



## **GARANTISMO PENAL: POLÍTICA, APLICAÇÃO E ESPÉCIES DE PENAS.**

Jaqueline Santana dos Santos <sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO: ABOLICIONISMO PENAL E DIREITO PENAL MÁXIMO. 2 GARANTISMO PENAL. 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO. 5 POLÍTICA DA APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA. 6 COMINAÇÃO DAS PENAS. 7 ESPÉCIES DE PENA. 8 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS. 9 APORTE FINAL.

**Resumo:** O presente estudo aborda as teorias da pena do abolicionismo penal e do direito penal máximo ante ao garantismo penal e direito penal do inimigo, demonstrando a política de aplicação da pena mínima, para evidenciar a cominação e espécies das penas no atual sistema penitenciário.

**Palavras-chaves:** Garantismo Penal. Cominação. Espécies. Pena.

**Abstract:** This study addresses the theories of punishment the criminal abolitionism and the maximum criminal law against the guaranty criminal and feindstrafrecht, demonstrating the politics applies tion of the minimum sentence, to show the sanction and species of penalties in the current system.

**Keywords:** Guaranty criminal. Sanction. Species. punishment.

### **1 INTRODUÇÃO: ABOLICIONISMO PENAL E DIREITO PENAL MÁXIMO**

A presente pesquisa aborda o conteúdo técnico-jurídico do garantismo penal, numa tentativa de traçar suas peculiaridades e concepções distintas. Afinada com essa aspiração, o nosso escopo centrar-se-á na abordagem teorias da pena do abolicionismo penal e do direito penal máximo ante ao garantismo penal e direito penal do inimigo, demonstrando a política de aplicação da pena mínima, para evidenciar a cominação e espécies das penas no atual sistema penitenciário, na experiência inspiradora de doutrinadores brasileiros.

De feito, há duas teorias da pena: o abolicionismo penal e o direito penal máximo.

O abolicionismo penal é uma teoria radical, que tem como fim a descriminalização e a despenalização como solução para o sistema penitenciário. A descriminalização seria deixar de considerar como crime determinadas condutas, já a despenalização prega que as condutas continuariam sendo infrações penais, mas não teriam uma pena.

Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup> explica:

O abolicionismo penal [...] é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. O movimento trata da descriminalização (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas) e da despenalização (eliminação da pena para a prática de certas con-

<sup>1</sup> **Jaqueline Santana dos Santos.** É Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Palestrante e Consultora Jurídica em diversas Instituições.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 395.



dutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário [...].

A justificativa para a teoria do abolicionismo penal é de que a aplicação da pena privativa de liberdade não estaria reduzindo os índices de criminalidade, além de que o encarceramento do infrator não vem reduzindo a reincidência. Por isso, a necessidade de se buscar um método novo, capaz de dar resultados na área do Direito Penal.

Outra justificativa, para essa teoria extremada, é o fato de que nem todos os crimes cometidos são levados ao judiciário, e também de que muitos crimes continuam impunes por não se conhecer sua autoria e, as vezes, por não chegar o fato criminoso ao conhecimento da autoridade policial.

Guilherme de Souza Nucci<sup>3</sup> assim explica os princípios trazidos pelo abolicionismo:

[...] o abolicionismo recomenda, em síntese, a adoção dos seguintes princípios: a) abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações problema; b) atendimento prioritário à vítima (melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construindo prisões); c) guerra contra a pobreza; d) legalização das drogas; e) fortalecimento da esfera pública alternativa, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da autoestima e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais.

A partir do exposto, vislumbra-se que a teoria do abolicionismo apesar de ser uma utopia, leva a reflexão de que o sistema atual não está produzindo resultados e de que precisa ser reavaliado para se adequar às necessidades da sociedade.

Como bem afirma Guilherme de Souza Nucci<sup>4</sup>:

Não há dúvida de que, por ora, o abolicionismo é somente uma utopia, embora traga à reflexão importantes conceitos, valores e afirmativas, demonstrando o fracasso do sistema penal atual em vários aspectos, situação que necessita ser repensada e alterada. (2012, p. 396)

Constata-se que a teoria do abolicionismo penal defende o afastamento do Direito Penal da resolução de conflitos da sociedade e a consequente inclusão de outras formas de apaziguamento nessas problemáticas. Os abolicionistas questionam o verdadeiro significado das punições e a atual eficiência dos sistemas prisionais.

Paulo de Souza Queiroz<sup>5</sup> afirmava que o mero temor da pena não era capaz de evitar o cometimento do delito. Assim explica:

O direito penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, vez que o delito deriva de um sem-número de causas – psicológicas, sociais, culturais – não neutralizáveis pelo mero temor da pena.

Vale destacar ainda que o abolicionismo visa não apenas a exclusão da pena, mas a extinção de todo o sistema penal.

Quanto à teoria do direito penal máximo, esta defende que qualquer crime deve ser punido com severidade, para que o infrator não volte a delinquir e a punição sirva de exemplo para a sociedade, a fim de que outros indivíduos não venham a cometer crimes.

Assim aborda Luigi Ferrajoli<sup>6</sup>:

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 396.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 396.

<sup>5</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.



A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

Com isso, nota-se que o Direito Penal Máximo defende rígidos regimes de cumprimento da pena, além do prolongamento das penas privativas de liberdade, ou seja, uma ampliação da tutela do Direito Penal.

## 2 GARANTISMO PENAL

O garantismo penal é intermediário entre o abolicionismo e direito penal máximo, pautado na estrita legalidade, e tem como finalidade limitar a função punitiva estatal.

Guilherme de Souza Nucci<sup>7</sup> assim explica o modelo garantista:

O modelo garantista de direito penal privilegia os seguintes axiomas: a) não há pena sem crime [...]; b) não há crime sem lei [...]; c) não há lei penal sem necessidade [...]; d) não há necessidade de lei penal sem lesão [...]; e) não há lesão sem conduta [...]; f) não há conduta sem dolo e sem culpa [...]; g) não há culpa sem o devido processo legal; h) não há processo sem acusação [...]; i) não há acusação sem prova que fundamente [...]; não há prova sem ampla defesa [...].

Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> destaca alguns princípios para o garantismo penal: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa, e explica:

O papel um direito penal mínimo e garantista poderia ter, em relação à pena, o papel seria redefinido o direito penal, de modo que este se tornaria algo assim semelhante ao que é o direito internacional humanitário para a guerra. Nessa perspectiva, o direito penal é concebido como um discurso para limitar, para reduzir, para assinalar os limites e eventualmente, se isso for possível, para cancelar o poder punitivo.

Segundo Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya<sup>9</sup>, o garantismo penal traz como garantias os seguintes princípios: o princípio da intervenção mínima, a culpabilidade, a responsabilidade subjetiva, a proibição de penas desumanas e degradantes, a orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, a presunção de inocência, a legalidade, a igualdade perante a lei, o direito da pessoa não se auto-incriminar e outros.

Luigi Ferrajoli<sup>10</sup> ainda acrescenta que o garantismo penal traz uma série de garantias penais e processuais penais:

Nulla poena sine crimine – princípio de retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.

Nullum crimen sine lege – princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 397.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89-90.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.



Nulla Lex (poenalis) sine necessitate – princípio da necessidade ou da economia no direito penal;

Nulla necessitas sine injuria – princípio da lesividade ou da ofensividade do evento.

Nulla injuria sine actione – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Nulla actio sine culpa – princípio da culpabilidade.

Nulla culpa sine judicio – princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito.

Nullum judicium sine accusatione – princípio do acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação.

Nulla accusatio sine probatione – princípio do ônus da prova ou da verificação.

Nulla probation sine defensione – princípio do contraditório ou da defesa.

Dessa forma, resta evidente que o garantismo penal reafirma as garantias previstas no texto da Carta Magna.

### 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é um modelo do Direito Penal que tem como fim segregar os cidadãos considerados como inimigos, que são aqueles que não respeitam os direitos individuais dos membros da sociedade e, por isso, não merecem as garantias fundamentais asseguradas aos demais cidadãos. Além disso, as punições aplicadas a esses agentes criminosos devem ser severas, podendo ainda, serem desproporcionais à gravidade do delito.

Guilherme de Souza Nucci<sup>11</sup> diz o seguinte:

[...] trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos [...]. Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já estariam passíveis punição quando atingissem o estágio da preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções penais desproporcionais à gravidade do fato praticado. Em suma, o mais importante é manter segregados, pelo tempo que for necessário, aqueles cujo propósito é desestabilizar o Estado e ferir, de maneira inconsequente, pessoas inocentes. Na realidade, à luz do sistema penal brasileiro, essa postura seria manifestamente inconstitucional.

Para Günther Jakobs<sup>12</sup> (2007, p. 33), há um direito dirigido ao cidadão, que mesmo infringindo a norma, é punido como cidadão, sendo-lhe assegurado as garantias fundamentais, e outro direito dirigido ao indivíduo, que, em razão de comportamentos reiterados, não merecem ser tratados como pessoa, mas como inimigos.

Ainda segundo Günther Jakobs<sup>13</sup> (2007, p. 33-34), o inimigo é caracterizado pela sua periculosidade. Além disso, para ele, enquanto o cidadão é punido de acordo com sua culpabilidade, o inimigo é punido na medida de sua periculosidade, com o fim de evitar o perigo de dano futuro à vigência da norma.

Com isso, pode-se dizer que apesar de algumas normas e institutos do ordenamento jurídico brasileiro apresentarem características do Direito Penal do Inimigo, a exemplo do

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399.

<sup>12</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 33-34.



regime disciplinar diferenciado e a prisão preventiva, da lei de crimes hediondos e de lavagem de capitais, é salutar destacar que as garantias fundamentais não devem ser violadas, a fim de respeitar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

## 5 POLÍTICA DA APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA

Ultimamente, alguns magistrados tendem a adotar a política da pena mínima, que consiste na aplicação da pena mínima, o que viola o princípio da individualização da pena, pois deve haver uma fundamentação específica e individualizada para cada caso concreto, baseada nos ditames da lei penal, a fim de evitar uma padronização da pena.

Além disso, é forçoso destacar que a pena-base não é igual a pena mínima, tendo em vista que para fixação da pena-base deve-se levar em consideração as circunstâncias do art. 59 Código Penal, as quais não são iguais para todos os delinquentes e, por isso, não se justifica de modo racional e lógico a fixação da pena-base no mesmo patamar, já que todo crime apresenta uma gravidade específica.

Guilherme de Souza Nucci<sup>14</sup> explica:

Nos últimos anos, verifica-se a tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior, em adotar a denominada política da pena mínima. Assim procedendo, são ignorados, ou mesmo menosprezados, os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.

Dessa forma, é evidente que na aplicação da pena mínima não são observados os parâmetros de fixação estabelecidos em lei e, conseqüentemente, não se atinge o propósito da reprovação e prevenção do crime.

Miguel Reale Júnior<sup>15</sup> destaca:

[...] imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstância e consequência do seu ato.

É salutar enfatizar ainda que, apesar do magistrado ter o poder discricionário na fixação da pena-base, deve observar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sendo todas as circunstâncias favoráveis pode fixar a pena-base no patamar mínimo, mas havendo uma ou mais desfavoráveis, não há razão que justifique a fixação da pena no patamar mínimo.

Guilherme de Souza Nucci<sup>16</sup> aborda:

Saliente-se ser defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Logo, apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador. [...]

É válido ressaltar também que para a individualização da pena, o juiz além de observar os parâmetros fixados na lei penal, deve colher os elementos necessários durante a instrução, não se atentando apenas as provas que dizem respeito à materialidade do delito e de sua autoria, mas como também ao interrogatório a testemunhas sobre a pessoa do acusado, local onde mora, profissão, a fim de verificar a personalidade do réu e sua conduta social.

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 309-310.

<sup>15</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal - parte geral**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 88.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 312.



Além disso, o juiz deve analisar a motivação, as circunstâncias em que ocorreu o crime e as consequências do mesmo, se houve reparação do dano por parte do delinquente, com a finalidade de aplicar uma pena individualizada e proporcional ao agente delituoso, capaz de reprimir e prevenir o crime.

Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa<sup>17</sup> explanam da seguinte forma a respeito do disposto no art. 59 do Código Penal:

[...] a consideração dos elementos mencionados dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o quantum da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório [...], o que nem sempre é feito. Como saber, por exemplo, sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disseram? [...]

Na instrução, não só o juiz, como também o órgão acusatório e o advogado de defesa deve buscar colher durante o processo e, principalmente, na fase da instrução, todas as informações necessárias sobre o caso concreto, a fim de se evitar uma pena-padrão.

## 6 COMINAÇÃO DAS PENAS

As penas podem ser cominadas isoladamente (quando somente uma pena é prevista para o agente criminoso), cumulativamente (quando ao infrator pode-se aplicar mais de uma modalidade de pena) e alternativamente (quando há possibilidade de opção entre duas modalidades de pena diferenciadas).

Guilherme de Souza Nucci<sup>18</sup> exemplifica:

Podem ser cominadas, abstratamente, da seguinte forma: isoladamente, quando uma pena é prevista ao agente (ex.: a privativa de liberdade, no crime de homicídio- art. 121, Código Penal); b) cumulativamente, quando ao agente é possível aplicar mais de uma modalidade de pena (ex.: a privativa de liberdade cumulada com multa, no crime de furto- art. 155, Código Penal); c) alternativamente, quando há possibilidade da opção entre duas modalidades diferentes (ex.: pena privativa de liberdade ou multa, no crime de ameaça-art. 147, Código Penal).

Vale salientar que, ao se aplicar a pena isolada, cumulada ou alternativamente, está se fazendo a individualização da pena de acordo com a conduta praticada pelo agente criminoso.

## 7 ESPÉCIES DE PENA

O Código Penal Brasileiro prevê os seguintes tipos de pena: privativas de liberdade, penas restritivas de direito e pena pecuniária. Sendo as penas privativas de liberdade classificadas em reclusão e detenção, aplicadas em função da prática de crimes, e prisão simples, aplicada no caso de contravenção penal. E, quanto as penas restritivas de direito, são prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. E, por fim, a pena pecuniária é a multa.

Damásio de Jesus<sup>19</sup> faz a seguinte classificação da pena:

<sup>17</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 277.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 403.

<sup>19</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 564-565.



A doutrina classifica as penas em: corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas ou restritivas de direito. A Constituição Federal prevê as seguintes penas: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. De acordo com o Código Penal as penas classificam-se em: privativas de liberdade, restritivas de direito, pecuniárias. São penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporárias de direitos e limitação de fim de semana.

O legislador ao prever estas penas está fazendo a individualização da pena a depender da gravidade do tipo penal incriminador, bem como o juiz ao determinar ao agente infrator o cumprimento da pena adequada, buscando reprimir e prevenir o crime, além de reeducar o delinquente.

É relevante também frisar que a Constituição Federal<sup>20</sup>, em art. 5º, inc. XLVII, proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a de caráter perpétuo, a de trabalhos forçados, a de banimento e as cruéis.

Além disso, é de suma importância esclarecer que a pena privativa de liberdade, quando foi criada, tinha como objetivo impedir a fuga do agente criminoso.

Guilherme de Souza Nucci<sup>21</sup> assim elucida:

Destaque-se o surgimento da prisão, como pena privativa de liberdade, apenas a partir do século XVII, consolidando-se no século XIX. Até essa época, utilizava-se a prisão como meio de guardar os réus, preservando-os fisicamente até haver o julgamento. [...]

Gilberto Ferreira<sup>22</sup> aborda afirma que, no passado, a prisão se destinava única e exclusivamente como meio preventivo para manter o delinquente detido e à disposição da justiça até que fosse executado.

Há doutrinadores que ainda consideram que foi a Igreja a responsável pela criação da pena privativa de liberdade, na medida em que determinava aos fiéis o cumprimento de penitências, as quais deveriam ser feitas em locais isolados, onde o considerado infiel pudesse ficar sozinho e rever suas ações.

Neste sentido, Gilberto Ferreira<sup>23</sup> ressalta:

Mas em verdade, quem deu início à pena privativa de liberdade foi a Igreja. Esta tinha o hábito de punir seus infieis com a pena de penitência (daí penitenciária e prisão celular), realizada nas celas. Ali, privado da liberdade e isolado de qualquer contato humano, sofrendo e meditando, a alma do homem se depura, se regenera e se penitencia. [...] (1997, p. 32)

## 8 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Os sistemas penitenciários clássicos são o da Filadélfia, o de Auburn e o inglês ou progressivo. No sistema da Filadélfia, o condenado cumpre a pena na cela. Segundo o sistema de Auburn, o preso trabalha durante o dia, e a noite é isolado. De acordo com o sistema inglês, também denominado progressivo, o preso cumpre a pena em três fases, primeiro é isolado, depois passa a trabalhar com os outros sentenciados, e, por fim, é colocado em liberdade condicional.

Gilberto Ferreira<sup>24</sup> assim sintetizou:

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64

<sup>22</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 32.

<sup>23</sup> *Ibidem*.



Em 1790 nasceu na Filadélfia a prisão de Walnut, que se notabilizou por impor a segregação absoluta inicial e o trabalho em comum, mas em silêncio, para os delinquentes que tivessem cometido crimes de menor gravidade. Depois vieram as prisões de Pittsburg (1818) e Cherry Hill (1829), que adotaram o sistema de completo isolamento, o chamado solitary system, através do qual o condenado permanecia recluso dia e noite sem qualquer contato com o mundo exterior. No ano de 1828 foi construída em Auburn, no Estado de Nova Iorque, uma prisão que adotou um sistema mais ameno, o chamado silent system e que permitia que o sentenciado trabalhasse em comum com os demais presos, porém em completo silêncio. O isolamento noturno permanecia. Alexandre Maconochie publicou em 1838 uma obra, *Thoughts on Convict Management*, onde preconizava uma espécie de pena indeterminada em que a duração da reprimenda e as condições da própria reclusão se modificariam conforme o comportamento do condenado. Na medida em que ia trabalhando, o condenado recebia pontos que somados até atingir um certo número, implicaria em sua libertação. A duração de sua pena, pois, em suas mãos. (1997, p. 33-34)

Guilherme de Souza Nucci<sup>25</sup> assim descreve a prisão de Auburn:

[...] Preocupava-se, essencialmente, com a obediência do criminoso, com a segurança do presídio e com a exploração da mão-de-obra barata. Adotou a regra do silêncio absoluto, voltado ao controle dos condenados, mas fomentou, [...] o trabalho do preso durante o dia. [...] Esse sistema de privação de liberdade, com trabalho imposto aos condenados, também tinha a finalidade de sustentar o capitalismo, com mão-de-obra barata e sem o poder de reivindicação dos trabalhadores livres [...]

Guilherme de Souza Nucci ainda acrescenta falando sobre o sistema progressivo:

Não é demais ressaltar, ainda, o surgimento do sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade na Europa. Mencione-se a colônia penal de Norfolk, ilha situada entre a Nova Zelândia e Nova Caledônia, em 1840, onde o capitão inglês Maconochie distribuiu vales ou marcas aos condenados, conforme o seu comportamento e rendimento no trabalho, de modo a alterar positivamente a sua condição, podendo diminuir a pena. Era possível passar do sistema inicial de isolamento celular diurno e noturno, com árduo trabalho e pouca alimentação, para um trabalho em comum, em silêncio, com isolamento noturno. O terceiro estágio era o da liberdade condicional. Foi transporto, em face do seu sucesso, para a Inglaterra. (2009, p. 68)

No Brasil, adotou-se, em 1984, um regime progressivo, mas não igual ao sistema progressivo inglês. O regime adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro consiste numa forma progressiva de execução da pena, como se pode verificar na disposição contida no art. 33, §2º, do Código Penal<sup>26</sup>, segundo o qual as penas privativas de liberdade serão executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Outro dispositivo que também faz referência ao sistema progressivo é o art. 112 da Lei de Execução Penal<sup>27</sup>, *in verbis*:

Artigo 112- A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Damásio de Jesus<sup>28</sup> explica:

No caso de iniciar o condenado o cumprimento de pena em regime fechado, há os seguintes estágios:

1º) trabalho em comum no período diurno e isolamento noturno (art. 34, §§1º a 3º); 2º) transferência para os regimes semiaberto e aberto, sucessivamente (art. 33, §2º, e 40); 3º) livramento condicional (art. 83).

<sup>24</sup> *Idem*, p. 33-34.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

<sup>26</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2 848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7 210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.

<sup>28</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565-566.





É necessário ainda esclarecer que a Lei de Execução Penal adotou o sistema da remição. De acordo com este sistema, o sentenciado, que cumpre a sanção penal em regime fechado ou semiaberto, poderá remir parcela do período determinado para cumprimento da pena pelo trabalho ou pelo estudo, conforme previsão constante nos artigos 126 a 130 da lei em comento<sup>29</sup>, *in verbis*:

Artigo 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º. A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Artigo 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Artigo 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

Artigo 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos.

Artigo 130 - Constitui o crime do Artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

Dentro deste contexto, é fundamental acrescentar que a Lei 12 433 de 2011, expandiu o direito à remição, através do estudo, para os condenados que cumprem pena em regime aberto ou em livramento condicional.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7 210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.



Damásio de Jesus<sup>30</sup> também se manifesta neste sentido:

A lei de execução penal adotou o sistema de remição, pelo qual o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho ou pelo estudo, parte do tempo de execução da pena (arts. 126 a 130). De ver que a Lei n. 12433, de 2011, ampliou consideravelmente o alcance do instituto da remição, estendendo-o, quando fundada no estudo do sentenciado, não só para os regimes fechado e semiaberto, mas também para o regime aberto e para o livramento condicional.

É salutar mencionar que para alguns doutrinadores, a prisão não é a medida adequada para acabar com a criminalidade, chegando os mesmos a fazerem inúmeras críticas em relação a pena privativa de liberdade.

Gilberto Ferreira<sup>31</sup> cita algumas dessas críticas:

[...] Argumentam que a prisão não reeduca, antes corrompe; não evita a reincidência, senão que a estimula. Seus defeitos são inúmeros: a) retira da sociedade homens com força de trabalho para produzir; b) retira da família o seu chefe, deixando-a acéfala, bem como, sem qualquer amparo; c) gera criminalidade indireta, na medida em que, preso o chefe de família, crescem os filhos na miséria e na marginalidade, tornando-se novos criminosos; d) aniquila a saúde e a personalidade.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à situação prisional no Brasil, a qual cada vez está pior, seja em virtude do aumento crescente da população carcerária, seja em razão da falta de higienização, sendo que em algumas prisões, os condenados vivem em condições subumanas, não havendo possibilidade de serem reeducados.

Neste contexto, assim fala Gilberto Ferreira<sup>32</sup>:

Naturalmente que essa superpopulação carcerária gera, por si, um infindável número de problemas que culmina por inviabilizar o sistema para o fim de obter os objetivos da pena. Os presos são entulhados em cubículos, onde mal podem se mover. Numa mesma cela muitas vezes se agrupam homicidas, estelionatários, estupradores, ladrões, traficantes. A promiscuidade física e sexual é generalizada. [...]

Neste contexto, Guilherme de Souza Nucci<sup>33</sup> se expressa da seguinte forma:

Como fatores de ineficácia da prisão, cita-se o ambiente carcerário a autêntica antítese da comunidade livre, não permitindo qualquer trabalho útil de ressocialização, até por que a pena estigmatiza. Além disso, na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas não permitem a concretização da meta de reabilitação do sentenciado. O fator da prisionalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais, embora nunca se tenha estabelecido, com precisão, qual o real alcance exercido pela prisão sobre cada detento, mesmo porque cada um reage diferentemente ao cumprimento da pena.

Em virtude disso, é que foram criadas medidas alternativas para substituir a penas privativas de liberdade, a exemplo das penas restritivas de direito e da pena de multa citadas anteriormente.

<sup>30</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566.

<sup>31</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 35-36.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.



## 9 APORTE FINAL

Na presente pesquisa, foi possível analisar diferentes teorias acerca da pena, desde a teoria do Abolicionismo Penal, que prega a descriminalização e a despenalização como solução para o sistema penitenciário brasileiro, sob a justificativa de que a aplicação da pena privativa de liberdade não estaria reduzindo os índices de criminalidade nem a impunidade.

Há também a teoria do Direito Penal Máximo, totalmente oposta a anteriormente descrita, preconizando que o crime deve ser punido com severidade, para que o infrator não volte a delinquir, e a punição sirva de exemplo para a sociedade, prevenindo a ocorrência de crimes.

Além disso, entre a teoria do Abolicionismo Penal e a teoria do Direito Penal Máximo, há a teoria do Garantismo Penal, numa posição intermediária, a qual é pautada na estrita legalidade, com a finalidade limitar a função punitiva estatal, no intuito de evitar penas desumanas e degradantes. Sendo que esta teoria traz garantias penais e processuais, reafirmando as garantias previstas no Texto Constitucional.

Em contrapartida ao Garantismo Penal, há o Direito Penal Penal do Inimigo, o qual objetiva segregar os cidadãos que não respeitam os direitos individuais e, por isso, não merecem as garantias fundamentais asseguradas aos demais cidadãos, devendo as punições serem severas.

Neste contexto, é válido mencionar que o nosso ordenamento jurídico apresenta algumas características do Direito Penal do Inimigo, a exemplo do regime disciplinar diferenciado, a prisão preventiva, a lei de crimes hediondos e a lei de lavagem de capitais.

Outra teoria em destaque é a Política da Aplicação da Pena Mínima, a qual consiste na aplicação da pena no patamar mínimo que por sua vez acaba violando o princípio da individualização da pena, ao padronizar a pena, sem levar em consideração as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não atingindo assim, o propósito da reprovação e prevenção do crime.



## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena-causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**, Alice Bianchini, Antônio Garcia-Pablos de Molina, Luis Flávio Gomes. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. V. 1., 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e de seus critérios de aplicação**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto -lei nº 2 848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7 210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 84427/RJ. Matéria criminal. Penal – Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes (Lei 6.368/76 e DL 78.992/76) – Tráfico. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª. Turma. j. 28.02.2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,principios-penais-constitucionais-e-o-principio-da-insignificancia-aplicado,35397.html>> Acesso em 14 de maio de 2014.
- BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.1: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. Parte geral. v. 1, ed. (rev. e atual.) São Paulo: Saraiva, 2005. (v.1)
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. v. 1., Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO NETO, Inacio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal -Curso Completo**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade**. 15 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3 ed., São Paulo: Ícone, 2002.
- FEDELI, Mario. **Temperamento. Caráter. Personalidade. Ponto de vista médico e psicológico**. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 1997.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. 25 ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl., Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAZ, Néelson. **Dosimetria da pena**. In: RT 680/318, junho. 1992



GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito\\_penal\\_inimigo\\_luiz\\_flavio\\_gomes.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf)> Acesso em: 10 de maio de 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal – parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito penal. Parte geral**. 21 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. (v.1).

LEAL, João José. **Direito Penal -Parte Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Atual. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. v. 3 e 4, Campinas: Millenium, 1999.

MASSON. Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. v.1., 3 ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal-Parte Geral**. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal: parte geral**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do Código Penal. 25 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA. Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 5 ed. Nitéro: Impetus, 2008.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral- art. 1º a 120. v.1., 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos fins da pena: breves reflexões**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1, n. 00, 2004, p. 123-146.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. v.1., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal - parte geral**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA. Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed., Campinas: Bookseller, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.