazer voluntário, implica obrigatoriamente numa finalidade. A conduta, portanto, efetiva-se pela manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada.

Quando se trata de crime doloso, o fim da conduta é a intenção de concretizar o fato ilícito. Quando for culposo, a finalidade da conduta não está dirigida ao resultado lesivo, mas o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar que o evento ocorresse. Aderem a esta teoria: Damásio E. de Jesus, Francisco de Assis Toledo, Heleno Cláudio Fragoso, José Henrique Pierangelli, Juarez Tavares e Manoel Pedro Pimentel.

A Teoria Social da ação — ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou normativa — emergiu para ser um elo entre as teorias causalista e finalista. Para essa teoria a relevância social da ação é o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento. Como o Direito Penal só comina pena a condutas socialmente danosas, e como socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo com o seu meio, sem relevância social não há relevância jurídico-penal. Só haverá fato típico segundo a relevância social da ação. Juntam-se a esta teoria: Everaldo da Cunha Luna, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista e Paulo da Costa Júnior.

CAPÍTULO II — DIREITO PENAL DOS PRIMEIROS TEMPOS

2.1 Vingança privada; 2.2 Vingança divina; 2.3 Vingança pública; 2.3.1 Direito romano; 2.3.2 Direito medieval; 2.4 Período humanitário; 2.5 Período criminológico ou científico.

A exigência do próprio homem fez nascer as instituições penais, pela necessidade de um ordenamento coercitivo que garantisse a paz e a tranqüilidade na convivência junto aos demais seres humanos. São, por isso, um imperativo do próprio relacionamento entre os indivíduos.

O Direito Penal reconheceu cinco fases na sua evolução primitiva.

A divisão por períodos tem apenas fins didáticos, eis que a sucessão ocorreu paulatinamente, isto é, não se substituem por completo em determinado tempo. O que permite essa divisão são certas características, certos aspectos de fato.

2.1 Vingança privada

Talião foi a primeira lei na conquista do terreno repressivo. O castigo estava limitado e, portanto, a vingança não seria mais arbitrária e desproporcional. Já no Código de Hamurabi (2.300 a.C.) prevalecia a preocupação com a justa retribuição. Surgiu, então, para abrandar o rigorismo da pena ainda existente, a denominada *composição*. Mil anos após sobreveio o Código de Manu (Índia, 1300 a.C.), conservando as mesmas características. Ainda hoje encontram-se resquícios da *composição*, sob forma de indenização e multa.

As principais características deste período foram a vingança individual, vingança da paz social — vingança limitada, vingança coletiva, vingança do sangue e *composição*.

2.2 Vingança divina

Os povos primitivos viam no crime uma desobediência à prática do culto. Por isso, o período da *vingança divina* baseava-se no princípio de que todo crime correspondia a uma ofensa à divindade e a sanção tinha por preocupação punir quem ofendesse os deuses. O Direito era a religião. Cada preceito religioso aparecia acompanhado de uma sanção jurídica e cada ditado jurídico era um mandato da religião e a justiça penal se exercitava em seu nome. Assim, este período ficou assinalado pela crueldade, principalmente no Egito, Assíria, Fenícia, Babilônia, Pérsia, Israel, Índia e Grécia.

2.3 Vingança pública

Neste período o Estado tornou-se forte e chamou para si a aplicação da pena, que perde seu cunho religioso, assumindo uma finalidade política. O objetivo era a segurança do príncipe ou soberano, por meio da pena, também cruel e severa. Vingou o pensamento aristotélico influenciando no campo jurídico e, com Platão, anteviu-se a pena como meio de defesa social, pela intimidação, sob a advertência de não delinquir. Contudo, permaneceram ainda as formas anteriores da vingança privada e da vingança divina.

Predominaram o arbítrio judicial, a desigualdade quanto à punição das classes, a desumanidade das penas, o sigilo do processo, os meios inquisitórios, tudo aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, a favorecer o absolutismo monárquico e seus protegidos, postergando os direitos dos indivíduos.

2.3.1 *Direito romano*

Os romanos, primeiros a distinguir o crime privado do público, conservaram as mazelas da vingança privada e divina, adotando o Talião e a composição. Na Monarquia, autoridade do *pater familias*; na República, desenvolveu-se o caráter público, característica esta aumentada no Império.

2.3.2 Direito medieval

Prevaleceu, basicamente, o direito romano, apesar de ter passado pelos períodos do direito canônico e local (conhecido como Direito Comum).

2.4 Período humanitário

Iniciado no século XVIII, tinha seu significado no movimento (jurisconsultos, magistrados, filósofos, parlamentares, técnicos em Direito e legisladores) das idéias contra a crueldade do Direito Penal vigente. A lei penal deveria dispensar qualquer tipo de interpretação, ser simples, clara e precisa, redigida em língua nacional. A pena tinha que ser severa o mínimo necessário para intimidar os cidadãos, com processo penal rápido. A eficácia da pena dependia mais da certeza de sua aplicação do que de uma gravidade duvidosa.

O movimento visava, sobretudo, ao respeito à personalidade humana, fundado em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte dos que eram submetidos ao terrível processo penal e ao regime carcerário então existentes. John Howard iniciou um movimento de reforma das prisões, publicando, em 1775 e 1777, respectivamente, obras cujos temas centrais tratavam do estado das prisões inglesas e da abolição das torturas.

O Iluminismo⁸, em matéria de justiça penal, mantinha sua atenção à proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, ao banimento da tortura, à abolição ou limitação da pena de morte e à acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela Igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição.

Aníbal Bruno⁹, analisando o pensamento de Beccaria a respeito, assevera:

O que pretendeu Beccaria não foi certamente fazer obra de ciência,

⁸ Também denominado *Filosofia das Luzes*, foi um movimento filosófico do século XVIII que se caracterizava pela confiança no progresso e na razão, pelo desafio à tradição e à autoridade e pelo incentivo à liberdade de pensamento.

⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1967, t.1, p. 82-83.

mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloqüente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal. (...) falou claro diante dos poderosos, em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão das normas penais com religião, moral, superstições, ousando construir um Direito Penal sobre bases humanas, traçar fronteiras à autoridade do príncipe e limitar a pena à necessidade da segurança social. Defendeu, assim, o homem contra a tirania, e com isso encerrou um período de nefanda (perversa) memória na história do Direito Penal.

2.5 Período criminológico ou científico

Teve início em meados do século XIX, calcado nas idéias científicas florescentes, cuja preocupação maior era dar uma explicação rigorosa para a origem do crime. Surge, então, a Antropologia Criminal¹⁰, relacionada com a Criminologia¹¹.

Defendia-se a teoria da evolução humana, em que o homem, descendente de vários troncos primatas, estando mais próximo de seus ancestrais selvagens, ainda trazia os característicos da animalidade passada.

Modernamente, ao realizar um estudo do problema das anomalias cromossômicas em face da conduta anti-social, Hilario Veiga de Carvalho¹² assim dispõe:

[...] quanto maior for o reconhecimento eventual da influência dessa anomalia na conduta humana, menor será a possibilidade de se falar em crimes, mas antes em atos anti-sociais, ou seja, quanto mais anômalo se reconheça o agente agressor, menos criminoso poderá ser ele considerado, em face do conceito legal de crime e de criminoso, à luz do Direito e da Medicina.

[...] o que já se pode vislumbrar será a prevenção das condutas aberrantes em que o complexo cromossômico anormal possa ser

¹⁰ Antropologia Criminal: estudo da história natural do homem.

¹¹ Ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social, do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime — contemplado este como problema individual e como problema social —, assim como sobre os programas de prevenção eficaz e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente.

¹² CARVALHO, Hilario Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo : José Bushatsky, 1973, p. 191-192.

identificado como uma das causas dentro do mosaico gerador das ações anti-sociais.

Todas essas conjecturas, no entanto, devem ser vistas sob a orientação da Criminologia, e esta, segundo o autor acima citado, em face da *ética* (com a Sociologia — costumes e moral; com a Psicologia — atividades espirituais; com a Antropologia - temperamento e caráter), da *política* (pena: função do Estado — Justiça) e da *técnica* (ciências aplicadas: Medicina, Engenharia, Agricultura, Economia, Comércio, Química, Manufaturas, Artes e Ofícios e construção)¹³.

¹³ *Op. cit.*, p. 29-42.

CAPÍTULO III — PRINCIPAIS ESCOLAS PENAIS

3.1. *Escola Clássica*; 3.2. *Escola Positiva*; 3.3.

Considerações gerais.

As escolas penais formaram-se por sistemas de idéias e teorias políticas, filosóficas e jurídicas sobre as principais questões penais. Uma definição clara foi dada por Aníbal Bruno¹⁴, ao dizer que as escolas penais são *corpos de doutrinas mais ou menos coerentes sobre os problemas em relação com o fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetos do sistema penal.*

As escolas penais surgiram a partir do século XVIII, quando o Direito Penal atingiu certo desenvolvimento teórico. As principais escolas foram a Clássica e a Positiva.

3.1 Escola Clássica

A Escola Clássica teve como um dos seus maiores vultos Francesco Carrara.

Paulo R. Pinheiro Torres¹⁵, sobre o pensamento de Carrara, consignou que:

O ponto principal defendido por Carrara [...] era o Direito Penal como ciência jurídica. Para ele o direito de punir advém do direito de defesa limitada à tutela jurídica pela moral. Estudou o delito como entidade jurídica. Para os clássicos, além de ser o delito uma entidade jurídica, o criminoso era um homem igual aos demais, observando que as condições pessoais de cada um traziam pequena influência no aplicar da pena. Admitindo o livre arbítrio, fixou a responsabilidade no campo moral de vez que sendo livre o homem, tem ele consciência da liberdade e seu comportamento advém justamente dessa liberdade; sendo a ação proveniente da vontade do homem, e este sendo livre para agir, será responsável por seus atos. A pena é o justo castigo, um mal imposto ao criminoso que com a vontade e consciência pratica o crime.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 77.

¹⁵ TORRES, Paulo R. Pinheiro. *Noções de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1973, p. 24-25.

Fundamentos político-filosóficos da Escola Clássica: contrariedade ao absolutismo (liberalismo); defesa dos direitos individuais; defesa do princípio da reserva legal; oposição à tortura e ao processo inquisitório.

3.2 Escola Positiva

Os que seguiram a Escola Positiva antepuseram-se aos pensamentos da Escola Clássica, denominando de clássicos os juristas e adeptos do absolutismo¹⁶.

Cesare Lombroso, médico, psiquiatra, professor universitário e criminologista italiano — tornou-se famoso por seus estudos e teorias no campo da caracterologia: a relação entre características físicas e mentais —, foi seu precursor. Estudava os cadáveres de criminosos procurando encontrar algum elemento que permitisse distinguir o homem normal do louco. Após longas pesquisas, declarou que os homens eram portadores de sinais característicos, atávicos¹⁷, que os faziam criminosos por nascimento. Tais anomalias determinariam a comissão do crime. Seria o homem um criminoso nato, distinguindo-se dos demais por ser portador de particulares sinais¹⁸.

Fundamentos político-filosóficos da Escola Positiva: oposição ao liberalismo¹⁹; desenvolvimento das ciências positivas do século XIX; predomínio do conhecimento racional (dogmático, a fonte principal do conhecimento é a razão, o pensamento); busca das causas dos fenômenos.

João Farias Júnior²⁰, ao fazer um confronto entre os princípios da Escola Clássica e Positiva, apresenta *10 proposições capazes de dar toda a perspectiva ideológica das duas Escolas*, assim dispostos:

¹⁶ Sistema de governo em que o governante se investe de poderes absolutos, sem limite algum, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania.

¹⁷ Atavismo: reaparecimento, em um descendente, de um caráter não presente em seus ascendentes imediatos, mas sim em remotos.

¹⁸ Crânio pequeno e assimétrico, fronte baixa, arcadas salientes, maxilares desenvolvidos, orelhas de abanos, espessos cabelos, insensibilidade física e psíquica, olhar duro para os criminosos de sangue, e instável para os ladrões.

¹⁹ Liberalismo político: doutrina que visa a estabelecer a liberdade política do indivíduo em relação ao Estado e preconiza oportunidades iguais para todos.

²⁰ FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. Curitiba : Juruá, 1993, p. 30-31.

Delito:

Escola Clássica: É uma entidade jurídica que deve estar contida na lei promulgada, tornada pública para que todos sintam ameaça da pena proporcionalmente retributiva, também contida na lei.

Escola Positiva: É um fato humano e social. Um fenômeno natural produzido por causas biológicas, físicas e sociais.

Delinqüente:

Escola Clássica: É um componente indistinto na sociedade, igual a qualquer ser humano, não havendo falar-se em diferença de caráter.

Escola Positiva: Há variedades tipológicas de delinqüentes. Estes são diversificados por seus estados psíquicos e biológicos e considerados anormais. Por isso, eles são distintos dos homens normais.

Fatores criminológicos:

Escola Clássica: Não há falar-se em fatores criminógenos. O homem não é impelido ao crime por fatores de ordem física, ambiental, biológica ou social.

Escola Positiva: O homem é voltado ao crime, impelido por fatores geradores do comportamento criminoso.

Arbitrio:

Escola Clássica: O homem é dotado de livre arbitrio, isto é, dotado de inteligência e consciência livres e em condições de discernir e escolher o bem ou o mal. Se se torna criminoso é porque quer. Se pratica crime é porque quer.

Escola Positiva: O homem não tem a vontade e a inteligência livres ou autônomas para a escolha de soluções contrárias, como o bem e o mal. São fatores internos ou externos (que determinam o crime). São fatores físicos, biológicos e sociais que influenciam o psiquismo e o comportamento criminoso.

Responsabilidade:

Escola Clássica: A responsabilidade penal tem por fundamento a responsabilidade moral que advém da imputabilidade moral que deriva, por sua vez, do livre arbitrio.

Escola Positiva: O homem é responsável porque vive em sociedade. Pelo fato de conviver em sociedade ele se faz sujeito de direitos e deveres e, por isso, é responsável.

Pena:

Escola Clássica: É retributiva, aflitiva, intimidativa e expiatória. Um mal tem que ser pago com outro mal.

Escola Positiva: É uma reação social contra o crime. Se o homem coexiste e convive em sociedade e a perturba com a prática de crimes,

esta mesma sociedade reage e se defende com a pena contra o criminoso.

Preocupação:

Escola Clássica: A doutrina clássica se preocupa com a legalidade e a justiça, principalmente a penal.

Escola Positiva: A doutrina positivista se preocupa com a pessoa do criminoso, buscando saber quais os fatores que o levaram ao crime e o estado perigoso em que ele se encontra..

Medida da Pena:

Escola Clássica: A gravidade dos elementos, material e moral, é que determina a proporção da pena. A pena tem que ser proporcional ao crime.

Escola Positiva: O grau de periculosidade ou temibilidade é que determina a gravidade da pena.

O juiz:

Escola Clássica: O juiz não deve ser mais do que a boca que pronuncia a lei. É a expressão da lei.

Escola Positiva: O juiz deve individualizar a pena, isto é, deve levar em consideração a periculosidade (ou o estado perigoso) para a aplicação da pena.

Método:

Escola Clássica: Apriorístico, metafísico, dedutivo, ou lógico-abstrato que parte de relações singulares lógicas para chegar à construção integral do sistema jurídico.

Escola Positiva: Positivo, indutivo ou experimental, que parte do geral para o particular ou do todo para as partes.

3.3 Considerações gerais

Os positivistas, contrariando os clássicos, afirmam que o livre arbítrio é uma criação ideal. Negando a liberdade da ação, firmando-se no determinismo, entendem, então, que o crime resultava dos fatores biológicos, físicos e sociais.

A pena, para os clássicos, é a retribuição para a restauração da ordem moral abalada pelo crime; já os positivistas preferem a pena com o sentido de defesa social. É de se notar que as penas, como consideradas hoje, não chegavam, à época, a tais distinções como agora. A Escola Positiva considerava as sanções de modo genérico — todas elas sob a forma de medidas de defesa social. Foram adotadas pela Escola Clássica as sanções com sentido utilitário.

Os clássicos vêem o crime como um ente jurídico, porque constitui a violação da norma legal, atingindo um direito qualquer, resultando da vontade livre do homem. Já para a Escola Positiva o crime é a consequência da conjugação dos fatores antropológicos, físicos e sociais, sendo, portanto, um ato humano.

Os clássicos consideram o criminoso como um ser normalmente constituído e psicologicamente são, com idéias e sentimentos iguais aos demais homens, portanto, sensivelmente iguais. Os positivistas, entretanto, contestam, alegando que o homem é portador de anomalias orgânicas ou psíquicas — de ordem biológica ou psicológica —, o que faz com que seja sensivelmente diferente, constituindo o criminoso uma classe especial.

Dessa distinção verifica-se que os métodos adotados pelas duas escolas são diametralmente opostos. Enquanto a Escola Clássica, que considera o criminoso como um homem igual aos demais, estuda o crime como entidade jurídica, abstraindo a avaliação do criminoso justamente porque não encontra diferenças entre os homens, a Escola Positiva detém-se no estudo do indivíduo, partindo dessa leitura particular para o confronto com as demais. Os métodos empregados são, pois, pelos clássicos, o abstrato lógico dedutivo²¹ e, pelos positivistas, o indutivo²².

²¹ O que emprega unicamente o raciocínio, partindo de princípios considerados como verdadeiros e indiscutíveis; método categórico-dedutivo.

²² Consiste em se estabelecer uma verdade universal ou uma proposição geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares ou de proposições de menor generalidade.

CAPÍTULO IV — HISTÓRIA DAS PRISÕES

4.1 Surgimento das prisões; 4.1.1 Sistema panótipo; 4.1.2 Sistema de Filadélfia; 4.1.3 Sistema de Auburn; 4.1.4 Sistema de Montesinos; 4.1.5 Sistema progressivo inglês; 4.1.6 Sistema progressivo irlandês.

Agamenon Bento do Amaral²³, com propriedade, consignou o seguinte conceito jurídico de prisão:

No sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado. E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto.

4.1 Surgimento das prisões

As instituições penais originaram-se por exigência do próprio homem, pela necessidade de um ordenamento coercitivo que assegurasse a paz e a tranquilidade em sua convivência com os demais seres humanos. Trata-se de uma imposição do próprio relacionamento inerente ao contrato social.

Nas primeiras prisões e casas de força a pena era aplicada como detenção perpétua e solitária em celas muradas. Contudo, no século XVII, a pena privativa de liberdade foi reconhecida como substituta da pena de morte e, até o século XVIII, grande número de casas de detenção surgiu.

²³ AMARAL, Agamenon Bento do. *Direito Processual Penal: lições teóricas e práticas*. Wysiwyg://main.89/http://www.ccj.ufsc.br/~agamenon/principal.html.

Odete Maria de Oliveira²⁴ retratou, com percuciência, os principais sistemas prisionais, de cuja obra extrai-se, em síntese:

4.1.1 *Sistema panótipo*

Prisão celular, de forma radial, construída pela primeira vez nos Estados Unidos da América do Norte, em 1800. Por este sistema, uma única pessoa, prostrada num ponto estrategicamente construído, fazia a vigilância da totalidade das celas, que eram individuais.

4.1.2 *Sistema de Filadélfia*

Por influência católica dos cárceres monacais da Idade Média, desponta um novo regime de reclusão em Filadélfia, no ano de 1790, com as seguintes particularidades: freqüente leitura da Bíblia; proibição do trabalho e de receber visitas; isolamento absoluto e constante do condenado; trabalho da consciência para que a punição fosse temida.

4.1.3 *Sistema de Auburn*

Nova Iorque, 1821: os prisioneiros podiam manter comunicação pessoal apenas durante o dia, pois à noite eram mantidos em completo isolamento. As regras de silêncio eram aplicadas com severidade e o trabalho e a disciplina eram condicionados aos apenados com a finalidade de ressocialização e, via de conseqüência, de preparação para o retorno ao meio social.

4.1.4 *Sistema de Montesinos*

Idealizado por Manoel Montesinos y Molina, na Espanha, aplicava o tratamento penal humanitário, objetivando a regeneração do recluso. Já por este sistema foram suprimidos, definitivamente, os castigos corporais e os presos tinham seu

²⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis : UFSC, Assembléia

trabalho remunerado. Montesinos foi o primeiro sistema progressivo a aparecer.

4.1.5 *Sistema progressivo inglês*

Inglaterra, 1846: restou estabelecido aos apenados o esquema de vales. Detalhe importante refere-se à duração da pena, que não era fixada pelo juiz na sentença condenatória, mas obedecia a três etapas distintas: de prova, de trabalho durante todo o dia e de isolamento celular noturno e da comunidade.

4.1.6 *Sistema progressivo irlandês*

Sistema de vales e preparação para a vida em liberdade. Os presos eram deslocados a prisões intermediárias, semelhante a um método progressivo de regime, sendo abolido o uso de uniformes. Por outro lado, foi admitido o trabalho no campo, com autorização para conversação, objetivando o fomento para o retorno à sociedade.

O Brasil adotou este sistema, excluído o uso de marcas ou vales, mas acrescentando a observação, o trabalho com isolamento noturno, o regime semi-aberto²⁵ ou colônia agrícola e a liberdade condicional.

Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, p. 37-68.

²⁵ Trabalho ao ar livre, com pequena vigilância, mas com remuneração.

CAPÍTULO V — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

5.1 Predomínio da legislação portuguesa; 5.1.1 Ordenações Afonsinas; 5.1.2 Ordenações Manuelinas; 5.1.3 Ordenações Filipinas; 5.2 Período após a Independência.

Assim como toda e qualquer instituição humana, o Direito Penal brasileiro tem sido objeto de constantes modificações, influenciadas pelas correntes de pensamentos ao longo dos tempos.

Quando da descoberta do Brasil havia a ausência do Direito Indígena. O estágio de civilização em que vivia o índio brasileiro não era suficiente para influenciar a vida social, política e jurídica da colônia que emergia.

5.1 Predomínio da legislação portuguesa

Nos primórdios da colonização o sistema penal brasileiro estava contido nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Elas consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes.

5.1.1 Ordenações Afonsinas

Lei promulgada por Dom Afonso V, em 1446. Vigorou até 1521. Serviu de modelo para as ordenações posteriores, mas nenhuma aplicação teve no Brasil.

5.1.2 Ordenações Manuelinas

As Ordenações Manuelinas continham as disposições do Direito Medieval, elaborado pelos práticos, e confundiam religião, moral e direito. Vigoraram no Brasil entre 1521 e 1603, ou seja, somente após o seu descobrimento, não chegando a ser verdadeiramente aplicadas porque a justiça era realizada pelos donatários²⁶.

5.1.3 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas vieram a ser aplicadas efetivamente no Brasil, sob a administração direta do Reino. Tiveram vigência a partir de 1603, findando em 1830 com o advento do Código do Império.

A matéria penal estava contida no Livro 5, denominado o *Famigerado*. As penas fundavam-se na crueldade e no terror. Distinguiam-se pela dureza das punições. A pena de morte era aplicada com freqüência e sua execução realizava-se com peculiares características, como a morte pelo fogo até ser reduzido a pó e a morte cruel marcada por tormentos, mutilações, marca de fogo, açoites, penas infamantes, degredos e confiscações.

5.2 Período após a Independência

Com o advento da independência, a Assembléia Constituinte de 1823 decretou a aplicação provisória da Legislação do Reino; continuaram, assim, a vigorar as Ordenações Filipinas, até que com a Constituição de 1824 foram revogadas parcialmente. Naquele mesmo ano de 1823 foram encarregados de elaborar um Código Penal os parlamentares José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos. Tendo cada um apresentado seu projeto, preferiu-se o de Bernardo, que sofreu alterações e veio a constituir o Código de 1830. Nele manteve-se, ainda, a pena de morte, que acabou sendo tacitamente revogada por D. Pedro II quando do episódio da

²⁶ Capitães que para aqui vieram, com poder discricionário amplo, sendo absolutamente independentes na aplicação da justiça em seus territórios, conforme constava das cartas de doação do rei.

execução de Mota Coqueiro, no Estado do Rio, que, acusado injustamente, depois de morto teve provada sua inocência.

O Código de 1830 sofreu influências do Código Francês de 1810 e da Baviera de 1813, tendo, por sua vez, influenciado o Espanhol de 1848, que foi a base do de 1870 e que, por sua vez, veio a se constituir em modelo para os demais códigos de língua espanhola. Vê-se, assim, a importância de nosso Código do Império. Apesar disso recebeu severas críticas, porque foi considerado liberal, estabeleceu a imprescritibilidade das penas, considerou a religião com primazia — incriminação dos delitos religiosos como mais importantes — e manteve a pena de morte.

Ao Código Penal seguiu-se o de Processo, editado em 1832. Desde então, até o advento da República, várias leis foram publicadas. Com a República foi promulgado novo Código, pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, baseado no projeto de Batista Pereira, em que foram adotados os princípios da escola clássica (1. da reserva legal; 2. Divisão dicotômica da infração penal; 3. Penas: prisão celular, banimento e reclusão). Mas continuava a edição de inúmeras leis. Em 1932, Vicente Piragibe faz uma compilação das leis vigentes que, sob a denominação de *Consolidação das Leis Penais*, passa a vigorar por força do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Sobreveio a Revolução de 1937. O Presidente Getúlio Vargas, pretendendo fazer reformas legislativas, mandou que o Ministro da Justiça, Francisco Campos, designasse Alcântara Machado para elaborar o novo Código. Foi editado, então, o Decreto n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que começou a vigorar somente em 1º de janeiro de 1942, a fim de que pudesse tornar-se conhecido.

Ressalta-se que no Código de 1940, proveniente de um projeto preparado durante um período revolucionário, quando o Estado era a força maior, deu-se maior importância à figura humana — predomínio dos direitos individuais —, relegando os crimes contra o Estado ao último lugar da lista. Tratava-se de um código eclético, pois não se filiou a nenhuma escola. Principais características: pena e medida de segurança; individualização da pena; tecnicamente moderno.

A seguir foram editados o Código de Processo Penal (Decreto n. 3.689, de 3/10/1941), a Lei das Contravenções Penais (Decreto n. 3.688, também de 3/10/1941),

a Lei de Introdução ao Código Penal (9/12/1941) e o Código Penal Militar (Decreto n. 6.227, de 24/1/1944).

Em 1962, Nelson Hungria ficou encarregado de elaborar um novo projeto de Código. Em 1964 foi designada uma comissão para a revisão do projeto final, composta pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno C. Fragoso. Em 1969 o projeto foi promulgado pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro, mas restou revogado sem ter vigência.

O Código Penal, como já dissemos, foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.848/40, nos termos do art. 180 da Constituição de 1937. Daí em diante sofreu várias alterações, como as de 1977 e 1984, pelas Leis n. 6.416 e 7.209, respectivamente. Esta última, de 13/07/84, com eficácia a partir de 12/01/85, trata-se do nosso efetivo Código Penal.

O Código de 1984 alterou substancialmente certos aspectos contidos no ordenamento anterior. Dentre as modificações, podemos citar, como relevantes, a figura do arrependimento posterior, a criação de um artigo próprio para a reabilitação e o desaparecimento das penas acessórias.

Os principais colaboradores do projeto do Código Penal de 1984 foram Ariel Ditti, Francisco de Assis Toledo, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci e Rogério Lauria Tucci.

Entretanto, a matéria penal não está, até hoje, totalmente contida na codificação, pelo contrário, inúmeras são as leis especiais — aquelas que se destinam a determinadas situações ou terminadas classes — que tratam de assuntos da área penal.

CAPÍTULO VI — SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

6.1 Direito de punir; 6.2 Direito Penal mínimo; 6.3 Aplicação da lei penal; 6.4 Lei penal no tempo e lei excepcional ou temporária; 6.5 Espécies de pena

6.1 Direito de punir

Pode-se conceituar a violência como uma agressão, de ordem moral ou física, voluntária, desferida contra o cidadão ou um grupo deles, podendo ser legítima ou não. A exteriorização da violência não reclama forma ou meios predeterminados. Pode surgir da brutalidade, da estupidez, bem como derivar de apurada dissimulação ou, ainda, pode ser criada pelo descaso ou menoscabo. Assim, tanto é violenta a ação do delinqüente como a do Estado, pela inação ou por tergiversar e não lançar mão de recursos adequados à prevenção e combate à criminalidade.

A primeira das colaborações a ser emprestada na tentativa de encurtar o espectro da violência consiste na sua própria retração. Quer-se referir à hipótese paradoxal de ser mais útil o Direito Penal estar ausente de certos fenômenos sociais ou de comportamentos do que realmente emprestar o seu concurso.

No entanto, a perfeita sintonia que o Direito, como um todo, deve guardar em relação aos anseios da sociedade, destinatária final da ordem pública, não pode ficar incólume ao Direito Penal.

Destacam-se em importância, dentre os direitos subjetivos, os que protegem a vida, a liberdade e o patrimônio. Os grupos sociais sempre estabeleceram mecanismos que entenderam mais adequados a sua defesa, logo percebendo que, sem a sua salvaguarda, não haveria segurança nem progresso social. Daí o surgimento do Direito Penal como meio necessário à defesa social.

As normas jurídicas protegem e tutelam bens e interesses de acordo com o juízo de valor que os legisladores formulam sobre os fatos sociais. Para proteção mais rigorosa e eficaz desses valores, alguns dos ataques que lhes são lesivos tomam o aspecto de fatos penalmente ilícitos porque a conduta em que se cristalizam, pela forma com que atinge esses bens, atenta contra as condições vitais da sociedade.

Somente é alcançada a legitimidade da pena quando esta é empregada como meio último ao combate de condutas que ameaçam a defesa social — princípio da subsidiariedade do Direito Penal. O poder de punir que tem o Estado não é ilimitado — prende-se e vincula-se às fontes materiais do Direito Penal, que o ligam aos interesses superiores de justiça que devem nortear o direito positivo, em harmonia com as concepções sociais dominantes, que restringem e dão substância à vontade legislativa estatal.

Não se pode negar a ineficácia da imposição penal, mas, também, não podemos deixar de reconhecer a sua utilidade, ao menos na atual situação de desenvolvimento cultural da nossa sociedade. O padrão político-criminal incorporado pela nossa legislação realça como fim último da pena a ressocialização do criminoso, adotando a base da Teoria da Defesa Social.

6.2 Direito Penal mínimo

Sob pena de incorrer em ilegitimidade, o Direito Penal, por afetar bens jurídicos elementares, não deve ocupar-se com condutas que não tenham relevância social.

Em nosso País, haja vista a carência de recursos materiais e humanos do serviço público, especificamente do Poder Judiciário, não se pode deixar de levar em conta na fixação dos tipos penais a capacidade de apuração e penalização das incidências, pois a incapacidade punitiva estatal gera a quebra da isonomia entre as pessoas quando, pela prática do mesmo fato, alguns são punidos e outros não.

Para aperfeiçoamento do Direito Penal brasileiro deve-se excluir do sistema a criminalidade de bagatela e descriminalizar as condutas que já não sejam indesejáveis

ou que podem ser evitadas por fatores exteriores. Decorre daí que nenhuma lei penal deve ser utilizada se o sistema não comportar a sua aplicação.

A sociedade, entretanto, deve oferecer contrapartida à ação do Estado-administração, procurando soluções simples para os seus problemas contornáveis, pois a presença do Direito Penal deve ser restrita aos campos da atividade humana em que a tutela oferecida pelos outros seguimentos da ciência penal não tenha sido suficiente para resolver os embates.

6.3 Aplicação da lei penal

Diz o artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 07/12/40):

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

Assenta-se o Direito Penal moderno em certos princípios fundamentais, próprios do Estado de Direito democrático²⁷, dos quais distingue-se o da *legalidade* dos delitos e das penas, da *reserva legal* ou da *intervenção legalizada* que, contido no artigo acima, tem base constitucional expressa — art. 5º, XXXIX, CF. Há sentido amplo na dicção legal ao estabelecer que *não há crime* (infração penal) nem *pena* (sanção penal) sem previsão legal, ou seja, a criação dos tipos incriminadores e das respectivas penas depende de lei *formal* precedente.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt²⁸, ao tecerem comentários às garantias e conseqüências do *princípio da reserva legal* previsto no artigo 1º do Código Penal, assim se posicionam:

²⁷ Democracia e Estado de Direito: Como realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa), o conceito de democracia é mais abrangente do que o de Estado de Direito, pois este emergiu como expressão da democracia liberal. Assim, o Estado Democrático de Direito concilia Estado de Direito e Estado Democrático, revelando um novo conceito que incorpora os princípios daqueles dois primeiros, superando-os à medida que agrega um componente revolucionário de transformação do estado anterior. Dessa forma, chega-se aos seguintes princípios básicos do Estado Democrático de Direito: a) *da constitucionalidade*; b) *democrático*; c) *sistema de direitos fundamentais*; d) *da justiça social*; e) *da igualdade*; c) *da igualdade*; f) *da divisão de poderes*; g) *da legalidade*; e h) *da segurança jurídica*.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado e legislação complementar*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

O princípio da reserva legal dá lugar a uma série de garantias e conseqüências em que se manifesta o seu aspecto material — não simplesmente formal —, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apotegma nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta. Esse postulado apodítico cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão.

Celso Delmanto²⁹, também ao comentar tal dispositivo, deixa assentado:

Do enunciado neste art. 1º, resultam duas regras fundamentais: 1. Da reserva legal (ou da legalidade). Somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional. 2. Da anterioridade. Para que qualquer fato possa ser considerado crime, é indispensável que a vigência da lei que o define como tal seja anterior ao próprio fato. Por sua vez, a pena cabível deve ter sido cominada (prevista) também anteriormente.

Dos entendimentos acima esposados deflui que do princípio enunciado no artigo 1º do Código Penal sobressaem dois subprincípios, o da *irretroatividade* e o da *taxatividade*. Pelo primeiro, porque as leis são editadas para o futuro, decorre que as normas incriminadoras não podem retroagir, exceto para beneficiar, observado o artigo 2º do mesmo Código. Pelo segundo, sucede que devem ser precisas as leis que definem os crimes, com objetividade à conduta punível. Por esses motivos, e em nome do *princípio da legalidade*, as leis não podem ser vagas nem imprecisas.

Assim, havendo falhas da lei que incrimina, vedado torna-se ao juiz preenchê-la, sob pena de, em assim procedendo, estar subtraindo a competência legislativa.

Os julgados abaixo transcritos coadunam-se com o juízo acima explicitado:

O Estado, posto se ponha no comando da ordem jurídica e social, não é ou não deve ser titular de poderes absoluto. Age e reage, somente, se os poderes de agir ou reagir estão nas leis, e às expressas, previstos autorizativamente. Só o indivíduo pode fazer ou não fazer algo, se, em alguma norma jurídica, não estiver prevista proibição.³⁰

Em Direito Penal o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem ampliações ou equiparações por

²⁹ *Op. cit.*, p. 4.

³⁰ STF — HC — Relator Firmino Paz — DJU de 16.10.81, p. 10.310.

*analogias, salvo quando in bonam partem. Ainda vige o aforismo poenalia sunt restringenda, ou seja, interpretam-se estritamente as disposições cominadoras de pena.*³¹

*No sistema constitucional vigente, só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais na esfera do Direito Penal comum.*³²

6.4 Lei penal no tempo e lei excepcional ou temporária

Em relação à eficácia da lei no tempo, dois princípios vigem em nosso ordenamento jurídico: o da irretroatividade *in pejus* e o da retroatividade *in melius* — artigo 5º, XL, Constituição Federal, e artigo 2º do Código Penal. Toda lei penal emerge com a sua promulgação, passando pela publicação e, se for o caso, pela vacância legal, a fim de que possa ter eficácia. Editada nova lei derogadora ou revogadora, deve retroagir a mais benéfica. Se, no entanto, houver a abolição do crime (artigo 2º, *caput*, do CP), há que ser extinta a punibilidade, a teor do artigo 107, III, do mesmo Código, e se, de qualquer maneira, a lei posterior favorecer o agente infrator, deve ser aplicada a fatos anteriores (parágrafo único do artigo 2º citado).

Já a lei excepcional, prevista no artigo 3º do Código Penal, objetiva atender situações que gozam de exceções, de anormalidade social ou de emergência, não determinando prazo de sua vigência, ou seja, o fato que a motivou é que determinará a sua vigência.

De outra parte, a lei temporária é editada com previsão do tempo de sua vigência, isto é, contém delimitação prévia do tempo que vigorará.

Tanto a lei excepcional quanto a temporária, em razão da finalidade perseguida, comungam do regime específico da ultratividade gravosa, ou seja, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que as determinaram, aplicam-se ao fato praticado na sua vigência.

³¹ TACRIM-SP — AC — Relator Adauto Suannes — RT 594-355.

³² TFR — ED — Relator Assis Toledo — RTFR 149-277.

6.5 Espécies de pena

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, define três espécies de pena: *privativas de liberdade* (reclusão e detenção), *restritivas de direitos* (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e de *multa*.

As restritivas de direitos são autônomas, substitutivas das penas privativas de liberdade (art. 44 e incisos) e conversíveis nestas — art. 45.

A multa penal é a sanção pecuniária apta à penalização de condutas criminais que revelem cobiça ou avidez financeira. O emprego da multa com outra finalidade caracteriza violação ao princípio da instrumentalidade³³ da pena, revelando-se, por sua inadequação e insuficiência, como medida ilegítima.

³³ *O processo deve ser apto a cumprir integralmente a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2a. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990, p. 83.

**CAPÍTULO VII — REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO
DA PENA RECLUSIVA AO REINCENTE
(CP, ARTS. 129, § 1º, I A IV; 155 E § 4º, I A IV)**

7.1 Hipótese principal: fundamentação; 7.2 Aplicação da pena: art. 59 do Código Penal — circunstâncias judiciais; 7.2.1 Culpabilidade; 7.2.2 Antecedentes; 7.2.3 Conduta social; 7.2.4 Personalidade; 7.2.5 Motivos do crime; 7.2.6 Circunstâncias; 7.2.7 Conseqüências do crime; 7.2.8 Comportamento da vítima; 7.2.9 Processo de fixação da pena; 7.2.9.1 Pena aplicável dentre as cominadas: inciso I; 7.2.9.2 Quantidade da pena aplicável nos limites previstos: inciso II; 7.2.9.3 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: inciso III; 7.2.9.4 Substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível: inciso IV; 7.3 Reincidência: arts. 63 e 64; 7.3.1 A reincidência e as espécies de crimes; 7.3.2 Efeitos da reincidência; 7.4 Regimes prisionais; 7.4.1 Posição da doutrina; 7.4.2 Posição da jurisprudência.

7.1 Hipótese principal: fundamentação

O objetivo principal deste trabalho é conceder uma visão global sobre a interpretação do artigo 33, §§ 2º, *a*, *b* e *c*, e 3º, do Código Penal, ou seja, a relevância da observação isolada dos dispositivos e a sua conjugação com o que dispõe o art. 59 do mesmo Código, na hipótese de réu reincidente nos crimes delimitados ao presente estudo.

Para que esse objetivo seja alcançado, necessária uma análise de cada um dos preceitos acima, eis que do estudo pormenorizado, individual e, após, simultâneo sobrevirão reflexos diretos do regime inicial de cumprimento da pena reclusiva.

Imperativa também a apresentação das posições doutrinárias e jurisprudenciais tocantes ao tema, motivo de divergências e, conseqüentemente, desta monografia.

7.2 Aplicação da pena: art. 59 do Código Penal — circunstâncias judiciais

No nosso sistema penal a infração identifica-se pela sanção cominada, que encerra ideologia e mensagem, objetivando a comunicação com o condenado, a fim de extrair efeitos que interessam ao público e ao próprio indivíduo.

O artigo 68 do Código Penal fixa o procedimento trifásico a que o juiz deve ater-se. Já o artigo 59 o orienta na fixação da pena dentre as cominadas, a estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena ou a promover as substituições que a lei prevê. Trata-se de um trabalho dogmático, de real importância.

O artigo 59 estabelece as regras principais norteadoras do princípio constitucional (art. 5º, XLVI) da individualização da pena.

No que tange à aplicação da pena propriamente dita, o Código Penal brasileiro adotou o procedimento *sistema trifásico* para a aplicação da pena privativa de liberdade, isto é, devem ser percorridas, consecutivamente, três etapas, também conhecidas como método de Hungria, e que está consolidado no artigo 68, *caput*.

Este método consiste em três operações contínuas: na primeira — fixação da pena —, levam-se em conta as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal; na segunda, devem-se apreciar as circunstâncias legais dos artigos 61, 62, 65 e 66 do mesmo estatuto jurídico, cumulando-as com a pena antes fixada (pena-base); na terceira e última, apreciam-se as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, estas sobrepostas ao resultado a que se chegou quando da efetivação da segunda fase (circunstâncias legais).

Observação importante deve-se fazer quando da análise da primeira e segunda fases, em que a pena privativa de liberdade não pode ser fixada nem aquém nem além dos limites mínimo e máximo permitidos para cada tipo em abstrato³⁴. Apenas na terceira fase é que esses limites podem ser extrapolados.

³⁴ Quando for considerada entre seu mínimo e seu máximo. Ex.: Art. 155, § 4º (furto qualificado) — pena de 2 a 8 anos, e multa. Em concreto: quando já há uma definição quanto à pena. Ex.: sujeito condenado irrecorivelmente a 8 anos de reclusão por lesão corporal de natureza grave (transitada em julgado) — Já existe a individualização da pena.

O sistema fica assim resumido:

1ª fase: Pena-base — circunstâncias³⁵ judiciais (art. 59);

2ª fase: Circunstâncias legais: agravantes³⁶ e/ou atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66) — incidente sobre a 1ª fase;

3ª fase: Causas de aumento e diminuição da pena. Incidente sobre a 2ª fase.

No quadro abaixo resumimos os casos de aumento e diminuição de pena constantes da Parte Geral e Especial do Código Penal brasileiro:

	PARTE GERAL	PARTE ESPECIAL
AUMENTO	Arts. 60, § 1º; 70; 71; 73, 2ª parte; 74, parte final	Arts. 121, § 4º; 122, parágrafo único; 129, §§ 4º e 7º; 133, § 3º; 135, parágrafo único; 141, III, parágrafo único; 146, parágrafo único; 150, § 2º; 151, § 2º; 155, § 1º; 157, § 2º; 158, § 1º; 168, § 1º; 171, § 3º; 208, parágrafo único; 209, parágrafo único; 226; 250, § 1º; 251, § 2º; 258; 263; 264, parágrafo único; 265, parágrafo único; 266, parágrafo único; 267, § 1º; 268, parágrafo único; 285; 288, parágrafo único; 295; 296, § 2º; 297, § 1º; 299, parágrafo único; 317, § 1º; 332, parágrafo único; 333, parágrafo único; 334, § 3º; 339, § 1º; 342, § 2º; 347, parágrafo único; 357, parágrafo único
DIMINUIÇÃO	Arts. 14, parágrafo único; 16; 24, § 2º; 26, parágrafo único; 28, § 2º	Arts. 121, § 1º; 155, § 2º; 170; 171, § 1º; 175, § 2º; 221; 312, § 3º; 339, § 2º

Observa-se que na 1ª e 2ª fases a pena privativa de liberdade não pode ser aplicada aquém ou além dos limites mínimo e máximo *in abstracto*. Somente na 3ª fase da dosimetria esses limites podem ser ultrapassados.

³⁵ Tudo aquilo que possa modificar um fato criminoso, sem alterar-lhe a essência.

³⁶ Não confundi-las com as qualificadoras que se encontram na Parte Especial, na descrição dos delitos. Pelas agravantes o *quantum* a ser acrescido fica a critério do juiz; pelas qualificadoras não, o próprio Código já traz o mínimo e o máximo da pena agravada.

As *circunstâncias judiciais* são as que o *caput* do artigo aponta. Essas circunstâncias formam um conjunto, devendo todas ser apreciadas individualmente a cada réu. Por meio delas é que o juiz encontrará a pena-base, quando da análise das fases do artigo (incisos I a IV).

A fixação da pena, obedecidas as margens que a lei permite (pena *in abstracto*), constitui tarefa discricionária, mas não arbitrária, a ser cumprida pelo juiz. O poder discricionário dá ao juiz, na individualização da pena, larga margem juridicamente vinculada, ou seja, ele deve atentar aos fins da pena³⁷ e aos fatores que determinam o *quantum* que envolve a punição.

Para proceder a essa tarefa o juiz deve atentar às circunstâncias e elementares³⁸ do crime. Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt³⁹, ao fazerem referência a estes aspectos, assim prelecionam:

Os fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito. Elementares do crime são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de circundar simplesmente o injusto típico para integrá-lo.

Circunstâncias, por sua vez, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir a sua gravidade. O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, pode ser integrado por outras circunstâncias acidentais que, embora não alterem a sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena.

As chamadas *circunstâncias judiciais* previstas no artigo devem atender aos seguintes elementos:

³⁷ A pena deve ser necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime. Deve ser a retribuição justa da culpabilidade, no sentido amplo.

³⁸ Fato típico e antijurídico.

³⁹ *Op. cit.*, pág. 59.

7.2.1 Culpabilidade

Refere-se ao maior ou menor grau de censurabilidade do comportamento do agente infrator, bem como à reprovabilidade do seu comportamento, observada a realidade concreta em que ocorreu, principalmente a maior ou menor exigibilidade de ter agido de outra maneira. A culpabilidade se traduz no limite máximo da pena, não podendo, em nenhum momento, ser transposto. Isso, de certa maneira, impede que, por razões puramente preventivas, a liberdade pessoal seja limitada mais do que corresponda a sua culpabilidade.

A culpabilidade é o primeiro elemento referencial para que o juiz escolha a pena, entre as cominadas alternativamente; estabeleça a sua quantidade; defina o regime inicial de cumprimento (quando se tratar de pena privativa de liberdade); e, finalmente, estabeleça a substituição da pena de prisão por outra espécie de sanção, quando cabível (art. 59 do CP).⁴⁰

7.2.2 Antecedentes

O juiz Manoel Carlos, do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao tratar dos antecedentes, elucidou o tema, nestes moldes:

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida anteaeta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais, nunca restringindo simplesmente à existência ou inexistência de precedentes policiais e judiciais, mas levando-se em conta, também, o comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e sua conduta contemporânea e subsequente à ação criminosa, para então qualificá-los em bons ou maus.⁴¹

7.2.3 Conduta social

Bem definida por Julio Fabbrini Mirabete⁴² como sendo aquela que diz respeito *aos diversos papéis desempenhados pelo agente junto à comunidade*. Aqui se

⁴⁰ TACRIM-SP — AC — Relator David Haddad — JUTACRIM 85-457.

⁴¹ TACRIM-SP — HC — RJD 7-91 — JUTACRIM 80-108 e 87-127.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo : Atlas, v.1, p. 288.

pode compreendê-la como o conjunto de comportamento no seio social, na família, na empresa etc.

*A conduta social do réu tanto pode ser favorável ou contrária a ele, basta conferir cada hipótese em julgamento. Ao demais, não se trata de novidade, desde que é uma circunstância que envolve a vida do acusado antes do delito, sob aspectos de relacionamento familiar e social.*⁴³

7.2.4 Personalidade

São as qualidades morais e sociais do indivíduo. Implica na apreciação da índole: sensibilidade ético-social e desvios de caráter. Outros aspectos também devem ser levados em conta à apreciação da personalidade do agente, como a plurirreincidência e a distorção psicológica.

*Logo, percebe-se nitidamente que a personalidade do réu é voltada à violência sem o mínimo respeito à integridade física alheia, o que causa temor da comunidade onde reside. Este fator causa reflexo direto na instrução desta ação penal, pois, caso persista tal comportamento, as testemunhas a serem ouvidas em Juízo naturalmente sentir-se-ão amedrontadas, temendo futuras represálias do réu, que está atemorizando o meio social em que vive, máxime pelo fato de estar respondendo a processo por homicídio doloso, que deverá ser posteriormente submetido ao Tribunal do Júri desta Comarca.*⁴⁴

7.2.5 Motivos do crime

São os antecedentes causais de caráter psicológico da ação, como o egoísmo, a ganância, o lucro fácil, o ciúme, a paixão, o sadismo etc. Não podem, no entanto, ser confundidos com os previstos nos arts. 61 e 65 do CP.

Tratando-se de delito provocado por motivo de ciúme, a circunstância há de ser sopesada pelo magistrado na fixação da pena-base. O ciumento é indivíduo potencialmente perigoso, pois, como anotou Altavilla, o ciúme é como um verdadeiro ácido corrosivo que

⁴³ STF — RE — Relator Ministro José Cândido — RSTJ 17-472.

⁴⁴ TJSC — Habeas corpus n. 11.434, de Canoinhas. Relator Tycho Brahe.

*desagrega a personalidade ética, perturbando-lhe e alterando-lhe a melhor parte.*⁴⁵

7.2.6 Circunstâncias

São os elementos acidentais que não participam da estrutura própria do tipo — circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP—, mas originam-se do próprio fato delituoso, como, por exemplo, a forma e a natureza da ação e os meios utilizados (objeto, tempo, lugar, forma de execução etc.).

*O acusado demonstrou culpabilidade normal à espécie, nestes tempos de corrupção deslavada e imoralidade administrativa; [...] circunstâncias do crime desfavoráveis ante os destinatários dos recursos desviados (famílias pobres), o que implica em conseqüências também desfavoráveis ao agente.*⁴⁶

7.2.7 Conseqüências do crime

Aqui deve ser feita a análise do grau de dano decorrente da ação delituosa exercitada, bem como dos reflexos sociais (irradiação do resultado), que não precisam ser típicos do crime.

*As conseqüências do crime são extremamente desastrosas, porquanto as atitudes do acusado e seus mandatários levaram deste mundo vítimas inocentes, que o destino reservou incrédulo para as atitudes do pobre de espírito do réu.*⁴⁷

7.2.8 Comportamento da vítima

O comportamento da vítima é um fator determinante da criminalidade, pois muitas vezes ele contribui, direta ou indiretamente, para o encaminhamento do crime, embora não justifique a ação delituosa, nem isente o delinqüente.

Analisando-se a sentença condenatória, vê-se que foram bem apreciadas as circunstâncias judiciais, de acordo com o art. 59 do Código Penal, salvo quanto ao comportamento da vítima que, ingênua, contribuiu, até certo ponto, para a conduta do acusado,

⁴⁵ TACRIM-SP — AC — Relator Ricardo Couto — JUTACRIM 31-98.

⁴⁶ TJSC — Processo-crime n. 254, de Xanxerê. Relator Nilton Macedo Machado.

⁴⁷ TJSC — Apelação Criminal n. 96.008689-7, de São Carlos. Relator Álvaro Wandelli.

*quando, na realidade, pode-se nela encontrar também uma certa torpeza, na medida em que procedeu a longa viagem unicamente na busca de lucro aparentemente fácil e inesperado.*⁴⁸

7.2.9 Processo de fixação da pena

7.2.9.1 Pena aplicável dentre as cominadas: inciso I

Celso Delmanto⁴⁹ explica que, *Quando há diferentes espécies de penas, previstas, alternativamente, para a figura penal violada, deve-se, inicialmente, fazer a opção entre suas espécies.* Acrescenta que a escolha deve recair, primeiramente, sobre detenção ou multa e, na excepcionalidade, em reclusão ou detenção. Após essas apreciações deve o juiz, aduz Julio Fabbrini Mirabete⁵⁰, *obrigatoriamente, fixar a pena-base entre os limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário da norma penal.*

As cominações podem ser *cumulativas, isoladas e alternativas.* Nesse sentido, algumas observações devem ser feitas sobre a escolha da pena: a) em determinados casos a lei comina pena carcerária cumulada com a pena pecuniária, então *é de rigor a aplicação de ambas*⁵¹; b) contendo o preceito sancionatório tão-somente um comando punitivo, não sendo, assim, cumulativo nem alternativo, *é nula a sentença em que se impõe ao condenado sanção diversa da prevista*⁵²; ou, ainda, c) *Quando o preceito secundário da norma incriminadora comina penas alternativas, o juiz deve escolher uma delas com fundamento nas circunstâncias judiciais*⁵³.

7.2.9.2 Quantidade da pena aplicável nos limites previstos: inciso II

Após a análise dos critérios inseridos no inciso I e encontrada a espécie (ou espécies) de pena a ser aplicada, deve o juiz fixar a quantidade que vai impor,

⁴⁸ TJSC — Apelação Criminal n. 96.006655-1, de Balneário Camboriú. Relator Nilton Macedo Machado.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 1999, p. 336.

⁵¹ JUTACRIM 82-33.

⁵² TACRIM - SP HC 130.800 — Relator Leite Cintra.

⁵³ TACRIM-SP — AC — Relator Amaral Salles — JTACRIM 69-335.

observados os limites previstos em cada tipo penal. É a *pena-base*, que deve obedecer aos seguintes critérios: a) *penas privativas de liberdade* (arts. 32, I, e 53): a sanção do tipo especifica os limites (*pena in abstracto* — variação em intervalos de meses ou anos); b) *penas restritivas de direitos* (arts. 32, II, e 43 a 48): segundo o art. 54, *são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade* (reclusão e detenção), *fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos*.

Na dosimetria da pena, o juiz pode fixá-la dentro dos limites que a lei prevê, com a só consideração das circunstâncias do artigo 59. O que não deve é confundir pena-base com limite mínimo da pena.

As penas não podem ser aplicadas fora dos limites previstos pela lei penal, em razão de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Tão-só por força de causas de aumento ou diminuição esses limites podem ser ultrapassados, porque, em casos que tais, ocorre o surgimento de uma subespécie delituosa, com um novo mínimo e um novo máximo⁵⁴. O simples fato de o apenado não possuir antecedentes criminais não conduz, por si só, à fixação da pena no mínimo legal. Devem ser observados os demais aspectos previstos no art. 59 do Código Penal, [...]»⁵⁵.

Se o juiz, ao sopesar as circunstâncias do artigo 59, estabelecer critérios valorativos de comportamento e de caráter em prol do acusado, torna-se injusta a fixação da pena no seu grau máximo. Aliás, a aplicação da pena-base no grau máximo, hodiernamente, é critério que não se harmoniza com a doutrina individualizadora da pena, exceto nos casos reservados aos criminosos natos, dotados de personalidade totalmente deformada, e com alto nível de periculosidade.

Por outro lado, tratando-se de indivíduo primário e de bons antecedentes, de pouca periculosidade, com vontade exteriorizada de livrar-se da compulsão que o levou ao crime, por meio de tratamentos especializados, a pena a ser aplicada deve ser no mínimo legal, pois *na aplicação da pena o juiz há que buscar o equilíbrio necessário*

⁵⁴ TACRIM-SP — AC — Relator Reynaldo Ayrosa — JUTACRIM 84-266.

⁵⁵ STF — HC n. 71.509-5 — Relator Marco Aurélio — DJU de 27.10.94, p. 29.163.

entre o máximo interesse social e o mínimo de expiação do réu⁵⁶. Vedada, contudo, sejam quais forem os motivos alegados, a fixação da pena aquém do mínimo legal previsto à espécie.

7.2.9.3 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: inciso III

Damásio E. de Jesus⁵⁷, compulsando o dispositivo, chega ao seguinte entendimento:

Cumpra ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III), obedecido o princípio da detração penal (art. 42), e, se for o caso, aplicar o sistema das penas substitutivas (inc. IV).

A importância da definição do regime prisional advém do sentido e da função da pena, que não deve ser entendida apenas como instrumento de castigo, mas em sintonia com os atuais propósitos que põem em relevo a recuperação moral e social do condenado.

Ocorrendo omissão da sentença quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, cabe, para evitar sua nulidade, determinar o suprimento desse fato. O STF, em caso análogo, apreciando *habeas corpus* em grau de recurso, assim decidiu:

Habeas corpus — Réu condenado a dois anos de reclusão (CP, art. 155, § 4º, IV) — Omissão quanto ao regime inicial de cumprimento da pena. Código Penal, art. 59. Habeas corpus deferido, em parte, para que o juiz, suprimindo a omissão da sentença, confirmada pelo acórdão, fixe o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.⁵⁸

As decisões judiciais são atos de inteligência que consubstanciam um grande todo, mas nem por isso, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, seja ela de reclusão ou de detenção, podem abster-se da fundamentação. Por isso, são anuladas as que carecerem de tal requisito, a fim de que outra venha a ser proferida, com a observância das disposições legais pertinentes.

⁵⁶ TJMG — AC — Relator José Arthur — RT 519-425.

⁵⁷ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 152.

⁵⁸ HC — 68.991 — SP — 2ª T. — Relator Néri da Silveira — DJU de 11.06.1993.

*Cumprimento de pena privativa de liberdade — Acórdão que, sem suficiente justificação, fixou regime inicial fechado. Habeas corpus concedido, em parte, para determinar que outra decisão se profira, estabelecendo, fundamentadamente, o regime fechado, ou outro, a juízo do tribunal estadual.*⁵⁹

7.2.9.4 Substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível: inciso IV

A reforma do Código Penal, de 1984, admitiu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou pecuniária, nos casos apontados nos arts. 44 e 60, § 2º, respectivamente.

A substituição referida não deve ser guiada apenas pela quantidade da pena imposta. Ela depende de bases subjetivas que indiquem, claramente, a aptidão da medida. Se presentes os requisitos exigidos, a substituição torna-se obrigatória. No entanto, não existe direito subjetivo do réu à substituição, porque depende da apreciação do juiz, em cada caso, sobre a possibilidade de operar-se ou não a troca. Tais medidas visaram, objetivamente, a evitar a pena carcerária, se possível, haja vista a deficiência do sistema vigente.

7.3 Reincidência: arts. 63 e 64

Reincidência é a situação do agente que pratica um fato punível quando já condenado por crime anterior, comprovado por sentença transitada em julgado. O STF confirma esse entendimento ao assegurar que *só é reincidente aquele que cometer novo delito após o trânsito em julgado de sentença que [...] condenou o agente pela prática de crime anterior*⁶⁰. Sobre a exigência da comprovação de sentença que tenha transitado em julgado, Damásio E. de Jesus diz que é necessária, *com menção da data em que se tornou irrecorrível*⁶¹. Complementando, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto

⁵⁹ STF — HC n. 69.793 — SP — 1ª T. — Relator Octávio Gallotti — DJU de 24.09.1993.

⁶⁰ HC — Relator Celso de Melo — RJD 25-517.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 173.

Bitencourt⁶² afirmam que, além da exigência de sentença condenatória anterior, tem que estar presente o fato de *não haver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena* (art. 64, I).

Entendem ainda os autores retro referidos que *a condenação⁶³ anterior à pena de multa [...] não desnatura a reincidência, posto que o art. 63 não fala em condenação anterior à pena de prisão.*⁶⁴

A professora de Direito Penal e desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues⁶⁵ aponta a reincidência como compreendida em duas espécies, ponderando:

Reincidência genérica: *é aquela em que os crimes praticados pelo agente são de natureza diversa, isto é, são previstos em dispositivos legais diversos. [...]*

Reincidência específica: *é aquela em que os crimes praticados pelo agente são da mesma natureza, isto é, quando previstos no mesmo dispositivo legal e ainda quando, embora em dispositivos legais diferentes, pelos fatos que os constituem ou por motivos determinantes apresentam caracteres fundamentais comuns.*

Essa distinção, contudo, é doutrinária. Os seus efeitos persistem apenas em relação à dosimetria da pena, relativamente ao art. 59 do Código Penal.

Damásio E. de Jesus⁶⁶ apresenta vários casos em que o réu pode ser considerado *primário* ou *reincidente*, assim dispondo:

a) o sujeito comete um crime no dia 10 de janeiro, vindo a praticar outro no dia 12 de janeiro: não é reincidente (trata-se de reiteração criminal); b) o sujeito comete um crime; no transcorrer da ação penal, vem a cometer outro; não é reincidente; c) o sujeito pratica um crime, sendo condenado, recorre; enquanto os autos se encontram no Tribunal, vem a cometer outro; não é considerado reincidente (RT, 503:350); d) o sujeito, condenado irrecorrivelmente pela prática de um crime, dias após pratica novo delito: é considerado reincidente.

⁶² *Op. cit.*, p. 324.

⁶³ É uma sanção imposta pelo juiz a um sujeito ativo de um crime, oriunda de uma sentença judicial.

⁶⁴ *Idem*, p. 325.

⁶⁵ RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 123.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 173-174.

Condenado pendente de recurso extraordinário ou especial Não gera reincidência. [...] Hipóteses várias [...] b) o agente pratica um crime; condenado irrecorreivelmente, vem a cometer uma contravenção: é reincidente (LCP, art. 7º); c) osujeito pratica uma contravenção, vindo a ser condenado por sentença transitada em julgado; comete outra contravenção: é considerado reincidente (LCP, art. 7º); d) o sujeito comete uma contravenção; é condenado por sentença irrecorrível; pratica um crime: não é reincidente (CP, art. 63).

Da exposição acima elaborou-se o seguinte quadro, que, por sua visualização, deve contribuir para a compreensão das hipóteses suscitadas pelo autor:

SITUAÇÃO ANTERIOR	SITUAÇÃO SUB JUDICE	PRIMÁRIO/REINCIDENTE
Crime + Crime		Primário
Crime durante a ação penal	Crime	Primário
Crime em grau de recurso	Crime	Primário
<i>Crime com sentença transitada</i>	<i>Crime</i>	<i>Reincidente</i>
Crime com REextr. ou REsp.	Crime	Primário
Multa com sentença transitada	Crime	Primário
<i>Crime com sentença transitada</i>	<i>Contravenção</i>	<i>Reincidente</i>
<i>Contravenção com sentença transitada</i>	<i>Contravenção</i>	<i>Reincidente</i>
Contravenção com sentença transitada	Crime	Primário

Deflui do quadro apresentado que algumas circunstâncias devem ser analisadas para o efeito da avaliação da reincidência.

O art. 63 faz referência expressa a *crime anterior*, donde se pode concluir que não se deve excogitar de reincidência se nova infração penal venha o agente a praticar após o trânsito em julgado de decisão que o tenha condenado por fato tido como contravenção.

No caso inverso, ou seja, se o agente vem a cometer uma contravenção após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime, estará presente a reincidência. É o que está previsto no artigo 7º da Lei das Contravenções Penais (LCP).

Não há falar em reincidência, se o agente conta com outra condenação por contravenção porque somente a pena pessoal, por fato criminoso, tira o caráter de primariedade do réu.⁶⁷

É reincidente quem pratica um crime e, depois, outro crime. É ainda reincidente quem pratica um crime e, depois, uma contravenção. Já não o é, todavia, quem pratica uma contravenção e, depois, um crime.⁶⁸

Não distingue a lei penal, para efeito de reincidência, a natureza do crime anterior, se doloso ou culposo.⁶⁹

Em relação a sentença anterior que tenha condenado o agente a pena de multa por crime, há controvérsias, posicionando-se a jurisprudência em dois sentidos: um, afirmando que se trata apenas de primariedade técnica; outro, que é caso de caracterização da reincidência. Os julgados abaixo refletem as disposições esposadas:

A condenação anterior a simples pena de multa não é óbice à concessão de sursis, mas não descaracteriza a reincidência. A descaracterização da reincidência só se dá nas hipóteses previstas no art. 64, I e II, do CP.⁷⁰

A condenação a pena de multa, por crime, não tira o caráter de primariedade do réu.⁷¹

Se foi o réu condenado anteriormente a pena de multa faz ele jus ao reconhecimento de primariedade técnica.⁷²

7.3.1 A reincidência e as espécies de crimes

O já mencionado Damásio E. de Jesus⁷³ assinala que a reincidência pode ocorrer entre: a) dois crimes dolosos; b) dois crimes culposos; c) crimes consumados; d) crimes tentados; e) um crime tentado e outro consumado; f) um crime consumado e outro tentado.

⁶⁷ TACRIM-SP — AC — Relator Camargo Sampaio — JUTACRIM 67-403.

⁶⁸ TACRIM-SP — AC — Relator Ítalo Galli — RT399-287.

⁶⁹ TJSP — Relator Ary Belfort — RT 649-252.

⁷⁰ TACRIM-SP — AC — Relator Segurado Braz — JUTACRIM 94-342.

⁷¹ TACRIM-SP — AC — Relator Edmond Acar — RT 396-315.

⁷² TACRIM-SP — AC — Relator Onei Raphael — JUTACRIM 19-297.

⁷³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, v.1, 1983, p. 539.

7.3.2 Efeitos da reincidência

Em se tratando de fixação da pena, esta poderá ser agravada pela reincidência pelo fato de não estar legalmente limitada. A exasperação, então, fica ao critério do juiz, diante do fato concreto, considerada a natureza do crime anteriormente cometido. A jurisprudência determinou uma escala crescente de 1/6 (um sexto), 1/5 (um quinto), 1/4 (um quarto), e assim por diante, atentando ao número de condenações devidamente comprovadas.

Inúmeros são os efeitos da reincidência. A reforma de 1984 inseriu no texto legal, em seu artigo 120, a determinação de que a sentença concessiva de perdão judicial (art. 107 — causa de extinção da punibilidade) não será considerada para os fins da reincidência. Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, relator o eminente desembargador Alberto Luiz da Costa:

Furto qualificado consumado e tentado em continuidade delitiva. Condenação. Recurso visando a redução da pena, excluindo-se a agravante da reincidência, pois a anterior sentença concessiva de perdão judicial não é considerada para o efeito de caracterização da referida agravante. [...] Em face do que dispõem os artigos 107, IX, e 120 do Código Penal, concedido o perdão judicial, a sentença que o deferir, por ser declaratória de extinção da punibilidade e não surtir qualquer efeito condenatório, não gerará futura reincidência. Exclusão da agravante da reincidência da dosimetria da pena. Redução da reprimenda reclusiva imposta, com modificação do respectivo regime de cumprimento de fechado para aberto. [...] Recurso parcialmente provido.⁷⁴

O quadro que segue, esteado na posição doutrinária de Alberto Silva Franco, Damásio E. de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete, apresenta os efeitos que a reincidência pode causar:

⁷⁴ TJSC — Apelação criminal n. 31.081, de Lages.

ALBERTO SILVA FRANCO <i>et al.</i> ⁷⁵	DAMÁSIO E. DE JESUS ⁷⁶	JULIO FABBRINI MIRABETE ⁷⁷
<i>Agrava a pena privativa de liberdade em quantia indeterminada (art. 61, I)</i>	<i>Agrava a pena (art. 61, I)</i>	<i>Agrava a pena (art. 63)</i>
<i>Constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes (art. 67)</i>	<i>No concurso de agravantes constitui circunstância preponderante (art. 67)</i>	<i>Prepondera essa circunstância na fixação da pena (art. 67)</i>
<i>Obsta a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (art. 44, II) ou pela multa (art. 60, § 2º)</i>		<i>Obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2º)</i>
<i>Impede a concessão do sursis, em se tratando de crime doloso (art. 77, I)</i>	<i>Impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (art. 77, I)</i>	<i>Impede a concessão de sursis nos crimes dolosos (art. 77, I)</i>
		<i>Impede que se inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto (reclusão) ou aberto (art. 33, § 2º, c e c)</i>
<i>Aumenta o prazo de cumprimento de pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II)</i>	<i>Aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II)</i>	<i>Aumenta o prazo para a concessão do livramento condicional (art. 83, II)</i>
<i>Aumenta o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110)</i>	<i>Aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput)</i>	<i>Aumenta o prazo para a prescrição da pretensão executória (art. 110)</i>
<i>Interrompe a prescrição (art. 117, VI)</i>	<i>Interrompe a prescrição (art. 117, VI)</i>	<i>Interrompe o prazo de prescrição (art. 117, VI)</i>
<i>Revoga o sursis, em caso de condenação em crime doloso (art. 81, I)</i>		<i>Revoga o sursis em condenação por crime doloso (art. 81, I)</i>
<i>Revoga o sursis, facultativamente, no caso de condenação por crime culposo, ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, § 1º)</i>		<i>Revoga o sursis, facultativamente, em crime culposo ou contravenção (art. 81, § 1º)</i>
<i>Revoga o livramento condicional no caso em condenação, a pena privativa de liberdade (art. 86)</i>		<i>Revoga o livramento condicional, em condenação a pena privativa de liberdade (art. 86)</i>
<i>Revoga o sursis, facultativamente, no caso de condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87)</i>		<i>Revoga o livramento condicional, facultativamente, em condenação por crime ou contravenção, quando não aplicada pena privativa de liberdade (art. 87)</i>
<i>Revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95)</i>		<i>Revoga a reabilitação, quando condenado a pena que não seja de multa (art. 95)</i>
<i>Impede a incidência de algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º)</i>	<i>Impede algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º)</i>	<i>Impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2º, 171, § 1º, etc.)</i>
		<i>Possibilita o reconhecimento da infração do art. 25 da LCP</i>
		<i>Impede a liberdade provisória para apelar (art. 594 do CPP)</i>
		<i>Impede a prestação de fiança, por condenação em crime doloso (art. 323, III, CPP)</i>

⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª cd. São Paulo : Revista dos Tribunais, v.1, t.1, 1997, p. 1.023.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 175.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 365.

7.4 Regimes prisionais

O Código Penal, sem que fizesse a diferenciação entre os tipos de regimes previstos no seu art. 33, *caput*, apenas afirmando que a *pena de reclusão* deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a *pena de detenção* nos regimes semi-aberto ou aberto, com a ressalva de que, para esta última, se necessário, poderá haver transferência ao regime fechado, deixou, contudo, manifesto que a distinção entre eles se vincula ao tipo de estabelecimento prisional onde a pena privativa de liberdade tem que ser cumprida.

Assim, pela regra do *caput* do artigo 33, depreendemos:

RECLUSÃO: Regimes: fechado, semi-aberto e aberto.

DETENÇÃO: Regimes: semi-aberto e aberto.

Levando-se em conta o grau de segurança e de disciplina, a pena do *regime fechado* deve ser cumprida, necessariamente, nos estabelecimentos de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, *a*); do *regime semi-aberto* em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *b*); e do *regime aberto* em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A quantidade de pena imposta determinará o regime penitenciário a ser aplicado. Dessa forma, temos o resumo abaixo:

PENA APLICADA	REGIME INICIAL	DISPOSITIVO LEGAL
> 8 anos	Fechado	Art. 33, § 2º, <i>a</i>
> 4 ≤ 8 anos (não reincidente)	Semi-aberto	Art. 33, § 2º, <i>b</i>
≤ 4 anos (não reincidente)	Aberto	Art. 33, § 2º, <i>c</i>

Quanto ao primeiro caso nenhuma dúvida resta, pois a pena privativa de liberdade ao condenado acima de oito anos deve ter seu cumprimento em *regime fechado*.

A divergência estabeleceu-se em relação ao *regime inicial de cumprimento da pena reclusiva* quando o réu for *reincidente*.

Como afirmado no item 7.2, passa-se a apresentar as posições divergentes entre a doutrina e a jurisprudência.

7.4.1 Posição da doutrina

Em relação à alínea *a* não há divergência alguma na doutrina, mesmo porque esta norma tem caráter impositivo e não precisa ser conjugada com outra. Sendo a pena fixada acima de 8 (oito) anos, obrigatoriamente o réu deverá cumpri-la, inicialmente, no *regime fechado*. De salientar, no entanto, que está se referindo tão-só à pena de *reclusão*, pois o próprio *caput* do artigo não prevê o regime inicial *fechado* ao condenado em *detenção*.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt⁷⁸:

Regime inicial para a reclusão

[...] b) *reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado*; c) *reclusão superior a 4 anos até 8, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semi-aberto. Dependerá das condições do art. 59 do CP*; d) *reclusão até 4 anos, reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semi-aberto. Dependerá do art. 59*; e) *reclusão até 4 anos, não reincidente, pode iniciar em qualquer dos três regimes, fechado ou semi-aberto ou aberto, segundo recomendam os elementos do art. 59*.

Influência do fator reincidência

O fator reincidência, quando se trata de pena de detenção, só influi no regime inicial, quando for de até 4 anos, que não poderá ser aberto. Quando se tratar de reclusão, influi no regime inicial quando for de até 4 anos, que poderá ser semi-aberto ou fechado, e quando for superior a 4 anos até 8, que deverá ser necessariamente fechado.

Julio Fabbrini Mirabete⁷⁹:

No art. 33, §§ 2º e 3º, a lei estabelece os critérios para a fixação do regime inicial de cumprimento das penas de reclusão e detenção com fundamento na qualidade e quantidade da pena, na reincidência ou não do condenado, e nas circunstâncias judiciais da aplicação da pena. [...] sendo aplicada pena de reclusão ao reincidente, obrigatoriamente deve ser imposto o regime inicial fechado, já que os regimes semi-aberto e aberto, para início de cumprimento da pena, são admitidos aos não reincidentes (§ 2º letras b e c).

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 256-257

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 253.

Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues⁸⁰:

O novo Código Penal (Lei n.7.209/84) adotou expressamente o regime progressivo, como se vê no § 2º do art. 33, que determina essa progressão em função do mérito do condenado, observadas as seguintes regras:

1ª — Se o condenado cumpre pena superior a oito (8) anos, é obrigado a iniciá-la em regime fechado.

2ª — Se o condenado é primário (a lei fala em não reincidente, porque ele pode ter cometido outro delito, sem ser reincidente) e a pena a cumprir é superior a 4 anos, mas não excede os 8 anos (está entre 4 e 8), pode ser iniciada em regime semi-aberto (pode, é faculdade, não direito do condenado).

3ª — Se é primário (não reincidente) e a pena estiver abaixo de quatro anos, o início de seu cumprimento pode ser, desde logo, em regime aberto.

A observação de que não se trata de direito do condenado, mas de faculdade que pode beneficiá-lo, está na regra do § 3º, que manda aplicar ao caso a regra do art. 59.

Esta regra diz respeito à fixação da pena, mas serve de orientação ao juiz da execução para ver se o condenado, respeitados aqueles critérios do art. 59, pode ou não ser beneficiado.

Damásio E. de Jesus⁸¹:

Embora o autor não tenha analisado diretamente a hipótese de reclusão e reincidência, fê-lo em relação à detenção e reincidência, neste sentido:

[...] Suponha-se que um sujeito, condenado anteriormente por lesão corporal dolosa, com sentença transitada em julgado, dois anos depois venha a sofrer pena de um mês e dez dias de detenção por injúria. À primeira vista, de acordo com o sistema, deverá, em face da reincidência, cumprir a pena em regime fechado. Não é cabível o sursis por ser reincidente em crime doloso (art. 77,I). A detenção, pela mesma razão, não pode ser substituída pela pena restritiva de direitos (art. 44, II). Por fim, não se admite, pelo mesmo motivo, o cumprimento da pena em regime aberto (art. 33, § 2º, c). A solução, porém, mostra-se injusta, uma vez que iríamos encarcerar junto a homicidas e assaltantes alguém que, em tese, pode não oferecer periculosidade e apresentar escassa culpabilidade. Diante do conflito que existe entre o art. 33, caput, que não prevê o início do cumprimento da detenção em regime fechado, para ela admitindo os regimes semi-aberto e aberto, e o § 2º, c, que determina na hipótese o regime fechado, de prevalecer a primeira norma, concedendo-se,

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 109-110.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 124-125.

presentes outros requisitos legais, o cumprimento da pena em regime aberto. [...]

Sentido da expressão poderá das alíneas b e c do § 2º

Deve ser interpretada no sentido de que a lei confere ao juiz a tarefa de, apreciando as circunstâncias do caso concreto em face das condições exigidas, aplicar ou não determinado regime. [...]

Celso Delmanto⁸²:

Delmanto comunga da mesma idéia de Damásio de Jesus quanto à detenção e reincidência, mas também não faz referência à hipótese de réu reincidente condenado a pena reclusiva.

7.4.2 Posição da jurisprudência

Os tribunais têm assentado dois entendimentos distintos quanto a apreciação das letras *b* e *c* do artigo 33 do Código Penal, nos casos em que o condenado à pena reclusiva seja reincidente. Por um lado, a grande maioria aceita a tese de que, pelo simples fato da reincidência, deve o regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado, mesmo sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59. Por outro, há o entendimento de que a reincidência, por si só, não obriga ao regime fechado, podendo ser o semi-aberto, ao argumento de que os requisitos do artigo 59 é que vão determinar o regime mais adequado, ou seja, qual regime será o suficiente e necessário para que os fins da pena sejam atingidos (art. 33, § 3º).

A seguir estão transcritos julgados dos diversos tribunais do País, cujas decisões, tocantes ao tema enfocado, diferenciam-se pelos motivos acima expendidos.

No primeiro sentido:

Penal. Execução penal. Regime prisional. Condenado reincidente. CP, art. 33, § 2º, b. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena integra o processo de sua individualização, como previsto no art. 59 do Código Penal, e deve obedecer aos rigorosos parâmetros inscritos no art. 33, do mesmo diploma legal, onde há expressa previsão de que o regime inicial semi-aberto somente é deferido ao

⁸² *Op. cit.*, p. 62-63.

*condenado não reincidente. Inteligência do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Recurso especial conhecido e provido.*⁸³

*Tratando-se de condenado reincidente, o regime inicial do cumprimento da pena reclusiva deve ser o fechado.*⁸⁴

*Furto qualificado. [...] Reconhecido o agente como reincidente e cuidando-se de crime punido com pena de reclusão, o regime inicial para cumprimento da pena será sempre o fechado [...] (art. 33, § 2º, c, do Código Penal), como motivadamente fixou a sentença apelada.*⁸⁵

*Furto qualificado pelo arrombamento e emprego de chave falsa (art. 155, parágrafo 4º, I e III, do CP). Pretendida desclassificação para furto simples. Impossibilidade diante das provas apuradas. Majoração da pena, com fixação do regime semi-aberto. Impossibilidade, pois as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu. O regime prisional tinha que ser o fechado, uma vez que é reincidente e foi condenado à pena de reclusão.*⁸⁶

*[...] Assim, seja pela obrigatoriedade diante da reincidência manifesta, ou por não lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena do réu [...] é a medida que se impõe*⁸⁷.

*Reincidente um dos co-réus, impõe-se-lhe o regime carcerário imediatamente mais gravoso do que aquele que lhe seria aplicado, não houvesse a reincidência.*⁸⁸

*Se o condenado, mesmo com pena inferior a 4 anos de reclusão, é reincidente, como reconhecido pela sentença de primeiro grau, não faz jus ao regime semi-aberto para início da execução da pena.*⁸⁹

*O condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão sempre em regime fechado, independentemente da quantidade de pena aplicada.*⁹⁰

No que toca ao pedido alternativo de concessão do regime prisional para semi-aberto, deduzido nas razões recursais, impossível apresenta-se seu provimento, primeiro porque se cuida de réu reincidente, consoante se vê da Certidão de fls. 102, óbice à concessão, de conformidade com o artigo 33, § 2º, b, do Código

⁸³ STJ — RE n. 134.598, 6ª Turma, 14.4.98 — Relator Vicente Leal — DJU de 11.598, p. 163.

⁸⁴ STJ — RE n. 566, PR, Relator Flaquer Scartezini — JSTJ 8-192.

⁸⁵ TJSC — Apelação criminal n. 32.766, da Capital. Relator Nilton Macedo Machado.

⁸⁶ TJSC — Apelação criminal n. 30.392, de Criciúma. Relator José Roberge.

⁸⁷ TJSC — Apelação criminal n. 96.003407-2, de Mondáí, Relator Álvaro Wandelli.

⁸⁸ JTAERGS 104-150.

⁸⁹ STJ — RT 725-533.

⁹⁰ RSTJ 89-385 — STJ: RSTJ 26-340; JSTJ 8-192.

Adjetivo Penal, que é claro ao dispor que tal regime somente será concedido ao “condenado não reincidente”, e segundo porquanto se trata de matéria afeta ao Juízo de Execução, de acordo com o preceituado no artigo 66, inciso III, b, da Lei de Execução Penal, e não de competência deste Sodalício.⁹¹

Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado pelo arrombamento. Perícia positiva. Autoria e materialidade comprovadas. Delito configurado. Recurso colimando tão-somente a mitigação da pena. Súplica provida. [...] Presente a agravante da reincidência, inculpada no art. 61, inciso I, do Código Penal, aumenta-se a reprimenda em 6 (seis) meses, totalizando 4 (quatro) anos de reclusão. [...] a Câmara conhece do recurso, dando-lhe provimento para fixar a pena [...] em 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.⁹²

No segundo sentido:

Júri. Desclassificação para lesões corporais. Condenação nas sanções do art. 129, § 1º, inc. II, do CP. Pena. Reincidência. Regime prisional. Correção. Recurso parcialmente provido. Tratando-se de condenado reincidente, o regime inicial do cumprimento da pena reclusiva pode ser o semi-aberto ou o fechado. Os requisitos do art. 59 é que determinarão qual dos dois regimes será o mais adequado, isto é, qual dos dois será necessário e suficiente para atingir os fins da pena (art. 33, § 3º, do CP) (BITTENCOURT, Cezar Roberto — Código Penal Anotado, p. 255). Não se tratando de pena superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2º, letra a, do CP), a imposição de regime fechado depende de fundamentação adequada em face do que dispõem as alíneas b e c do mesmo § 2.º e também o § 3º c/c o art. 59 do mesmo diploma.⁹³

Réu reincidente. Regime prisional. Semi-aberto. Possibilidade. Reincidência, por si só, não obriga ao regime fechado. Dispõe o art. 33, § 2º, alínea c, do Cód. Penal, que o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, pode cumpri-la, desde o início, em regime aberto; o que significa, contrario sensu, que o reincidente não pode iniciar o cumprimento de sua pena neste regime, podendo-o todavia no semi-aberto.⁹⁴

O preceito contido na letra c do § 2º do art. 33 do CP, vedando o cumprimento inicial da reprimenda em regime aberto no caso de reincidência, não tem força absoluta, não podendo ser interpretado e aplicado isoladamente das circunstâncias judiciais inscritas no

⁹¹ TJSC — Apelação criminal n. 96.007854-1, de Sombrio. Relator Jorge Mussi.

⁹² TJSC — Apelação criminal n. 96.004598-8, de Blumenau. Relator Jorge Mussi.

⁹³ TJSC — Apelação criminal n. 96.003826-4, de São Lourenço d'Oeste. Relator Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu.

⁹⁴ TACRIM-SP — AC1.053.001-1, de 14.4.97 — Relator Abreu Machado.

*próprio § 3º do citado artigo e, principalmente, das disposições do art. 59 do Estatuto Repressivo, pois a pena privativa de liberdade só terá valor teleológico e pragmático, se idônea, após avaliação do caso concreto, a reeducar e reinserir harmoniosamente o condenado no seio comunitário.*⁹⁵

*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende das regras do caput do art. 33 e seu § 2º do CP, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inc. III. E deve ser feita, nos termos do § 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59.*⁹⁶

*O Juiz, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, deve analisar os requisitos objetivos e subjetivos. Só assim a pena alcançará o fim enunciado no Código Penal (art. 59), ou seja, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Indispensável ponderar o juízo de conveniência.*⁹⁷

*A lei penal ao permitir o regime aberto desde o início aos condenados não reincidentes reconhece apenas que, ocorrendo a reincidência, não se aplica este regime desde o início, porém, não nega a possibilidade ao reincidente de iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto.*⁹⁸

*Nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, ao condenado reincidente é vedada, tão-somente, a fixação do regime inicial aberto, sendo a lei omissa no que tange à possibilidade ou não de estabelecimento da modalidade semi-aberta, é possível adotar-se solução mais benéfica ao réu.*⁹⁹

*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput e seu § 2º do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do § 3º do art. 33, com observância dos critérios previstos no art. 59*¹⁰⁰.

*A bem de se examinar a questão em tela nota-se que sendo o apelado reincidente mas condenado a pena inferior a quatro anos, a rigor sua situação não está prevista. Fica, então, conferida ao poder discricionário do magistrado a fixação do regime prisional, que só não pode ser o aberto, por expressa vedação legal.*¹⁰¹

Nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, ao condenado reincidente é vedada, tão-somente, a fixação do regime inicial aberto; sendo a lei omissa, no que tange à possibilidade ou não de estabelecimento da

⁹⁵ RT 749-666.

⁹⁶ TACRIM-SP — AC — Relator Corrêa de Moraes — RT 733-592.

⁹⁷ STJ — RE n. 22.829-7 — Relator Vicente Cernicchiaro — DJU de 23.8.93, p. 16.593.

⁹⁸ TACRIM-SP — Ap. — Relator Ary Casagrande — RT 727-523.

⁹⁹ TACRIM-SP — Ap. — Relator Moacir Pires — RJD 28-222.

¹⁰⁰ STF — HC n. 71.851 — Relator Sydney Sanches — RT 719-552.

¹⁰¹ TACRIM-SP — RT 725-585.

modalidade semi-aberto, é possível adotar-se solução mais benéfica ao réu.¹⁰²

Ao determinar o regime prisional do réu reincidente, não pode o Magistrado ficar adstrito somente à reincidência e ordenar a modalidade fechada para o cumprimento da pena, devendo, outrossim, examinar também o quadro de circunstâncias previsto no § 3º do art. 33 do CP, que diz respeito à culpabilidade.¹⁰³

Dos excertos acima ressalta que o juiz tem amplitude e o critério de oportunidade e conveniência para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, seja ela reclusiva ou detentiva.

Apesar das opiniões no sentido de que o réu tem direito subjetivo público penal ao regime, de acordo com a quantidade da pena que lhe for imposta, o Código Penal, por uma interpretação sistemática, atribui ao Magistrado o poder de impor regime inicial suficiente e necessário para efeito de retribuição do mal causado pelo delito.

¹⁰² TACRIM-SP — RJDTACRIM 28-222.

¹⁰³ TACRIM-SP — RJDTACRIM 24-302.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito da noção do castigo, a privação da liberdade é a maneira específica pela qual o Direito Penal objetivo concretiza o princípio da reparação equivalente. A prisão, como instrumento realizador da pena-castigo, só tem contribuído para a reprodução da criminalidade. Neste sentido, há que se buscar mecanismos e instrumentos que possibilitem a efetiva diminuição da delinqüência, a salvaguardar o interesse público e social.

O sistema prisional, por sua realidade, é denunciado como um fracasso desde 1820, por não Ter conseguido cumprir a primordial função de reeducar ou preparar o condenado para a volta ao convívio na sociedade.

Feitas essas primeiras considerações, passa-se à ponderação do tema principal deste trabalho, que foi conceder uma visão sobre a interpretação do artigo 33, §§ 2º, *a*, *b* e *c*, e 3º, do Código Penal, ou seja, a relevância da observação isolada dos dispositivos e a sua conjugação com o que dispõe o art. 59 do mesmo Código, na hipótese de réu reincidente nos crimes delimitados ao presente estudo.

Vê-se que, na maioria dos casos, o critério para a adequação do regime é o objetivo — reincidência.

Contra-pondo-se a esse entendimento, em recentes julgados, alguns tribunais vêm decidindo que o simples fato de ser reincidente não obriga a fixação do regime prisional inicial de cumprimento da pena no sistema fechado, pois constitui direito fundamental do condenado a motivação.

Tem-se como coerente com a complexidade e a realidade penal brasileira o órgão julgador que faz referência explícita às circunstâncias judiciais que o levaram a decidir por um regime mais gravoso.

O juiz não deve considerar apenas a reincidência na definição do regime prisional, outros fatores, além daqueles previstos no artigo 59, também devem ser levados em conta, como, exemplificando, na hipótese de autorização para recorrer em liberdade (art. 594, CPP).

Sabe-se, pelo que ficou demonstrado, que o réu reincidente condenado à pena de reclusão não faz jus ao regime aberto, se a pena estabelecida ficar entre quatro e oito anos. Todavia, não está escrito que deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

O Código Penal, nas hipóteses das letras *b* e *c* do § 2º do artigo 33, usa a expressão *poderá* e não *deverá*, como o fez em relação à letra *a*.

A diversidade dos vocábulos tem rigoroso sentido, que não pode ser descurado. Com efeito, são manifestamente distintas as situações emergentes do *dever ser* e do *poder ser*, principalmente quando procuram exprimir comandos sancionatórios.

Não resta dúvida de que o cumprimento da pena superior a 8 anos será obrigatoriamente iniciado em regime fechado. Abre-se, contudo, para condenados a penas situadas aquém desse limite, possibilidade de cumprimento em condições menos severas, atendidas as condições personalíssimas do agente e a natureza do crime cometido.

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena para os condenados a reclusão, observados os limites que a lei estabelece (artigo 33, § 2º, *b* e *c*), depende de outros requisitos, quais sejam, não ser reincidente e atender positivamente os ditames do artigo 59 do Código Penal. Se as diretivas não lhe forem favoráveis, outro regime mais rigoroso *poderá* ser implementado como necessário para reprovar a conduta típica.

A lógica, portanto, está na assertiva de que não se tratando de pena superior a oito anos de reclusão (art. 33, § 2º, letra *a*, do CP), a imposição de regime inicial fechado *dependerá* de fundamentação adequada em face do que dispõem as alíneas *b* e *c* do § 2º e também o § 3º e artigo 59 do mesmo diploma. A reincidência afasta o regime próprio, considerada a pena cominada, mas não impõe, obrigatoriamente, entre os existentes, o mais rigoroso.

A alínea *c* do dispositivo citado faculta ao condenado não reincidente, com pena igual ou inferior a quatro anos, desde o início, cumprir a pena em regime aberto. Essa norma é a maior causadora de equívocos, pois é a única que se dirige às duas espécies de penas: reclusão e detenção.

Considerando que o artigo 33 não fixa o regime fechado para pena inferior a quatro anos ao réu reincidente, sendo favoráveis as circunstâncias do artigo 59, a fixação do regime semi-aberto ou aberto, conforme o caso, para início de cumprimento da pena corporal, satisfaz os fins da pena.

Ao arremate, consigna-se que, ao proceder à individualização da pena, o juiz, após analisar um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime —, fixará aquela cabível dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva nem demasiadamente abrandada, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade bastantes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade.

A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu.

Reforça-se a necessidade da reflexão sobre tema que, por sua importância e por si só, merece especial atenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Agamenon Bento do. *Direito Processual Penal: lições teóricas e práticas*.
Wysiwyg://main.89/http://www.ccj.ufsc.br/~agamenon/principal.html.
- AMERICANO, Odin I. do Brasil. *Manual de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, v.1,
1985.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte especial*. São Paulo : Saraiva, 1964,
307p.
- BECCARIA, Cesaria. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Lucia Guidicini. São
Paulo : Martins Fontes, 1991, 146p.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução por Paulo José da Costa Júnior e
Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais, v.3, 1976.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, t.1, 1967.
- CARVALHO, Hilario Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo : José
Bushatsky, 1973, 392p.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal objetivo: breves comentários ao
Código*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989, 731p.
- _____. *Direito Penal: curso completo*. São Paulo : Saraiva, 1999, 772p.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996, 1.188p.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Ronovar, 1991,
860p.
- DEWY, John. *Teoria da vida moral*. Tradução Leonidas Gontijo de Carvalho. São
Paulo : IBRASA, 1964, 159p.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990, p. 457.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney. *Holismo, Direito e ética*. <http://www.iaccess.com.br/roney/arthol.htm>.
- FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. Curitiba, Juruá, 1993, 483p.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 18ª ed. Petrópolis : Vozes, 1987, 288p.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, v.1, t.1, 1997.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 15ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, 88p.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, v.1, 1983, 683p.
- _____. *Código Penal anotado*. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996, 994p.
- KUEHNE, Maurício. *Teoria e prática da aplicação da pena*. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 1998, 189p.
- LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, 287p.
- MEDEIROS, Rui. *Prisões abertas*. Rio de Janeiro : Forense, 1985, 173p.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de direito penitenciário*. São Paulo : Saraiva, v.2, 1975.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 1999, 1.972p.
- _____. *Manual de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo : Atlas, v.1, 1997
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis : UFSC, Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, 266p.
- PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo : José Bushatsky, 1973, 236p.

- PRADO, Luiz Regis. BITENCOUT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado e legislação complementar*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, 1.403p.
- RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, 357p.
- ROSA, José Miguel Feu. *Direito Penal*. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, 591p.
- TORRES, Paulo R. Pinheiro. *Noções de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1973, 251p.
- WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979, 159 p.

ANEXO

Objetivando facilitar o entendimento da presente monografia, anexam-se a Parte Especial do Código Penal e os artigos da delimitação do tema central.

CÓDIGO PENAL

DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Código Penal.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

CÓDIGO PENAL

PARTE GERAL

TÍTULO I DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Anterioridade da lei

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Lei penal no tempo

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Lei excepcional ou temporária

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

Tempo do crime

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Territorialidade

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

Lugar do crime

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Extraterritorialidade

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Pena cumprida no estrangeiro

Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Eficácia de sentença estrangeira

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:

- I** - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;
- II** - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

- a) para os efeitos previstos no *inciso I*, de pedido da parte interessada;
- b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

Contagem de prazo

Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Frações não computáveis da pena

Art. 11 - Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

Legislação especial

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

TÍTULO II DO CRIME

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Arrependimento posterior

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Crime impossível

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Agravação pelo resultado

Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

TÍTULO III DA IMPUTABILIDADE PENAL

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

TÍTULO IV DO CONCURSO DE PESSOAS

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Casos de impunibilidade

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

TÍTULO V DAS PENAS

CAPÍTULO I DAS ESPÉCIES DE PENA

Art. 32 - As penas são:

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

SEÇÃO I DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no *art. 59* deste Código.

Regras do regime fechado

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do *art. 34 deste Código, caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Regime especial

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Direitos do preso

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Trabalho do preso

Art. 39 - O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Legislação especial

Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos *arts. 38 e 39* deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

Superveniência de doença mental

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Detração

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no *artigo anterior*.

SEÇÃO II
DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Penas restritivas de direitos

Art. 43¹ - As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO)
- IV - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Art. 44² - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º - (VETADO)

§ 2º - Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º - Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar, será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitando o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

¹ Art. 43 com nova redação dada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Redação Anterior:

"Art. 43 - As penas restritivas de direitos são:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - interdição temporária de direitos;

III - limitação de fim de semana."

² Art. 44 com nova redação dada pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Redação Anterior:

"Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente."

§ 5º - Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45³ - Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º - A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º - No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º - A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º - (VETADO)

Prestação de serviços à comunidade

Art. 46⁴ - A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º - A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º - A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º - As tarefas a que se refere o §1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º - Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

³ Art. 45 com nova redação dada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Redação Anterior:

"Art. 45 - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta."

⁴ Art. 46 com nova redação dada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Redação Anterior:

"Art. 46 - A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único - As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho."

Interdição temporária de direitos

Art. 47⁵ - As penas de interdição temporária de direitos são:

- I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- IV - proibição de frequentar determinados lugares.

Limitação de fim de semana

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

SEÇÃO III DA PENA DE MULTA

Multa

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Pagamento da multa

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

- a) aplicada isoladamente;
- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

Conversão da multa e revogação

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

§ 1º - *(Revogado pela Lei n.º 9.268, de 01-04-1996).*

§ 2º - *(Revogado pela Lei n.º 9.268, de 01-04-1996).*

⁵ Inciso IV incluído pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Suspensão da execução da multa

Art. 52 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

CAPÍTULO II DA COMINAÇÃO DAS PENAS

Penas privativas de liberdade

Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.

Penas restritivas de direitos

Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

Art. 55⁶ - As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos *incisos I e II do art. 47* deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

Art. 57 - A pena de interdição, prevista no *inciso III do art. 47* deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Pena de multa

Art. 58 - A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no *art. 49 e seus parágrafos* deste Código.

Parágrafo único - A multa prevista no *parágrafo único do art. 44* e no § 2º do *art. 60* deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

CAPÍTULO III DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁶ Art. 55 com nova redação dada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Redação Anterior:

"Art. 55 - As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída."

Crítérios especiais da pena de multa

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Multa substitutiva

§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos *incisos II e III do art. 44* deste Código.

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) ⁷ contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

⁷ alínea h com nova redação dada pela Lei nº 9.318, de 5 de dezembro de 1996.

Redação Anterior:

"h) contra criança, velho ou enfermo;"

Reincidência

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do *art. 59* deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o *art. 44* deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de designios autônomos, consoante o disposto no *artigo anterior*.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do *art. 69* deste Código.

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do *parágrafo único do art. 70* e do *art. 75* deste Código.

Multas no concurso de crimes

Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Erro na execução

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do *art. 20* deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do *art. 70* deste Código.

Resultado diverso do pretendido

Art. 74 - Fora dos casos do *artigo anterior*, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do *art. 70* deste Código.

Limite das penas

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Concurso de infrações

Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

CAPÍTULO IV DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no *art. 44* deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (*art. 46*) ou submeter-se à limitação de fim de semana (*art. 48*).

§ 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do *art. 59* deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do *parágrafo anterior* pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de frequentar determinados lugares;

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Art. 80 - A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

Revogação obrigatória

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III - descumpre a condição do § 1º do *art. 78* deste Código.

Revogação facultativa

§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Prorrogação do período de prova

§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

§ 3º - Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

Cumprimento das condições

Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO V DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Requisitos do livramento condicional

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Soma de penas

Art. 84 - As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.

Especificações das condições

Art. 85 - A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

Revogação do livramento

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

Efeitos da revogação

Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

Extinção

Art. 89 - O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

CAPÍTULO VI DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

CAPÍTULO VII DA REABILITAÇÃO

Reabilitação

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no **art. 92** deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos *incisos I e II do mesmo artigo*.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

TÍTULO VI DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Espécies de medidas de segurança

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Imposição da medida de segurança para inimputável

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

Prazo

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

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98 - Na hipótese do *parágrafo único do art. 26* deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela

internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do *artigo anterior* e respectivos §§ 1º a 4º.

Direitos do internado

Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

TÍTULO VII DA AÇÃO PENAL

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A ação penal no crime complexo

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Irretratabilidade da representação

Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do *art. 100* deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

Perdão do ofendido

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

TÍTULO VIII DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos *Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial* deste Código;

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no *inciso anterior*, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no *artigo anterior*, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o *parágrafo anterior*, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112 - No caso do *art. 110* deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

Prescrição da multa

Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Causas impeditivas da prescrição

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela sentença condenatória recorrível;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos *incisos V e VI* deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do *inciso V* deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Art. 118 - As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Perdão judicial

Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

...

CAPÍTULO II DAS LESÕES CORPORAIS

Lesão corporal

Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º - Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

...

TÍTULO II
DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I
DO FURTO

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

...

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

...