

**PENAS EM ESPÉCIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**  
**BRASILEIRO: ALTERNATIVAS PARA UMA REAÇÃO PENAL**  
**PROPORCIONAL**

**Láhria Sthéfani Mota Moreira Pinto.** Advogada. Formada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - U.E Lorena, Pós- Graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E Lorena, Pós – Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E Lorena, Aluna 5 Estrelas Unisal 2009, Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil Subsecção de Cruzeiro – SP.

**Orientador: Eduardo Luiz Santos Cabette,** Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós – graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Graduação e na Pós – graduação da Unisal.

**Introdução:**

Quando da violação de um bem jurídico penalmente tutelado, tem-se que o Estado em sua atividade jurisdicional, tem como principal função, aplicar àquele que figura como réu, ou seja, violador de direitos, determinadas penalidades devidamente autorizadas pela lei brasileira.

Dessa forma, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XLV, procurou trazer de maneira não exaustiva, quais as penas adotadas no sistema jurídico nacional, onde ao exprimir a vontade legislativa, determinou que:

**Artigo 5º XLV:** A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Vê-se com isso, que o constituinte originário, procurou admitir no sistema jurídico brasileiro, penas que não fixavam tão somente a punição corpórea daquele tido por réu, uma vez que desde o ano de 1984 com o advento da lei 7.210 (execução penal), já havia por parte dos legisladores nacionais a fomentação das penas tidas por alternativas, abrindo assim ao julgador, um leque de possibilidades na aplicação das sanções.

Foi, porém no ano de 1998, que as penas alternativas ganharam mais duas modalidades, totalizando agora cinco, as quais se encontram devidamente previstas no artigo 43 do Código Penal, sendo elas:

- I- prestação pecuniária;
- II- perda de bens e valores;
- III- prestação de serviço a comunidade;
- IV- interdição temporária de direitos;
- V- limitação de final de semana;

Assim, pode-se dizer que nos dias atuais conjugando texto constitucional com a lei infraconstitucional de natureza penal, três são as modalidades de penas no sistema jurídico nacional, a saber: Pena Privativa de Liberdade, Pena Restritiva de Direitos ou Alternativas e por fim, Pena de Multa, as quais serão estudadas nesse momento.

### **1 – Das Penas Privativas de Liberdade:**

Quando da pena privativa de liberdade, tem-se que a mesma pode ser dividida em três espécies, sendo duas trazidas pelo Código Penal no artigo 33 (reclusão e detenção), e uma trazida pela Lei de Contravenções Penais no artigo 6º (prisão simples).

Diante dessa afirmação, por ser a reclusão, detenção e prisão simples, espécies da qual a pena privativa de liberdade é gênero, passa-se nesse momento ao estudo pormenorizado das mesmas.

Antes, porém, interessante se faz mencionar os sistemas penitenciários clássicos, posto que somente na pena privativa de liberdade é que estuda-se os mesmos.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Damásio Evangelista de Jesus, três são os sistemas penitenciários clássicos, a saber: **a)** o de Filadélfia, **b)** o de Auburn e **c)** o Inglês ou Progressivo, onde:

“No sistema de Filadélfia, o sentenciado cumpre a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos.

No sistema de Auburn, durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio junto com os outros, havendo isolamento durante a noite.

No sistema progressivo (ou inglês), há um período inicial de isolamento. Após o sentenciado passa a trabalhar junto com os outros reclusos. Na última fase, é posto em liberdade condicional”<sup>1</sup>.

Isso posto, analisando o direito penal brasileiro, pode-se perceber que a reforma penal de 1984 assim como o Código Penal de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas sim um *sistema progressivo*, no qual o que se busca é a ressocialização do sentenciado, afirmando o artigo 33 §2º do Código Penal e 112 da Lei de Execução Penal que:

“**Art. 33§ 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”.

---

<sup>1</sup> JESUS. Damásio Evangelista. Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 521

“**Art. 112 da lei 7209/84:** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver 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”

Dessa forma, para que haja uma progressão, deve-se passar do sistema mais rigoroso para o menos rigoroso, já que o contrário seria regressão, onde a forma mais rigorosa de se cumprir a pena privativa de liberdade se encontra na reclusão, que por uma questão lógica será a primeira a ser estudada.

Sendo assim:

**Reclusão:** Analisando a origem etimológica da palavra reclusão, tem-se que a mesma advém do latim *reclusio*, de *recludere*, sendo sempre indicado na terminologia penal, como sinônimo de prisão com isolamento, exprimindo como salienta De Plácido e Silva<sup>2</sup> o encarceramento, o fechamento ou o encerramento em cárcere.

Por essa razão, o Código Penal quando do tratar da referida matéria estipulou em seu artigo 33 primeira parte, a seguinte determinação: “*A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto” (grifo nosso).*

O regime fechado conforme preconiza o artigo 33, § 1º do referido *codex*, tem como principal característica o cumprir da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. Tal característica se dá por um conjugado de fatores que não só a violência do crime praticado, mas também por um critério pré- estabelecido no artigo 59 do Código Penal, ou seja, um critério trifásico.

Nesse sentir, se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando do HC 77.714-8SP:

“A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos jurídicos, traduz-se na escala penal a ele cominada e, em concreto, na pena aplicada: por isso, é inadmissível a imposição de **regime mais severo** que o correspondente, em princípio, à pena aplicada quando fundada **apenas na**

---

<sup>2</sup> SILVA. De Plácido, Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1.163

**avaliação judicial subjetiva da gravidade em abstrato do crime praticado**, critério que alguns tribunais vêm adotando sistematicamente sempre que se trate de roubo com causas especiais de aumento da pena: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal”.(grifo nosso)

Também a referida corte, simulando tal entendimento, determinou na súmula 718, o seguinte: “*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui a motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*”.

Concluiu-se dessa forma, que o critério para aplicação do regime fechado, se além ao *quantum* da pena aplicada cumulado com questões relacionadas ao subjetivismo do agente causador do crime.

Isso posto e passando ao que segue, determina o artigo 33 §2º do Código Penal, que:

“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”.

Diante desse artigo, três considerações podem ser feitas, a saber: **a)** o condenado primário, só responderá pelo crime praticado em regime fechado se sua pena for superior a oito anos; **b)** o condenado reincidente, *in contrario sensu*, independente da pena aplicada, iniciará o cumprimento da mesma em regime fechado; **c)** todos os condenados, independentemente do crime praticado, fazem jus à progressão de regime conforme afirma e determina o artigo 112 da Lei 7.210/84 e o artigo 2º § 2º da Lei 8.072/90 devidamente alterado pela Lei 11.464/2007, não se esquecendo, porém que o próprio artigo 33 §4º do Código Penal, quando de sua imposição, traz uma regra

específica com relação aos crimes praticados contra a Administração Pública, onde nesses casos, à progressão do regime, além das regras pré- estipuladas nos artigos anteriormente citados (112 da LEP ou 2º §2º da lei 8.072/90) se encontra inteiramente vinculado a reparação do dano causado pelo agente ou a devolução do produto do ilícito praticado pelo mesmo.

Assim, quando do tema em análise, é no artigo 34 do Código Penal que se encontra as determinações do regime em tela:

**“Artigo 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”.

O *caput* do artigo 34 traz uma determinação, que encontrará sua regular explicação na Lei de Execução Penal, ou seja, o exame criminológico ao qual deve submeter-se o condenado é realizado pela comissão técnica de classificação logo no início do cumprimento da pena, tendo como principal objetivo a elaboração do perfil do sentenciado, assegurando ao mesmo a partir desse laudo, um programa individualizado para a execução da referida pena. (artigos 6º, 7º e 8º da LEP).

Assim, o exame criminológico abrange a parte psicológica e psiquiátrica do condenado, pois concede atenção redobrada a maturidade do mesmo, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações, estabelecer laços afetivos com a família ou terceiras pessoas, grau de agressividade, etc.. tudo isso destinado a um único fim, qual seja, a formação de um prognóstico capaz de determinar a periculosidade do agente e sua possibilidade de novamente delinquir e voltar a vida do crime.

Pode-se ver com isso, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci que:

“O juiz da execução penal, como última voz na individualização executória da pena, precisa ser bem informado para somente assim poder dar a cada um o que realmente é seu por direito e justiça”<sup>3</sup>.

Já com relação ao parágrafo 1º do artigo 34, tem-se que o condenado à pena privativa de liberdade é obrigado a trabalhar conforme sua aptidão e capacidade, sendo essa a determinação dos artigos 31 e 39 V da Lei de Execução Penal.

Esse é um dos reflexos positivos do exame inicial para o cumprimento da pena, pois com ele desvenda-se a aptidão e conhece-se a capacitação do condenado para assim poder destiná-lo ao trabalho mais compatível a suas formações e conhecimentos. Ademais, trata-se de dever do preso que se encontra em regime fechado, o exercício do trabalho durante o dia sendo que a não realização do mesmo quando possível, trata-se de falta grave aos olhos do legislador brasileiro.

Por essa razão salienta Guilherme de Souza Nucci que:

“(...) o trabalho, em vários formatos, é parte importante da execução da pena, razão pela qual é dever do condenado, logo, obrigatório. O Estado não pode forçá-lo a cumprir qualquer atividade, tarefa ou ordem, mediante punição (como por exemplo, a inserção em solitária), mas tem o direito de considerar sua atitude inercial como falta grave (art.50 VI 51, III da LEP). Assim ocorrendo, deixará o preso, no futuro, de receber benefícios, v.g., a progressão para regime menos gravoso”<sup>4</sup>.

Isso posto, quando do regime semi-aberto devidamente tratado pelo legislador ordinário no artigo 35 do Código Penal, tem-se que:

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

---

<sup>3</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008, p.410.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 07

Dessa forma, assim como no regime fechado, deve ser realizado no condenado em regime semi-aberto, exame criminológico de classificação para a devida individualização da pena a ser cumprida, onde nas lições de Guilherme de Souza Nucci:

**“Semi-aberto e individualização:** respeita-se, como requisito básico, dentre outros, a seleção adequada dos presos, colocando cada um próximo a outro com o qual não irá manter desavenças ou trazer litígios ou disputas de outros presídios ou da criminalidade exterior, além de se buscar separar os condenados, conforme a sua aptidão para o trabalho, estado civil e outros pontos comum de interesse. Naturalmente, como em todo estabelecimento penal, deve-se respeitar a capacidade máxima do local, pois, do contrário, a individualização executória da pena sofrerá abalos imponderáveis.”<sup>5</sup>

Passando ao que segue:

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

È a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, o escolhido pelo legislador brasileiro, para o devido cumprimento da pena em regime semi-aberto. Diante disso, regulamentando de maneira mais específica, procurou o referido legislador quando da elaboração da Lei de Execução Penal, também conhecida como LEP, trazer em seus artigos 91 e 92, as seguintes determinações:

**“Artigo 91:** A Colônia Agrícola, industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto”

Assim, procurou o legislador reforçar que o lugar para se cumprir o regime semi-aberto é em alguma das colônias penais acima referidas, posto que, as mesmas são estabelecimentos penais de segurança média, onde pela falta de vigilância e muralhas de

---

<sup>5</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008, p.483.



contensão, pauta-se o legislador em tentar resgatar do condenado o senso de responsabilidade e autodisciplina.

Por essa razão salienta Guilherme de Souza Nucci que:

“È o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência. Enquanto o regime fechado encontra-se superlotado e o aberto é sinônimo de impunidade, nos lugares onde não existe Casa do Albergado, o regime semi-aberto pode representar um alento, ao menos quando a colônia funciona efetivamente dentro dos parâmetros legais”<sup>6</sup>

Passando ao que segue, é no artigo 92 da Lei de Execução Penal que se encontra a possibilidade do condenado em regime semi-aberto, poder ser alojado em compartimento coletivo, isso quando:

- A)** Ocorrendo progressão do regime fechado para o semi-aberto, o condenado com bom comportamento ou demonstrando não mais ser perigoso, já se mostra apto a conviver com outros condenados.
- B)** Quando inicia-se o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Dessa forma, no regime ora estudado, não haverá o isolamento noturno previsto para o regime mais severo, ou seja, o fechado, e durante o dia, o trabalho realizado pelos condenados será em espaço comum, podendo os mesmos circular pela colônia sem as mesmas cautelas que deveriam ter caso estivessem em uma penitenciária.

Diante disso, pode-se concluir que no regime semi-aberto somente poderá ser isolado dos demais condenados, aquele que, por algum ato praticado ao qual devia abster-se, está sendo punido.

---

<sup>6</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008, p. 482.

Uma questão que merece destaque nessa parte do texto é relacionada à superlotação em presídios, colônias penais etc.. que tanto assombram o nosso país, não sendo diferente no regime semi-aberto.

Assim surge a seguinte indagação: Havendo falta de vagas no regime semi-aberto, como ficará a aplicabilidade da pena aos infratores que ali se encontram?

Duas posições surgem com a finalidade de esclarecer tal problema, a saber: *I)* Deve o sentenciado aguardar no regime fechado, pois a sociedade não deve correr riscos por ineficiência do Estado, isso porque, na concepção de tais doutrinadores o regime semi-aberto não é liberal, mas sim prisional; *II)* Deve o sentenciado aguardar a vaga no regime aberto, pois a ineficiência do Estado em gerar vagas no regime semi-aberto não pode ser atribuída ao indivíduo, sendo nesse sentido o posicionamento de nossa Suprema Corte, que no HC76930/SP de 26.03.1999, decidiu da seguinte forma:

“A turma por maioria deferiu *habeas corpus*, para determinar o imediato encaminhamento do paciente a estabelecimento penitenciário adequado a execução de regime semi-aberto, sob pena de, não sendo possível a administração penitenciária executar a presente ordem no prazo de 72 horas, ser-lhe assegurado o direito de permanecer em liberdade, se não estiver preso, até que o poder público providencie vaga em estabelecimento adequado”.

Voltando, para o artigo 35 do Código Penal que regulamenta as regras do regime ora estudado, analisar-se-á nesse momento, as disposições do parágrafo 2º do referido artigo que assim determina:

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

Dessa forma, segundo a lei, é admitido o trabalho externo dos condenados, com as mesmas vigilâncias exigidas para o regime fechado, havendo, porém, uma diferença quanto à possibilidade de saídas temporárias sem a vigilância acima referida quando as

mesmas se derem para a freqüência de cursos supletivos, profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução.

Essas saídas temporárias também ocorrem para que o condenado possa visitar seus familiares ou ainda para participarem de atividades tendentes a estimular seu convívio em sociedade.

Tais benefícios, contudo, não podendo ser diferente, exigem para sua obtenção, o preenchimento de certos requisitos legais, tais como: comportamento adequado do sentenciado, cumprimento mínimo de um 1/6 da pena (se primário) e 1/4 (se reincidente) e por fim, compatibilidade do benefício de saída com os objetivos da pena.

Por derradeiro, analisando o último dos regimes de cumprimento de pena, a saber: o regime aberto, tem-se que o mesmo, tratado no artigo 36 do Código Penal baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

Diante disso, o cumprimento do regime aberto, não se dá em penitenciárias, colônias penais como nos outros regimes, mas sim em casa do albergado, ou seja, prédios situados na zona urbana de determinadas cidades, com aposentos e local adequado para palestras e cursos, não havendo, contudo, qualquer espécie de obstáculo físico tendente a evitar fuga dos presos que ali cumprem suas penas.

Indo além, nas cidades, onde por qualquer razão, não exista, casa do albergado, deve o juiz imediatamente na sentença condenatória estabelecer a prisão albergue domiciliar, sendo essa, a única forma de se evitar, que o sentenciado seja preso e colocado indevidamente em regime diferente daquele que deveria estar desde o momento inicial do cumprimento da pena.

Dessa forma:

“§ 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”

Outra questão importante a ser levantada, se dá quanto à possibilidade de regressão da pena, onde:

“§ 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”

Nesse sentir:

“Quatro são as hipóteses de regressão do regime aberto, a regime mais rigoroso, a saber: a) pratica de fato definido como crime doloso. Nesse caso o melhor a fazer é sustar cauteramente o regime aberto, determinando a colocação do sentenciado em regime fechado ou semi-aberto, conforme o caso, aguardando o término do processo instaurado. Se for condenado consolida-se a regressão, sendo absolvido, o regime será retomado, respeitada a detração; b) frustração dos fins da execução. Trata-se da hipótese de pratica de falta grave, deixando de trabalhar ou até ausentando-se da casa do albergado durante o repouso noturno; c) não pagamento da multa cumulativamente aplicada, podendo fazê-lo. Se o condenado encontra-se no regime aberto trabalhando, intimado a pagar a multa, deixa de efetuar o recolhimento, está obrigando o Estado a promover a execução forçada, o que é incompatível, com o senso de responsabilidade e disciplina exigido pelo regime; d) condenação por crime anteriormente praticado, mas que torne a soma das penas incompatível com o regime (ex.: cumprindo três anos de reclusão em prisão albergue domiciliar, o condenado recebe nova pena de 6 anos. Não poderá permanecer no regime aberto, devendo ser transferido). Lembremos que a regressão pode se dar do regime aberto a qualquer dos regimes mais severos (semi-aberto ou fechado), dependendo das circunstâncias.

Afinal será inconcebível que alguém, inserido no aberto cometesse, por exemplo, um latrocínio e não fosse transferido para o regime fechado. Entretanto há posição em sentido contrário, sustentando que, em caso de regressão, não pode ela ir além do regime estabelecido na sentença condenatória (ex.: se o juiz fixou o cumprimento da pena em regime semi-aberto, passando o condenado depois para o regime aberto, caso haja regressão, ele deve voltar para o semi-aberto, não podendo ir para o fechado) TJM: AgExec 000209/02-SP, 2ªC., rel Lourival costa Ramos, 21.03.2002, v.u, Bol. AASP 2388”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008, p. 340

Seguindo a sistemática do Código Penal, não se pode deixar de falar a respeito do artigo 37 que traz uma regra específica quanto ao regime de cumprimento de pena quando do caso em que figura como sujeito ativo, mulher, já que nesse sentido o legislador tratando os iguais de maneira igualitária e os desiguais igualmente dentre suas desigualdades, assevera que:

**“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”**

Dessa forma, após a análise das questões pertinentes aos regimes de cumprimento de penas, uma observação de suma importância merece ser feita, a saber: Os artigos 38,39 e 40 do Código Penal, se preocupando com a regulamentação da vida do réu como presidiário, estabeleceu em suas normas que todos os presos gozam de direitos e deveres que se encontram cravados na Lei de Execução Penal, sendo no bojo dessa Lei, que se encontra total regulamentação legislativa quanto à possibilidade de regressão e progressão de regimes.

Nesse sentido, Flávio Martins Alves Nunes Júnior salienta que:

“A progressão se dá com a transferência para regime menos rigoroso, após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, e se o comportamento do condenado indicar progressão (art.112 da LEP). A lei 10.763/03 acrescentou o § 4º ao artigo 33 do código penal, determinando que o condenado por crime contra a Administração Pública terá a progressão do regime de cumprimento da pena, condicionado à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, com acréscimos legais.

Na regressão, o condenado é transferido para regime mais rigoroso quando “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave” ou “sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime” (art.118 da LEP) “<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> NUNES JÚNIOR. Flávio Martins Alves, Manual de Direito Penal Parte Geral, Campinas: Booksellers, 2006, p. 169

Outro assunto muito importante que também encontra sua real regulamentação na Lei de Execução Penal é o instituto da *remissão*, que prevê a possibilidade do condenado remir parte do tempo da execução da pena através do seu trabalho, já que se trata de um benefício decorrente da obrigatoriedade do trabalho imposta como um dos deveres do preso, assim, havendo inexistência de trabalho no presídio onde o condenado se encontra, não poderá fazer o mesmo jus à remissão.

Em contrapartida, havendo no presídio possibilidade de trabalho, sendo esse um dever do condenado imposto pela Lei de Execução Penal, deverá o mesmo executá-la, recebendo por isso não somente o benefício supracitado, como também uma remuneração pelo tempo despendido para a consecução da atividade laboral. Caso, no entanto, sofra o condenado mesmo que no exercício da atividade, um acidente ou outra impossibilidade de cunho inevitável por trata-se de força maior, deverá continuar o mesmo, a obter o cômputo do benefício, sendo essa inclusive a determinação do § 2º do artigo 126 da LEP.

O *caput* do referido artigo nos traz que somente os condenados em regime fechado ou semi-aberto poderão fazer jus ao benefício da remissão, já que, aqueles que se encontram no regime aberto, têm por obrigação trabalhar necessariamente fora da casa do albergado, reservando a mesma tão somente para dormir e passar os finais de semana.

Contudo, não é qualquer condenado que se encontra nos referidos regimes que fará jus ao benefício em estudo, isto porque, para a obtenção do mesmo, uma série de requisitos, se farão necessários, a saber:

- I) Três dias de trabalho por um dia de pena;

- II) Apresentar merecimento, auferido através de inexistência de registro de faltas graves no seu prontuário;
- III) Cumprir no mínimo de seis horas diárias e o máximo de oito, com descanso nos feriados e finais de semana
- IV) Apresentar atestado de trabalho fornecido pelo presídio com presunção de veracidade;
- V) Exercer atividade reconhecida pela direção do estabelecimento prisional.

Assim:

“§ 3º - A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público”

Ou seja:

“A remissão decorre de lei, razão pela qual limita-se o magistrado, da execução penal, ouvido o Ministério Público, a declarar remidos “x” dias da pena, em face do atestado de trabalho apresentado pela direção do presídio”<sup>9</sup>.

O instituto da remissão, contudo, nunca poderá ser confundido com o da detração, isso porque, primeiro, este se encontra no Código Penal enquanto aquele em Lei Específica, ou seja, na Lei de Execução Penal, segundo, porque o cerne das mesmas é totalmente diferente, já que a remissão tem aplicabilidade para o condenado em regime fechado ou semi-aberto que trabalha três dias para descontar um dia de pena, enquanto que a detração trata-se de desconto efetuado na contagem do cumprimento de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança, do tempo anterior da pena provisória, sendo inclusive essa a consideração do artigo 42 Código Penal, que prevê:

---

<sup>9</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008, p.510

“**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”

Finalizando, nunca se pode deixar de atentar para o previsto no artigo 75 do Código Penal:

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

Nesse sentido, uma pessoa pode perfeitamente ser condenada a pena superior a 30 anos, não devendo, todavia, cumprir mais do que o limite estipulado na lei, ou seja, os 30 anos, isso se dá pelo fato de que nossa Carta Magna, expressamente em seu artigo 5º inciso XLVII veda por completo as penas de caráter perpétuo.

**Detenção:** a pena ora estudada se mostra diferente da anteriormente abordada, pelo fato de que enquanto esta só pode ser cumprida em regime semi- aberto ou aberto, aquela pode ser cumprida em regime fechado, semi- aberto ou aberto, conforme considerações postas alhures.

Assim, pode-se entender que a espécie detenção, trata-se de pena intermediária, já que aquela tida por mais branda será analisada posteriormente quando do estudo da prisão simples.

Já quanto às análises dos regimes semi- aberto e aberto, remete-se o leitor às considerações já formuladas em momento oportuno quando do estudo da reclusão.

**Prisão Simples:** Destinada as contravenções penais, essa modalidade de prisão é cumprida sem rigor penitenciário em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum.



Assim, cumprida em regime semi-aberto ou aberto, tal modalidade de pena visa acima de tudo: **A)** menos rigor penitenciário; **B)** separação dos condenados à pena de reclusão ou detenção.

Diante disso, é na *Lei de Contravenções Penais* e não no *Código Penal brasileiro*, que se encontra toda a regulamentação da referida modalidade de pena privativa de liberdade.

Nesse diapasão:

“**Artigo 6º da lei 3.688/1941:** “A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou detenção.

§2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede 15 (quinze) dias”

## **2 – Das Penas Restritivas de Direitos:**

A prisão, como alguns institutos jurídicos faliu no seu conceito pedagógico, fazendo com que o legislador brasileiro visse a necessidade de criar novas modalidades de penas, tendentes a real aplicação das mesmas em seu sentido educacional.

Assim, nas palavras de Nilo Batista:

“Trata-se de um movimento denominado fuga da pena, iniciado a partir dos anos 70, onde se verificou com maior evidência o fracasso do atual sistema punitivo brasileiro”<sup>10</sup>

Com isso, as penas alternativas ganharam espaço no sistema penal brasileiro, onde no artigo 43 do atual *codex*, tem-se a definição de quais são as mesmas:

---

<sup>10</sup> BATISTA. Nilo. Alternativas à Prisão no Brasil, *apud*, NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008, p. 355

“**Art. 43** - As penas restritivas de direitos são:

**I** - prestação pecuniária;

**II** - perda de bens e valores;

**III** - (vetado);

**IV** - prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas;

**V** - interdição temporária de direitos;

**VI** - limitação de fim de semana.”

Referidas sanções, no entanto, deverão ser aplicadas de maneira autônoma e substitutiva, já que primeiro aplicar-se-á a pena privativa de liberdade para somente depois ver se encontram preenchidos os requisitos legais exigidos para a substituição legal.

Concluindo assim que as penas alternativas, podem se dar de três naturezas, a saber:

- A) Institucionais** – aquelas que necessariamente devem ser cumpridas em estabelecimentos especiais, destinados único e exclusivamente para esse fim, tendo como exemplo: penitenciárias, casas de internação etc;
- B) Semi-institucionais** – aquelas executadas parcialmente em estabelecimentos detentivos, como por exemplo: limitação do final de semana; e por fim
- C) Não institucionais** – aquelas executadas em plena liberdade, sem vinculação alguma com estabelecimentos prisionais, como exemplo a prestação de serviço a comunidade e a pena de multa.

Com isso, feita essa introdução, adentra-se nesse momento ao estudo de cada uma das referidas modalidades restritivas de penas, onde partindo da classificação, pode-se dizer que as medidas alternativas assim se dividem:

- I- Restritivas de liberdade; como a limitação de fim de semana
- II- Restritivas de direito; como as interdições provisórias de direitos e
- III- Pecuniárias; como a multa e a prestação pecuniária

Dessa forma, quando da análise do artigo 43 do Código Penal, tem-se que nem todas as penas lá esculpadas são restritivas de direitos, isso porque prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana, são penas restritivas de liberdade, fazendo com que o ilustre professor Damásio Evangelista de Jesus, assevere em sua obra Direito Penal, vol. 1, Saraiva, na página 530, melhor seria que o *nomen júrís* do referido artigo fosse “penas alternativas”.

### **2.1 – Natureza das Penas Restritivas de Direitos:**

As penas restritivas de direitos ou alternativas são como posto alhures, penas autônomas, porém de caráter suplementar, isso porque para sua devida aplicação antes deverá o magistrado aplicar a pena privativa de liberdade para só então analisar estarem presente todos os requisitos, capazes de ensejar a devida substituição.

Com isso, passa-se, nesse momento a análise do artigo 44 do Código Penal:

“**Art. 44** - 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 (Acrescentado pela L-009.714-1998) (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, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 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.”

Nesse sentido temos que:

“A aplicação de pena alternativa pressupõe requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade de pena – CP, art. 44, I e §2º) e subjetiva (culpabilidade e circunstâncias judiciais – art. 44, II e III e §3º), atendida a prevenção especial (art.44, III e 59, caput).

Adotado pelo código penal o sistema das penas substitutivas (sistema vicariante), as restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, observando os seguintes princípios e condições: 1º) é necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática do crime doloso, não seja superior a quatro anos; 2º) cuidando-se de crime culposos, qualquer que seja a quantidade da pena detentiva, pode ser substituída por pena restritiva de direito ou multa, desde que presentes as circunstâncias judiciais favoráveis; 3º) é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso; 4º) exige-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da substituição. Essas condições subjetivas e objetivas devem existir simultaneamente”<sup>11</sup>

Quanto ao critério de substituição, o legislador brasileiro se preocupou em expressar o *modus operandi* que deverá seguir o magistrado para a devida atividade, trazendo de maneira objetiva que diante de uma condenação cuja pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição deverá se dar por

<sup>11</sup> JESUS. Damásio Evangelista. Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 533

uma pena restritiva de direitos ou por uma pena de multa, sendo essa multa autônoma, denominada de “multa vicariante”. Se, contudo a pena privativa de liberdade aplicada for superior a 1 (um) ano, deverá a substituição se dar por duas penas restritivas de direitos ou uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa.

## **2.2 – Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Pena Privativa de Liberdade:**

Prevê o artigo 44 §4º, que a pena restritiva de direitos, converter-se-á em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, tendo que se efetuar, quando desse acontecimento, a dedução daquilo que já foi cumprido em caráter restritivo, respeitando, contudo, o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão.

Quando, porém, sobrevier condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal, decidirá conforme estipulado no §5º do artigo 44 supracitado.

Nesse sentir:

*"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 44, § 5º, DO CP E ART. 181, § 1º, ALÍNEA "E", DA LEP. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. SURSIS. REGIME. PRISÃO DOMICILIAR. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

*I - Não há ilegalidade na decisão que determina a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade se, no curso da execução, sobrevém condenação e, com o novo apenamento, exsurge a incompatibilidade de seu cumprimento na forma anteriormente determinada.*

*II - Torna-se impedida esta Corte de examinar as teses não apreciadas pela autoridade apontada como coatora, sob pena de supressão de instância.*

*Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.”* (HC 36.299/SP, STJ, DJ de 21/02/2005) (g.n.)

### **2.3 – Da Prestação Pecuniária:**

Conforme previsto no ordenamento penal brasileiro desde o ano de 1998, quando de sua inclusão, a prestação pecuniária, trata-se de modalidade da qual a pena restritiva de direitos é gênero, consistindo a mesma no pagamento em dinheiro de importância fixada pelo juiz, entre os limites de 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos (artigo 43,I e 45, §1º) a:

- A) vítima;
- B) seus dependentes ou;
- C) entidade pública ou privada com destinação social,

Tem-se com isso, que o valor pago a título de prestação pecuniária deverá ser deduzido de eventual condenação que o réu venha a ter quando da *ação civil ex delicto*, isso claro, se coincidirem os beneficiários.

Isso posto, tem-se que o juiz pode fixar ao condenado, ao invés da prestação pecuniária, a *prestação inominada*, ou seja, a prestação de outra natureza que não seja a monetária, como por exemplo, as famosas cestas básicas que muitas das vezes são entendidas como penas certas no Código Penal, quando na realidade são espécies de penas inominadas, sendo por essa razão que Guilherme de Souza Nucci nos traz que:

“Há de existir cautela redobrada do juiz para impor tal prestação: primeiro, para não transformar uma prestação pecuniária em perda de bens e valores, segundo, para não dar a ela um caráter de transação – algo não admitido, pois não se cuida de crime de menor potencial ofensivo, o que poderia ocorrer caso fosse vulgarizada a prestação oferecida, como, por exemplo, “pintar uma cerca num final de semana”, ou a ser utilizada por ocasião da condenação (quando se ouviria a vítima antecipadamente), terceiro porque a prestação de outra natureza não pode ser algo abusivo, como obrigar o condenado a passar semanas cuidando de crianças em um orfanato, o que fatalmente iria confundi-la com a prestação de serviço a comunidade”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008, p. 365

Deve assim, procurar o magistrado ao aplicar a pena inominada, fazer com que a mesma guarde sintonia com a pena pecuniária, pois somente assim se estará diante da aplicação correta da mesma.

#### **2.4 – Da Perda de Bens e Valores:**

Criada também no ano de 1998, a pena alternativa de perda de bens e valores, se mostra inteligente, pois consiste na perda de parte do patrimônio lícito do condenado, dando-se em favor do Fundo Penitenciário Nacional, tendo como teto o que for maior: **I)** o montante do prejuízo ou, **II)** o provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Por tal razão assevera Nucci que:

“Trata-se assim de uma sanção com caráter confiscatório, levando a apreensão definitiva por parte do Estado, de bens e valores de origem lícita do indivíduo.”<sup>13</sup>

Assim, o patrimônio ilícito do criminoso é perdido automaticamente como consequência da condenação, já o lícito pode se dar como modalidade de pena restritiva de direitos.

#### **2.5 – Da Prestação de Serviço à Comunidade ou Entidades Públicas:**

Essa modalidade de pena restritiva de direitos, já vinha prevista no Código Penal antes mesmo do advento da lei 9.714/98, embora essa última tenha dado àquela uma nova roupagem.

---

<sup>13</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, p. 366

Assim, prevê o artigo 46 do Código Penal:

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

Dessa forma, segundo o *codex* supracitado, a pena ora em análise, tendo em vista sua maior gravidade, quando da comparação com outras penas restritivas, deverá ser destinada somente as condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade, sendo essa inclusive a inteligência da lei 9.714/98.

Nesse sentido:

“Somente após a edição da Lei 9.714/98, que se estabeleceu um piso mínimo para a aplicação da pena de prestação de serviço a comunidade, provavelmente para incentivar o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento – afinal é dificultosa a mobilização para cumprir apenas um ou dois meses de prestação de serviços, escolhendo o local, intimando-se o condenado e obtendo-se resposta da entidade a tempo de, se for o caso, reconverter a pena em caso de desatendimento”.<sup>14</sup>

Diante do exposto, pode-se dizer que a pena em estudo, é restritiva de direitos, porém com conotação de privativa de liberdade, posto que o condenado fica sujeito a recolher-se em entidades públicas ou privadas durante determinadas horas da sua semana, para exercer perante essas, atividades predeterminadas.

Essa colocação, todavia, nos leva a explicação de Sergio Salomão Shecária:

“As penas restritivas de direitos molestem o exercício do direito de liberdade, sem, contudo, retirar o homem do seu convívio social. Eis aí a diferença da pena prisional.”<sup>15</sup>

Assim:

---

<sup>14</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008, p. 367

<sup>15</sup> SHECÁRIA. Sergi Salomão, Prestação de Serviço a Comunidade, **apud** NUCCI. Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008, p.45



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

Ou seja:

“O serviço prestado é gratuito e realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação”

<sup>16</sup>

Dessa forma, quando das atividades prestadas pelo condenado, deverão ser as mesmas realizadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Nesse sentir:

“A Prestação de Serviços à Comunidade, ao contrário da medida de reclusão, permite oportunidades a seu beneficiário, pois o infrator não é privado da sua liberdade e nem deixa suas atividades habituais, ao contrário, ela valoriza-o, proporciona-lhe aprendizado, dando-lhe oportunidades por meio do trabalho ter contato com pessoas habituadas a boas condutas e normas de cidadania, oportunidades de demonstrar habilidades a serem valorizadas e aproveitadas, transformando seu beneficiário de sujeito do crime para um sujeito social consciente da cidadania, enfim, permiti-lhe acesso a serviços públicos por meio do exercício do direito de punir”.<sup>17</sup>

Obviamente as tarefas a serem atribuídas ao condenado, devem ser compatíveis com suas aptidões, sendo essa inclusive a redação do § 3º do artigo 46:

“As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado...”

---

<sup>16</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Código Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 123

<sup>17</sup> GUNDIM, Marcela Maria Fraga. A importância da prestação de serviços a comunidade no contexto das penas alternativas, disponível em [HTTP://www.direitonet.com.br/artigos](http://www.direitonet.com.br/artigos), acesso em 26.10.10.

Assim, transitada em julgado a sentença, o juiz da execução designará a entidade ou programa comunitário ou estatal devidamente credenciado ou conveniado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com suas aptidões, intimando-o e cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

A execução das atividades supracitadas terá início, no entanto, a partir da data do primeiro comparecimento do condenado ao local determinado, cabendo a entidade beneficiada, encaminhar mensalmente ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como a qualquer tempo, comunicação sobre a ausência ou falta disciplinar do mesmo.

Deve-se atentar, todavia, para o predisposto no § 4º do artigo 46:

“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.”

Dessa forma:

“Diz o código penal que, se a condenação for superior a um ano, portanto, trezentos e sessenta e cinco horas de prestação de serviços, é facultado ao condenado cumprir a pena em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Explicamos: a pena restritiva de direitos deve durar o mesmo tempo da privativa de liberdade. Por exemplo, se o réu foi condenado a um ano de prisão, deve cumprir as trezentos e sessenta e cinco horas de serviços à comunidade no período de um ano. Todavia, se a sua condenação foi a quinhentos dias, por exemplo, poderá cumprir essa pena em menos tempo, desde que não seja inferior a metade da pena privativa de liberdade”<sup>18</sup>

Por fim, poderá a prestação de serviços à comunidade vir a ser convertida em pena privativa de liberdade quando, além das causas já mencionadas o condenado:

---

<sup>18</sup> NUNES JUNIOR. Flávio Martins Alves, Manual de Direito Penal, Campinas: Booksellers, 2006, p. 182

- a) Não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) Não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) Recusar-se, injustificadamente, a prestar serviço que lhe foi imposto, e
- d) Praticar falta grave.

## **2.6 – Da Interdição Temporária de Direitos:**

De acordo com o artigo 47 do Código Penal, são interdições temporárias de direitos:

- 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 freqüentar determinados lugares.”

Assim, entendendo pela inviabilidade das referidas modalidades de interdição, tem-se a lição de Guilherme de Souza Nucci, onde para o mesmo:

“As modalidades de penas previstas no artigo 47 do Código penal (proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandatos eletivos; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos, proibição de freqüentar lugares) são totalmente dissociadas dos propósitos regeneradores da pena, pois qual a utilidade de se proibir o condenado de exercer uma profissão ou atividade lícita? Nenhuma. Se ele errou no exercício da função, certamente deve pagar pelo que fez, mas jamais com a imposição estatal de não poder se auto sustentar. Caso o erro seja muito grave, deve deixar o cargo, a função, a atividade, o mandato, o ofício ou a profissão **em definitivo**. A proibição temporária é mais severa, pois implica em desorientação e desativação da vida profissional, seja ela qual for, por um determinado período, vale dizer, não se parte para outro foco de atividade de uma vez por todas, porém, não se sabe se haverá condições de retornar ao antigo posto com dignidade. Imagine-se o médico que seja obrigado a permanecer um ano sem exercer a atividade profissional. Ele fecha o consultório, dispensa os pacientes e faz o que da vida? Sustenta a si e a sua

família de que modo? Não se tem notícia de sucesso nessa jogada do Estado para punir crimes cometidos no exercício profissional. Por outro lado, passado um ano, como esse médico terá condições de reabrir o consultório e reativar sua antiga clientela? É humanamente impossível tal proeza, mormente em cidade do interior, onde todos conhecem o que se passa e torna-se inviável ocultar o cumprimento da pena. Se ele for obrigado a mudar de cidade para retomar sua vida recree-se a pena de banimento indireto ou mesmo de ostracismo<sup>19</sup>, o que é cruel.”<sup>20</sup>

Em sentido contrário ao posto por Nucci, a seguinte jurisprudência:

“(…) No tocante à pena de interdição temporária de direitos, consistente em proibição do réu exercer sua função pública junto ao SUS pelo mesmo prazo da condenação, vejo que a mesma merece ser alterada, **não porque a mesma é inconstitucional, ferindo o direito do trabalho do cidadão**, mas porque tenho que não é a maneira mais correta de se atender a finalidade da pena, que visa a prevenção e reprovação do delito, havendo outra pena restritiva que melhor se adequará a esta finalidade (…).” (APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.05.146431-4/001 - COMARCA DE MONTES CLAROS - APELANTE(S): CARLOS ANTONIO DE ALMEIDA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATORA: EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. MARIA CELESTE PORTO)

Passando ao que segue quanto ao inciso III do mesmo artigo, entende-se pela sua derrogação, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro regulou completamente a pena de suspensão ou proibição de dirigir veículos, restando unicamente à possibilidade do juiz determinar com base no Código Penal a suspensão da **autorização**, pois a mesma não fora prevista na Lei de Trânsito.

Prevê por fim, o inciso IV, a proibição do condenado de freqüentar determinados lugares, lugares esses que guardam certa relação com o crime.

Tal inciso, assim como os outros, foi alvo de críticas por parte da doutrina, tendo como alegação principal a dificuldade de fiscalização do condenado, já que o mesmo se encontra em regime aberto.

<sup>19</sup> De acordo com o Dicionário Ediouro, a palavra ostracismo significa afastamento, exclusão. XIMENES. Sergio. Minidicionário da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Ediouro, 2006, p.684

<sup>20</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8<sup>a</sup> ed, São Paulo: RT, 2008, p.369

Finalizando, tem-se que as penas de interdição, assim como as demais penas alternativas, devem ser cumpridas em sua integralidade da maneira posta pelo magistrado, quando da sentença, sendo que o desrespeito ao ali imposto judicialmente, será comunicado imediatamente ao juiz das execuções, que promoverá a sua conversão em pena privativa de liberdade.

### **2.7- Da Limitação de Fim de Semana:**

A limitação de fim de semana conforme ensina-nos o artigo 48, *caput*, do Código Penal, consiste na obrigação do condenado permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias na casa do albergado ou outro estabelecimento adequado.

Durante essa permanência, salienta o parágrafo único do artigo em tela, que poderão ser ministrados ao condenado, cursos e palestras ou vir a ser atribuída ao mesmo, atividades educativas.

Inexistindo, porém, local adequado, ou seja, casa do albergado, ou outro estabelecimento apto a reter o condenado por 5 horas durante o final de semana ministrando-lhe as referidas palestras, cursos ou atividades educativas, deverá ser essa pena evitada, para não gerar franca impunidade.

Nesse sentido:

“Não é de se admitir que, nos moldes do regime aberto, a cumpra o sentenciado em seu próprio domicílio (prisão albergue domiciliar), pois totalmente inexecutável, por falta de fiscalização e adequação as finalidades das penas”<sup>21</sup>

“Regime aberto em residência particular *Habeas corpus* indeferido por não satisfazer aos pressupostos estabelecidos no art. 117 da Lei nº 7.210/84” (STFHC 66.594/RJ. Relator: Ministro Octavio Gallotti. *DJ*, de 7 out. 1988).”

---

<sup>21</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 370

“O Supremo Tribunal Federal, pelo seu plenário, decidiu no sentido de que a prisão-albergue domiciliar somente pode ser concedida nas hipóteses descritas no art. 117 da Lei nº 7.210/84, HC 68.118/2” (STF-HC 69.119-6. Relator: Ministro Carlos Velloso. *DJ*, de 29 maio 1992).

“O recolhimento do condenado em residência particular só é compatível com o regime aberto e de acordo com as 4 (quatro) hipóteses do art. 117 da LEP (Lei nº 7.210/84) (STF-HC 69.176-5. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJU*, de 23 nov.1992)”.

Por tal razão, conforme preleciona Damásio Evangelista de Jesus:

“Quando não for possível, pelas condições materiais da Comarca, a execução da pena de limitação de fim de semana, o juiz deverá proceder à concessão de sursis”<sup>22</sup>

Em sentido contrário, encontra-se a seguinte jurisprudência:

“Processual penal. Execução. Progressão. Regime aberto. Inexistência de casa de albergado.

1. É admissível a prisão domiciliar na falta de estabelecimento próprio, Casa de Albergado, necessário ao cumprimento da pena em regime aberto”.

“Processual penal. Execução. Inexistência de casa de albergado. Cumprimento da pena em prisão domiciliar. Possibilidade.

1. 1 Inexistindo Casa de Albergado ou estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto, o condenado tem direito de cumpri-la em regime de prisão domiciliar.

2. Aplicação analógica da LEP, art. 117” (Resp. 120.600/DF. Relator: Ministro Édson Vidigal. *DJ*, de 18 ago. 1997).

Para finalizar, tem, que se o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena ou recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz, à limitação de fim de semana será convertida em pena privativa de liberdade.

## **2.8- Penas Restritivas de Direitos quando da Lei 11.343/2006.**

<sup>22</sup> JESUS. Damásio Evangelista. Direito Penal, 1º Volume - Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 540

A lei 11.343/2006, conhecida popularmente como a nova lei de drogas, trouxe quando de seus artigos 33, § 4º e 44 que:

“**Art. 33, §4º:** Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (grifo nosso).

“**Art. 44:** Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. (grifo nosso).

Assim, procurou expressamente o legislador brasileiro trazer uma limitação a atuação jurisdicional quando da individualização da pena, proibindo de modo taxativo, ainda que preenchido os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade a conversão da mesma, em pena restritiva de direitos.

A referida atitude legislativa, veio com o objetivo de solucionar uma questão que se fazia presente quando do interstício temporal de 1998 a 2006, a saber: Seria possível com o advento da lei 9.714/98 substituir quando do preenchimento dos requisitos, a pena privativa de liberdade no crime de tráfico de drogas pela pena restritiva de direitos?

A doutrina digladiava a respeito do referido tema, havendo adeptos pela possibilidade e pela impossibilidade da referida substituição.

Foi assim que no ano de 2006, com o advento da lei 11.343/06, que trouxe o legislador infraconstitucional de forma clara e objetiva, a vedação da substituição da pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direitos quando do crime de tráfico.

Posições doutrinárias existiam no sentido de entender pela inconstitucionalidade da referida medida legislativa, tendo referido posicionamento ganhado força quando da lei 11.464/07.

Assim, se posicionou Luiz Flavio Gomes, quando de seu livro “Lei de Drogas Comentadas” no sentido de que:

“Antes de lei 11.464/07, muito se discutia a possibilidade (ou não) da concessão das penas restritivas de direitos para crime hediondo ou equiparado. Para considerável parcela da doutrina, apesar de não haver proibição expressa, o regime integralmente fechado tornava inviável a concessão do benefício (proibição implícita). Essa discussão perdeu importância, vez que hoje, com o advento da lei 11464/07, o regime integral fechado foi abolido, desaparecendo com ele o ventilado óbice. Contudo, havendo na lei 11.343/06 a proibição expressa de restritivas de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício somente para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O artigo 44 da lei 11.343/06 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial derroga a geral) , parece-nos que restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico é ferir de morte o princípio da isonomia”.<sup>23</sup>

Guilherme de Souza Nucci, em sentido contrário assim se manifestou:

“A partir da lei 11.343/06, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no artigo 44, caput dessa Lei, por restritivas de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas”.<sup>24</sup>

Embora essa questão ainda possa se mostrar bastante divergente até os dias atuais, recentemente quando do HC número 97.256, decidiu o Supremo Tribunal Federal, pela possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade no crime de tráfico de drogas, para a pena restritiva de direitos, julgando assim, a inconstitucionalidade parcial dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06. Referida decisão embora não produza efeitos “erga omnes”, se mostra como precedente capaz de antecipar futuras decisões proferidas pela Suprema Corte.

---

<sup>23</sup> GOMES. Luiz Flávio; BIANCHINI. Alice; CUNHA. Rogério Sanches; OLIVEIRA. William Terra. Lei de Drogas Comentada, São Paulo: RT, 2007, p. 233/234

<sup>24</sup> NUCCI. Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Comentadas, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008, p.351



O julgamento pela inconstitucionalidade dos referidos artigos, se pautou exatamente naquilo que Guilherme de Souza Nucci entendia como não violado, a saber: *O princípio da Individualização da Pena*.

Isso posto, o **Senhor Ministro Cesar Peluso (Presidente)**, quando de seu voto, no HC “*in comento*” se manifestou da seguinte forma:

“A meu ver, há ofensa com o devido respeito, ao artigo 5º, XLVI, da Constituição, porque o ordenamento jurídico demonstra claramente que hospeda um sistema de alternativas condicionadas de penas. Ou seja, o sistema prevê como tal uma série de penas condicionadas a um conjunto de requisitos, diante dos quais o Juiz deve decidir pela aplicação da pena adequada ao caso concreto.

Ora a lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir a escolha judicial pela só referencia a natureza jurídica do crime. Por quê? “Porque a natureza do crime não compõe o âmbito dos critérios da individualização da pena.”

Indo além, assim, continuou:

“... ela introduz um fator que não compõe o âmbito dos critérios de individualização, ou seja, impede o Juiz de fazer a individualização “

O que se deve extrair dessa decisão do Supremo Tribunal Federal é que:

“o Poder Político (Legislativo + Executivo), navegando uma vez mais pela onda do populismo penal, que defende como bandeira o rigor penal para a “solução” dos problemas graves do país, cometeu excesso —como bem sublinhou o Ministro Celso de Mello. Foi além do que podia quando proibiu penas substitutivas, alternativas, para “todos” os delitos de tráfico de drogas. O poder de “fabricar leis” é limitado. O legislador ordinário já não pode escrever nas leis tudo que lhe vem à cabeça.

No tempo do legalismo, primeiro paradigma do direito moderno, que surgiu no século XIX para a proteção da burguesia ascendente, o poder político podia tudo. Os juízes, eunucos que eram (alguns ainda assim se comportam, em pleno século XXI), nada faziam contra as leis. Eram servos da lei. Confundia-se a lei com o direito. Na era da pós-modernidade vigoram também outros paradigmas do direito: o constitucionalista, o internacionalista e o universalista.

Agora, nem tudo que o legislador escreve vale. Seu texto já não é bíblico. A lei aprovada pelo poder político se torna vigente, mas não vale; é fundamental distinguir a vigência da validade da lei, conforme Ferrajoli.

O legislador da Lei 11.343/2006 agiu com muita lucidez ao distinguir, no artigo 33, os vários tipos de traficantes: pequeno, médio e grande. Mas na hora de estabelecer o regime sancionatório para eles se perdeu na irracionalidade e na irrazoabilidade. Tratou todos igualmente e rigorosamente. Violou o princípio da igualdade, porque os desiguais devem ser tratados desigualmente (Rui Barbosa)<sup>25</sup>.

Discordando, da referida decisão, mostra-se José Theodoro Correa de Carvalho,

*in verbis*:

“Os argumentos utilizados pela corrente vencedora são no sentido de que a Constituição Federal, no inciso XLIII do art. 5º (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”), embora tenha habilitado a lei para completar a lista dos crimes hediondos, a ela impôs um limite material, qual seja, a não concessão dos benefícios da fiança, da graça e da anistia para os que incidirem em tais delitos. Assim, enfatizou-se que a própria norma constitucional cuidou de enunciar as restrições a serem impostas àqueles que venham a cometer as infrações penais adjetivadas de hediondas, não incluindo, nesse catálogo de restrições, a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o que impediria a referida proibição. Também utilizam como razão de decidir o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), que, conforme alegam, não permitiria que a lei, objetivamente, retirasse das mãos do julgador do caso concreto o poder de deliberar sobre a substituição (Informativo STF n.º 579).

---

<sup>25</sup> GOMES. Luiz Flavio, *Penas Substitutivas no Tráfico de Drogas e o Populismo Penal Midiático*, disponível em: [HTTP://ultimainstancia.uol.com.br/colunas\\_ver.php?idConteudo=63807](http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63807), acesso em 27.10.10.

Reputou-se que a garantia da individualização da pena somente seria violada se o legislador estivesse impedido por completo de realizar a individualização judicial nos crimes hediondos em pelo menos um de seus dois momentos: o da aplicação da pena prevista na lei pelo juiz sentenciante e o da execução e cumprimento da reprimenda pelo condenado. Assinalaram, nesse sentido, que a proibição legal da substituição da pena no delito de tráfico, referir-se-ia apenas a uma diminuição da esfera de atuação judicial na cominação da reprimenda e que não se extinguiria a possibilidade de individualização judicial na fase de sua aplicação. Aduziu-se que o legislador teria legitimidade para estabelecer limites mínimos e máximos à atuação judicial, na imposição da pena em concreto, e que, por tal motivo, a lei penal poderia impor tanto as penas previstas no art. 5º, XLVI, da CF — tais como, penas privativas de liberdade e restritivas de direitos — quanto outras ali não abarcadas, à exceção das penas constitucionalmente proscritas (art. 5º, XLVII). Concluíram que a garantia da individualização da pena não constituiria impedimento a outras vedações legais e que, se abstraída em demasia, culminaria em situação na qual o legislador não poderia instituir pena alguma, competindo ao juiz individualizar a sanção penal de acordo com o seu julgamento no caso concreto dentre aquelas estabelecidas exclusivamente na Constituição (Informativo STF n.º 597).

O que merece registro, e é digno de pesar, é que o Supremo Tribunal Federal, sendo um órgão político, tenha se afastado dos interesses da coletividade ao tratar do tema.

Não parece razoável adotar o ponto de vista exposto pelo STF e permitir que os pequenos traficantes retornem às esquinas das cidades brasileiras, agravando o problema de saúde pública que as drogas representam. Quantos jovens e famílias precisam se perder no mundo das drogas para que os Ministros do Supremo percebam a gravidade e as implicações de suas atitudes e decisões?

As penas alternativas foram criadas e ampliadas para casos leves em que um cidadão ordeiro qualquer se envolva ocasionalmente em um delito, sem que nunca tenha praticado ou venha a ter qualquer outro envolvimento com a criminalidade, como poderia ser uma briga entre vizinhos ou um fato isolado no trânsito, etc. Nesses casos, a pena alternativa serve inclusive para evitar que o relacionamento pernicioso do cárcere venha a induzi-lo à prática de outros delitos. No caso do tráfico, por seu turno, o pequeno traficante já é pessoa envolvida com a criminalidade e aplicar-lhe uma pena alternativa de doação de cestas básicas ou de prestação de serviços em uma escola ou hospital públicos em nada contribuirá para reprimir e prevenir sua atuação. Como foi afirmado anteriormente, a regra usual é que o pequeno traficante faça parte de uma rede de produção e distribuição de droga, sendo o tráfico de drogas o paradigma mais perfeito do que vem a ser a criminalidade organizada.

Pode-se, então, concluir pela inaplicabilidade corriqueira da substituição da pena privativa de liberdade no caso de tráfico de drogas, pelos seguintes fundamentos:

1. A pena mínima do tráfico de drogas é de 5 anos, o que é incompatível com o limite de 4 anos para a concessão do benefício.

2. Nos casos de redução da pena (art. 33, § 4º da Lei 11.343/06) em virtude de primariedade e bons antecedentes, os casos de traficância de substâncias em médias ou grandes quantidades também impedem a conversão da pena, em virtude da influência que a quantidade deve ter na fixação da pena-base e do percentual de redução (art. 42 da LAT).

3. Também não devem ser aplicadas penas em grau mínimo ou concedidas reduções em grau máximo quando a substância for de graves efeitos sobre a saúde, como são, por exemplo, a cocaína, a merla ou o crack, ainda que se cuidem de pequenas porções, devido à aplicação do princípio da proporcionalidade.

4. As circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade devem ser observadas com atenção na fixação da pena, pois quem é flagrado nas ruas vendendo pequena porção de droga revela péssima e reprovável conduta social, personalidade insensível, intensa culpabilidade e os motivos do crime não são outros que o próprio lucro advindo da venda.

5. A redução da pena abaixo do mínimo não deve ocorrer quando o réu se dedicar a atividades criminosas, ainda que não faça parte de organização criminosa, o que pode ser demonstrável por qualquer meio de prova colhido durante o processo, como poderiam ser a prova testemunhal do comprador-usuário confirmando que sempre compra drogas do réu, ou a existência de estrutura e materiais dedicados à difusão, como embalagens, balança de precisão, etc, evidenciando que o réu tem o tráfico de drogas como meio de vida e que sua prisão não foi um fato isolado.

6. A difusão de substâncias nocivas à saúde pode ser entendida como grave ameaça à pessoa, o que poderia ser interpretado, também, como óbice à substituição da pena no caso de tráfico de drogas.

7. A aplicação de penas alternativas para tráfico de drogas não é suficiente e adequada qualitativamente para a prevenção do delito, a reprovação da conduta e a ressocialização do agente, sendo sua adoção um estímulo à criminalidade em geral.”<sup>26</sup>

Assim, embora tenha o STF se posicionado quando de um caso concreto de forma contrária ao disposto na Lei 11.343/06, sua decisão em nada vincula os juízes de primeiro grau, que poderão a partir da referida decisão, se posicionarem como a referida Corte ou de acordo com a referida Lei.

Parece, porém, correta a posição preconizada pela Suprema Corte Brasileira, isso porque, conforme enfatiza Luiz Flávio Gomes, quando da vedação da aplicação da pena restritiva de direitos para aqueles que praticam o crime estatuído no artigo 33 da Lei 11.343/06, dois princípios constitucionais se mostram violados, a saber: O Princípio da Isonomia e o Princípio da Individualização da Pena.

---

<sup>26</sup> CARVALHO. Jose Theodoro Correa, disponível em [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17437/penas-alternativas-para-trafico-de-drogas](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17437/penas-alternativas-para-trafico-de-drogas), acesso em 27.10.10.

A individualização da pena tem como principal finalidade, fazer com que cada pessoa na medida das suas próprias condutas, respondam por aquilo que praticaram sem que para isso, haja no ordenamento jurídico qualquer tipo de pena pré – estabelecida, pois se assim for, estará o referido princípio sendo lesado em sua própria existência. Já o princípio da isonomia, se mostra lesado quando da constatação de que dando aos desiguais tratamento igualitário, injusta se mostrará a decisão, isso porque, tratar os desiguais de forma igualitária é tão injusto quanto tratar os iguais de forma diferenciada, não sendo por outro motivo que a máxima defendida por Aristóteles e Rui Barbosa, acabou por se traduzir no próprio princípio.

Indo além, tem-se que ambos os Princípios trazidos pelo artigo 5º da Constituição Federal como Direitos Fundamentais dos Cidadãos, mostram-se, fruto da conquista de um Estado Liberal, motivo pelo qual não podem e nem devem ser feridos de morte.

Sendo assim, voltando à análise do artigo 33 § 4º da Lei 11.343/06, não há como tratar de forma igualitária o grande traficante e aquele que por um simples ato, acabou por ser surpreendido em uma das hipóteses do artigo 33, pois se assim for, estar-se-ia tratando os desiguais de forma igualitária e pré-estabelecendo assim, uma violação constante aos princípios da isonomia e individualização da pena.

Isso posto, caberá a cada juiz, analisando o caso concreto verificar se os requisitos trazidos no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação a prática criminosa e não associação a organização criminosa) se encontram presentes, para só assim, poder beneficiar o réu com uma diminuição de pena que poderia, dependendo do *quantum* fixado, fazer com que houvesse a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Tal possibilidade de diminuição de pena, a cada dia se mostra mais difícil de ocorrer, até porque é sabido por todos nós que a vida do tráfico para se tornar forte e resistente, pressupõe a associação de criminosos em facções criminosas, o que por si só, já seria um obstáculo para a referida conversão.

Por fim, mister, se faz salientar que o enrijecimento de leis, nunca foi sinônimo de abstenção da prática de crimes, pois se assim fosse, países onde aplicam-se penas como a de morte ou prisão perpétua, seriam exemplos de países com 0% de criminalidade, fato esse inexistente no mundo contemporâneo.

O que de fato faz diminuir a criminalidade é: **A)** agir o Estado Brasileiro de forma positiva a gerar aos cidadãos, através de políticas públicas sérias, vida digna (art. 1º, III e 3º, III e IV, da CF) capaz de desestimular qualquer pessoa ao ingresso no mundo do crime; e **B)** criar o legislador brasileiro, leis que realmente atendam ao interesse social, sem, contudo violar garantias adquiridas ao longo da história da humanidade.

Finalizando, tem-se por certo que até a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06, já que toda norma presume-se constitucional, difícil se mostra a pacificação desse conflito que se perpetra desde o advento da Lei 9.714/98, motivo pelo qual, caberá a cada juiz, de acordo com suas convicções pessoais, buscar aquilo que realmente se mostra justo e razoável, posto que somente assim, estar-se-á diante de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### **3 – Da Pena de Multa:**

Conforme preleciona Damásio Evangelista de Jesus:

“Antigamente a pena de multa consistia no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada em sentença (CP de 1940, artigo 35). Atualmente, não existindo mais o selo penitenciário, a quantia da pena de multa é recolhida por guia ao fundo penitenciário, nos termos do artigo 49 do Código Penal.”<sup>27</sup>

Assim, a quantidade de dias-multa, ficará ao arbítrio do juiz que terá como base para aplicação da referida pena, uma variante de no mínimo 10 (dez) e no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, já, quando do valor a ser pago, determina o artigo 49,§1º, que o mesmo não deverá ser inferior a um trigésimo, nem superior a cinco vezes o salário mínimo vigente ao tempo do fato, sendo essa inclusive a inteligência do artigo 49, *caput* e § 1º do *codex* penal, *in verbis*:

“**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

Tem-se assim, que a fixação da pena de multa é feita de acordo com a situação econômica do réu, podendo a mesma ser aumentada até o triplo, caso o juiz considere que em virtude da situação econômica do mesmo, a quantia fixada se mostra ineficaz, ainda que aplicada ao máximo.

Já, quanto à prescrição da referida modalidade de pena, ocorrerá à mesma: **I-** em dois anos, quando a multa for à única cominada ou aplicada; **II-** no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

---

<sup>27</sup> JESUS. Damásio Evangelista, Direito Penal, 1º volume – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 541

Fixada à pena de multa, deve a mesma ser paga dentro do prazo de 10 (dez) dias. Esse prazo começa a correr depois do trânsito em julgado da sentença, podendo a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, permitir o juiz que o referido pagamento se realize em parcelas mensais, sendo essa a determinação do artigo 50 do Código Penal, a saber:

“**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”

Traz-nos ainda, o §1º e 2º do mesmo artigo que:

“§ 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”.

Assim, nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Junior:

“Como se vê não se pode descontar o valor que o condenado recebeu durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Da mesma maneira, o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família sendo essa, a determinação do artigo 50,§2º do CP”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> NUNES JUNIOR. Flávio Martins Alves, Manual de Direito Penal, Campinas: Booksellers, 2006, p. 187



Indo além, prevê o artigo 51 do diploma penal em vigor, que transitado em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concernem as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, cabendo ao executivo fiscal, mediante certidão para inscrição na dívida ativa, executar a referida pena.

Algo, porém se faz salientar, a saber: Sobrevindo ao condenado doença mental, suspensão deverá ser a execução da pena de multa, sendo essa a inteligência do artigo 52 do Código Penal:

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

Finalizando o até aqui exposto, deve-se observar atentamente que de acordo com a lei 9.268/96, que deu nova redação ao artigo 51, *caput* e revogou seus parágrafos, fica proibida terminantemente a conversão da pena de multa em detenção.

#### **4- Conclusão:**

Quando do trabalho apresentado, percebe-se ser a pena um dos mais importantes institutos jurídicos do Direito Penal, isso posto, pelo fato da mesma ser a razão de existir daquele.

Assim, uma pergunta se mostra necessária quando do tema em questão, a saber: o que seria dos crimes se não houvesse a penalização dos fatos ali tidos por ilícitos?

A resposta apresenta-se clara, ou seja, uma gama de normas sem finalidade.

Diante disso, procurando o poder constituinte originário limitar a atuação do Estado, trouxe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º XLV, quais seriam as penas admitidas no sistema jurídico nacional, prevendo então como modalidade de penas: As Penas Privativas de Liberdade, Penas Restritivas de Direitos e as Penas de Multa.

Dentro da análise dessas modalidades de penas, teve-se a oportunidade de trazer à tona, quando do item 2.8, decisão recente da Suprema Corte Nacional (STF), no tocante a possibilidade da aplicação de penas restritivas de direitos quando do crime de tráfico de drogas, onde após a apresentação de posições favoráveis e contrárias, pode-se entender correta a posição preconizada pela Suprema Corte Brasileira, isso porque, conforme enfatiza Luiz Flávio Gomes, quando da vedação da aplicação da pena restritiva de direitos para aqueles que praticam o crime estatuído no artigo 33 da Lei 11.343/06, dois princípios constitucionais se mostram aviltados, a saber: O Princípio da Isonomia e o Princípio da Individualização da Pena, princípios esses, que por ser fruto de um Estado Liberal não podem e nem devem ser violados, já que trazem em seu cerne toda a evolução jurídica da humanidade.

Percebe-se, por fim, que enquanto não houver uma declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte Suprema aos artigos 33 § 4º e 44 da Lei 11.343/06, difícil se mostrará uma pacificação entre os estudiosos do tema, razão pela qual, caberá a cada juiz de acordo com seu senso de justiça, se portar favorável àquilo que realmente se mostrar o melhor para a coletividade como um todo, já que somente assim, estará o mesmo contribuindo para se ter uma real pacificação social.

#### **5- Referência Bibliográfica:**

ANDREUCCI. Ricardo Antonio. *Código Penal Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO. Jose Theodoro Correa, disponível em [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17437/penas-alternativas-para-trafico-de-drogas](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17437/penas-alternativas-para-trafico-de-drogas), acesso em 27.10.10.

GOMES, Luiz Flávio; Bianchini. Alice; CUNHA. Rogério Sanches; OLIVEIRA. Willian Terra, *Leis de Drogas Comentada*, 2ª ed, São Paulo: RT, 2007

GOMES. Luiz Flávio, disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas-ver.php?idConteudo=63807>, acesso em 27.10.10.

GUNDIM. Marcela Maria Fraga. *A Importância da Prestação de Serviços a Comunidade no Contexto das Penas Alternativas*, disponível em [HTTP://www.direitonet.com.br/artigos](http://www.direitonet.com.br/artigos), acesso em 26.10.10.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 1º volume- Parte Geral, 27º ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 8ª ed, São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_, *Leis Penais e Processuais Comentadas*, 3ª ed, São Paulo: RT, 2008.

NUNES JUNIOR. Flávio Martins Alves, *Manual de Direito Penal Parte Geral*, Campinas: Booksellers, 2006.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, 26º ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

