

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA
EXECUÇÃO PENAL**

Olivia Zanfolin Consoli

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA
EXECUÇÃO PENAL**

Olivia Zanfolin Consoli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2012

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em direito.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHES

Presidente Prudente, 26 de outubro de 2012.

“Desgraçadamente, todavia, os medíocres costumam olvidar sua hierarquia inferior e pretender tocar a marcha, com a irrisória pretensão de que outros marquem o compasso de seus desafinamentos. Tornam-se, então, perigosos e nocivos. Detestam os que não podem igualar, como se, apenas com existirem, os ofendessem. Sem asa para se elevar até eles, decidem rebaixá-los: a exiguidade do próprio valor os induz a roer o mérito alheio. Cravam seus dentes em toda reputação que os humilha, sem suspeitar que nunca é mais vil tal conduta humana. Basta esta característica para distinguir o doméstico do digno, o ignorante do sábio, o hipócrita do virtuoso, o vilão do cavalheiro. Os lacaios podem fuçar a fama; os homens excelentes não sabem envenenar a vida alheia”.

(José Ingenieros, O homem medíocre).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder inteligência e discernimento para a realização e conclusão deste trabalho, sem ele eu nada seria.

Aos meus pais Delézio Consoli e Rosanete Maria Zanfolin Consoli, pois além de sempre incentivarem meus estudos, permitiram que eu seguisse meus sonhos, ainda que não compatíveis com os seus. Pessoas não comungantes dos meios científicos, mas de intensas experiências de vida, acometidos com os valores humanos mais louváveis, os quais me ensinaram os princípios de um ser humano virtuoso.

A minha irmã Érika, minha razão de viver, é por ela que busco ser uma pessoa melhor a cada dia.

Ao meu namorado Henrique, por todos esses anos de carinho, respeito e companheirismo.

Aos meus queridos e verdadeiros amigos que nos momentos de insegurança me ajudaram a seguir em frente.

Por último, mas não menos importante, agradeço ao professor Rodrigo Lemos Arteiro, homem de profundo conhecimento jurídico, pela sabedoria, atenção e humildade com que me auxiliou na execução deste trabalho.

Agradeço, por fim, aos professores Cláudio José Palma Sanches e Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, componentes desta banca examinadora, pelos exemplos de mestres, de humildade e de fé.

É pelos senhores que cultivo um imenso respeito e admiração, sempre levarei um pouco do exemplo de cada um comigo.

Que tenhamos coragem para lutar pela justiça, e que alcancemos o conhecimento de que a justiça divina paira acima do nosso humilde conhecimento.

RESUMO

O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, integra o rol dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, o qual visa precipuamente à recuperação e a reinserção dos condenados na sociedade, cujo princípio guarda estreita ligação com o da dignidade da pessoa humana também tutelado pela Constituição Federal. Ambos os ideais individualizadores se encontram em perfeita harmonia com a Lei de Execução Penal, a qual prevê inúmeros institutos para que se proceda a uma individualização eficaz, justa e adequada, porém, o descaso com que a questão da execução penal é tratada pelos governantes, reflete diretamente na crise que assola o sistema penitenciário brasileiro, tornando praticamente impossível a concretização do princípio em questão, restando clara a discrepância entre o que é legal e o que é real. Contudo, o princípio da individualização da pena será analisado e ponderado juntamente com o princípio da proibição da proteção deficiente, tendo em vista que não raras vezes alguns princípios constitucionais terão que ser relativizados em prol do bem comum.

Palavras-chave: Individualização; Função da Pena; Princípios; Execução Penal e Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

The principle of individualization of punishment under Article 5, paragraph XLVI, the CF/88, integrates the role of fundamental rights guaranteed by the Constitution, which aims principally the recovery and reintegration of convicts into society, the principle of which is closely linked to the dignity of the human person also protected by the Federal Constitution. Both individualizing ideals are in harmony with the major Penal Execution Law, which provides for numerous institutes that conduct an individualized effective, fair and adequate, but the disregard with which the issue of criminal enforcement is handled by the rulers, directly reflects the crisis in the Brazilian penitentiary system, making it virtually impossible to implement the principle in question, leaving a clear discrepancy between what is legal and what is real. However, the principle of individualization of punishment will be analyzed and considered along with the principle of prohibition of poor protection, considering that not rare sometimes some constitutional principles have to be relativized in favor of the common good.

Keywords: Individualization; Function Pena; Principles; Criminal Enforcement and Differentiated Disciplinary Regime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PREMISSAS	12
2.1 Princípios	13
2.2 Regras	14
2.3 Postulados Normativos	15
2.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais	17
2.4.1 Teoria interna	18
2.4.2 Teoria externa	19
2.5 Princípios Fundamentais	20
2.5.1 Princípio da individualização da pena	21
2.5.2 Princípio da legalidade ou reserva legal (nullum crimen sine lege)	23
2.5.3 Princípio da proporcionalidade da pena	24
2.5.4 Princípio do contraditório e ampla defesa	25
2.5.5 Princípio da dignidade da pessoa humana	26
2.5.6 Princípio da personalidade	27
2.5.7 Princípio do duplo grau de jurisdição	28
2.5.8 Princípio contramajoritário	29
3 ASPECTOS HISTÓRICOS E AS PRINCIPAIS FASES PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	31
3.1 História da execução penal	32
3.2 Fases da Individualização da Pena	36
3.2.1 Atividade legislativa	36
3.2.2 Atividade judicial	37
3.2.3 Atividade executória	38
3.3 A Natureza Jurídica da Execução Penal	39
3.4 Regras de Tratamento Penitenciário e a Ineficácia do Ideal Ressocializador	40
4 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL	44
4.1 Principais Teorias Acerca da Finalidade da Pena	45

4.1.1 Teoria retributiva _____	45
4.1.2.1 Prevenção geral _____	46
4.1.2.2 Prevenção geral especial _____	48
4.1.3 Teoria mista _____	48
4.1.4 Teoria adotada no Brasil _____	49

5 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DISCIPLINAR

DIFERENCIADO (RDD) _____	50
5.1 Regime Aberto _____	51
5.2 Regime Semiaberto _____	53
5.3 Regime Fechado _____	54
5.3.1 Exame criminológico _____	55
5.3.2 O Regime disciplinar diferenciado (RDD) _____	57
5.3.2.1 A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado _____	59
5.3.2.2 Progressão de regime no regime disciplinar diferenciado _____	60

6 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1.984 – LEI DE EXECUÇÃO PENAL⁶²

6.1 Progressão de Regime _____	62
6.2 Regressão de Regime _____	66
6.3 Livramento Condicional _____	68
6.4 Remição _____	71
6.5 Suspensão Condicional da Pena (Sursis) _____	72

7 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIENCIA _____

CONCLUSÃO _____

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo do princípio da individualização da pena privativa de liberdade na Lei de Execução Penal – LEP, levando em consideração aspectos históricos, jurídicos e sociológicos, na busca por uma solução, no sentido de compreender a atual crise que assola o sistema penitenciário brasileiro, o qual conta com a existência de um sistema progressivo amplo, que poderia caso efetivado, atingir a finalidade almejada pelo Código Penal, qual seja, reinserir o condenado a sociedade.

O sistema progressivo adotado pelo nosso legislador vincula o andamento da execução a fatores de cunho objetivos (cumprimento de um sexto da pena, para crimes tidos como hediondos dois quinto se primário e três quintos de reincidente) e subjetivos (diz respeito ao mérito de cada condenado), além de outros mecanismos, tais como a progressão, o livramento condicional, a regressão, a remição, o sursis e etc., colaborando para que se alcance a individualização da pena privativa de liberdade.

Contudo, à constante e incontrolável crise que assola o nosso sistema penal, impede que esses ideais sejam efetivados, sendo certo que esse caos instalado está intimamente ligado ao descaso com que o governo trata do assunto, uma vez que este não cumpre preceitos básicos trazidos pela LEP, garantindo um mínimo de direitos e ainda assim em péssimas condições.

O trabalho ainda versará sobre alguns institutos ligados a pena privativa de liberdade, tais como o Regime Disciplinar Diferenciado, cujo instituto visa combater com mais rigor o crime organizado, que também será objeto de análise, tendo como objetivo principal o afastamento de presos de maior periculosidade do convívio dos demais presos, tido como uma solução constitucional diante da avassaladora criminalidade que atinge o país, porém, dada a sua complexidade e importância não iremos esgotar o tema.

Por fim, analisaremos o princípio da individualização da pena em face do princípio da proibição de insuficiência, também garantido constitucionalmente, na busca pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça.

Saliente-se que para a construção e conclusão da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, partindo de princípios gerais relativos a Lei de Execução Penal, ao Código Penal e a Constituição Federal, para o estudo de institutos especiais como o RDD e as organizações criminosas.

2 PREMISSAS

Até pouco tempo atrás, a questão das premissas em torno do direito, era quase que ignorada por grande parte dos estudiosos desta ciência, todavia, atualmente se tornou um tema muito discutido na doutrina e na jurisprudência brasileira, em razão das constantes mudanças ocorridas em torno da teoria do direito, e a conseqüente adaptação do processo na busca pela aplicação do direito justo e proporcional, tutelado pela Constituição Federal.

Assim sendo, antes de abordarmos o tema propriamente dito, se faz necessário tratar de alguns pontos relevantes acerca do assunto, como a importância em distinguir a norma princípio da norma regra e como analisar em face do caso concreto a questão do sopesamento e da proporcionalidade, visando alcançar uma visão mais ampla e ao mesmo tempo mais utilitária para todas as normas.

Inicialmente, tem-se que o direito é o que disciplina a vida em sociedade, ou seja, desde que preservado este preserva-se a sociedade, contudo, se corrompido, também a corrompe. Contrário da Ciência do Direito que é obtida através do estudo do direito, da qual podemos extrair a teoria da norma, que nada mais é que o resultado obtido através da interpretação de um texto, fazendo com que este se torne um dispositivo legal, um sinônimo de lei.

Em relação à teoria da norma, é importante frisar que nosso ordenamento possui texto sem norma, podendo ser utilizado a título de exemplo o Preâmbulo da Constituição, bem como texto com uma ou várias normas, como o típico exemplo do artigo 186 do Código Civil e o artigo 5º da Constituição Federal respectivamente. Saliente-se, que por ser vista como uma espécie de gênero, ainda podemos extrair dessa teoria a questão dos princípios, tão debatida atualmente em todos os ramos do direito.

Somente a partir do século XX a teoria das normas jurídicas passou a ter grande importância para o ordenamento. No Brasil os autores Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva foram os que mais exploraram essa teoria, por tal motivo, abordaremos algumas situações na visão destes autores, com o intuito de estabelecer linhas gerais sobre as questões mais relevantes em torno desta.

2.1 Princípios

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a questão dos princípios não possuía qualquer influência nas decisões judiciais, uma vez que não possuíam carga normativa, no entanto, após a segunda guerra mundial e mais precisamente com o advento da Constituição e as constantes mudanças ocorridas no mundo do direito, os princípios adquiriram força normativa, favorecendo de forma considerável a aplicação da lei, que não raras vezes era quase que inflexível.

Entretanto, embora a palavra princípios traga a ideia de Justiça, ela deve ser vista e aplicada com muita cautela, pois, contrapondo este ideal buscado pelo direito, está a insegurança jurídica tão temida por todos os cidadãos. Portanto, a palavra princípio estará para nós como normas finalísticas que apontam para um estado ideal a ser perseguido, sem descrever qualquer tipo de conduta.

Os princípios possuem basicamente duas finalidades, quais sejam, a finalidade direta e a indireta. A finalidade direta, como já exposta anteriormente, é apontar para um estado ideal de coisas a ser perseguido sem descrever condutas, ou seja, extraímos essa finalidade da Constituição Federal, de Tratados Internacionais, entre outros. Já a finalidade indireta dos princípios, se refere ao fato de que eles servem para que seus destinatários adotem uma conduta a ser perseguida, na busca pelo estado ideal.

Desta forma, como os princípios possuem uma relação de abrangência, diante de um conflito entre princípios, este se resolverá por meio da ponderação, pois como veremos a seguir, contrário ao que ocorre com a questão do conflito entre regras, os princípios convivem conflituosamente, ou seja, se completam.

Assim sendo, podemos concluir que de imediato um princípio não prevalecerá em relação ao outro ainda que colidentes, pois, somente através da ponderação entre eles, dependendo das circunstâncias de cada caso, um deles prevalecerá, e, embora prevalente, este não aniquilará o outro, como ocorre com o conflito entre regras. Importante frisar que o princípio do devido processo legal, deve ser visto como um sobre princípio, uma vez que abarca tantos outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Por fim, no que tange aos princípios, como a palavra passou a ser de certa forma deturpada pelo aplicador do direito, já que este passou a utilizá-la para

todo e qualquer caso sem fixar qualquer parâmetro, perdeu-se de vista que a palavra princípio por vezes está no ordenamento como uma norma fundamental dispositiva e não como uma norma que aponta para um estado ideal a ser perseguido, a exemplo do que ocorre com o denominado princípio da proibição da prova ilícita que na sua essência nada mais é que uma regra estabelecida pela Constituição, como veremos nos próximos tópicos.

2.2 Regras

As regras indicam condutas a serem seguidas por seus destinatários, sendo está a sua finalidade direta, enquanto que a finalidade indireta é cumpri-las para concretizar o princípio subjacente. As regras são espécies normativas por excelência, e contrária aos princípios que resolvem os conflitos por meio da ponderação, as regras seguem a lógica do “tudo-ou-nada”. A sua aplicação se dá por meio da subsunção, que nada mais é que o enquadramento da conduta praticada a norma pré-estabelecida, razão pela qual a ponderação de regras ocorre apenas em situações excepcionalíssimas, já que estas prezam pela segurança jurídica.

Sendo assim, diante de um conflito entre princípios e regras, desde que em um mesmo patamar de hierarquia, podemos concluir que prevalecerá a regra, tendo em vista que estas possuem o condão de decidir algo, de oferecer uma solução para o litígio já conhecida e pré-estabelecida pelo poder legislativo, ao passo que os princípios oferecem apenas razões complementares para solucioná-lo.

Neste sentido, o livro “Teoria dos Princípios”, do respeitado autor Humberto Bergmann Ávila (2011, p. 91):

Como há consequências expressivas com relação à aplicação das normas, tanto a conceituação equivocada (indicação de que o conceito de *princípio* conota propriedades que a linguagem normativa não pode conotar) quando da denominação inapropriada de uma norma (qualificação de uma norma como princípio sem que tenha as propriedades conotadas pelo conceito de *princípio*) provocam um resultado normativo indesejado: a flexibilização da aplicação de uma norma que deveria ser aplicada com maior rigidez. O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a

valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo, sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo, com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função das razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado.

Em resumo, depois de analisar ainda que de forma sucinta os pontos mais relevantes em torno dos princípios e das regras dentro da teoria das normas jurídicas, podemos concluir que a só aplicação dos princípios acarretaria a insegurança jurídica, porém, a pura aplicação das regras, sem dúvida acarretaria enormes injustiças. Daí a necessidade de estudar com ponderação e individualização cada caso em particular, desde a criação até a aplicação da norma, na busca pelo equilíbrio entre os direitos tutelados.

2.3 Postulados Normativos

Ainda dentro da teoria da norma, alguns autores defendem a existência de postulados normativos, que nada mais são que normas metódicas que viabilizam a aplicação dos princípios e das regras, a exemplo do que ocorre com o denominado princípio da proporcionalidade ou “postulado por excelência”, o qual deve nortear todas as decisões judiciais na busca pelo direito justo e adequado.

Os postulados também se subdividem em dois tipos: postulados hermenêuticos e aplicativos, sendo certo que o primeiro se incumbem de orientar a melhor compreensão e aplicação das normas previstas no ordenamento, enquanto que o segundo é tido como um método de aplicação dos princípios e das regras no caso específico.

No presente trabalho nos atentaremos a análise dos postulados normativos aplicativos, tendo em vista que para alguns autores, estes não passam de regras especiais, e segundo esta concepção, os postulados sequer existem, pois defendem que assim como ocorre com os princípios, uma regra nunca aniquilará a outra, apenas irá se sobrepor quando analisado o caso concreto.

No que tange ao tema, o doutrinador Virgílio Afonso da Silva, no livro “Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia” (2009, p. 169), defende que:

Para aqueles que pensam que não chamar uma regra de “regra” apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão das coisas, o recurso a outras denominações, como a de “postulado normativo aplicativo” pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que também *esses postulados têm a estrutura de regra*.

Dentre os vários e não menos importantes postulados existentes no ordenamento, como o da Igualdade e da Razoabilidade, nos atentaremos apenas ao postulado da proporcionalidade, em face da íntima ligação com tema em apreço, o qual se subdivide em três submáximas, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como veremos abaixo:

A submáxima da adequação visa ponderar se a restrição imposta ao direito é apta para atingir o fim a que se destina. Criticada em face da difícil constatação no caso concreto.

Na submáxima da necessidade, analisaremos se a restrição imposta é a menos onerosa com a mesma eficácia, desde que ambas estejam em um mesmo patamar de igualdade, acrescentando-se, que a necessidade nos termos da proporcionalidade como regra ou postulado, não quer fazer menção a uma situação de urgência ou risco, pois, ainda que necessária, está pode surgir a partir de uma oportunidade, conveniência política ou mesmo de um ato estatal.

A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é que uma espécie de sopesamento entre os valores discutidos, que devem sempre ser fundamentados e baseados em critérios justos, visando o bem comum.

No que tange ao tema, o autor Luiz Roberto Barroso, no livro “Curso de direito Constitucional Contemporâneo” (2010, p. 261), estabeleceu que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do aquilo que se ganha.

Por fim, acerca das premissas podemos concluir que independente da maneira como o intérprete enxerga o postulado ou a regra da proporcionalidade, o fato é que quando um direito fundamental é restringido, essa restrição decorre na sua maioria de um texto normativo infraconstitucional, e diante de tal situação devemos analisar as três submáximas estudadas acima, para se alcançar um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro, utilizando-se sempre da proporcionalidade.

2.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais

Em que pese à complexidade e importância do tema, é visível diante da leitura dos textos constitucionais e infraconstitucionais que o legislador brasileiro primou pelos direitos fundamentais básicos de todo e qualquer cidadão, contudo, é também visível que a efetivação destes direitos envolve estruturas gigantescas como a atividade estatal e a ordem jurídica em face da liberdade individual, de maneira que brevemente explanaremos sobre o assunto, com o intuito de fixar limites aos limites de interpretação em relação a estes direitos, dando mais ênfase à pena privativa de liberdade, na busca pelo ideal tutelado pela Constituição Federal, juntamente com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, ainda que para alcançar a referida eficácia, alguns destes direitos tenham que ser restringidos.

Sobre o tema, ensina o professor Ingo Wolfgang Sarlet, no livro “A Eficácia dos Direitos Fundamentais” (2009, p. 386):

A relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que “estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações”.

Considerando que nenhuma ordem jurídica pode ser vista de forma ilimitada, ainda que o constituinte brasileiro tenha optado por não estabelecer um regime expresso em matéria de limites, no que concerne aos direitos fundamentais, necessário se faz o estudo das teorias interna e externa, sendo certo que a preferência por uma delas, acabará por repercutir na aplicação do próprio direito, ou

seja, na sua maior ou menor amplitude, com reflexos diretos na esfera de suas limitações.

2.4.1 Teoria interna

A teoria interna defende uma unicidade entre o direito e seus limites, ou seja, os adeptos dessa teoria entendem que quando o direito nasce, juntamente com ele nasce os seus limites, razão pela qual não se admite nenhum tipo de ampliação ou restrição que não adveio com o direito, daí porque alguns autores sustentam que essa possui a estrutura de uma regra. Quando tratou do tema, o autor Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 128) defendeu que:

Assim, de acordo com a teoria interna, “existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes”. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

Referida teoria ainda tratou dos limites imanentes, segundo a qual, para ser tutelado, o direito deve estar implícita ou explicitamente salvaguardado na Constituição Federal, de forma que não se trata de uma colisão ou restrição a direitos, mais sim de uma previsão pré-estabelecida. O problema está em definir qual o âmbito de proteção destes limites, em razão da sua incompatibilidade com a ideia de sopesamento, que é o que fundamenta e limita o caráter inicial e prima-facie de todos os princípios.

Um último ponto a ser analisado a respeito da teoria interna reside sobre a teoria institucional dos direitos fundamentais, para a qual, mais importante que a liberdade individual, é a liberdade coletiva e, sob essa visão, por ser algo interno ao direito, a liberdade se cria e se desenvolve a partir deste, não é algo natural, daí porque defender que a liberdade é delimitada pelo direito más não restringida.

2.4.2 Teoria externa

A teoria externa, contrária a anterior, defende que o objeto é dividido em duas partes, ou seja, de um lado existe o direito em si e de outro as suas restrições e, embora tal divisão inicialmente pareça insignificante, a partir desta é possível sopesar a questão dos direitos fundamentais, em face da regra da proporcionalidade. Por esta teoria, as restrições impostas a determinadas condutas não influenciam no conteúdo do direito, podendo somente diante do caso concreto restringir seu exercício.

De acordo com esta teoria, não existem direitos internos, já que estes não são passíveis de serem aferidos senão diante do caso concreto, seja por meio da aplicação da regra da proporcionalidade ou através do sopesamento, lembrando que na grande maioria das vezes as restrições impostas aos direitos fundamentais são decididas por meio de regras, no entanto, não raras vezes, um princípio constitucional terá que ceder em relação a outro, o que não deixa de ser uma forma de restrição, porém, na sua grande maioria, decisões neste sentido são proferidas apenas judicialmente, dada a ausência de previsão legal.

Sobre a questão, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, (2009, p. 389) que:

Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima-facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrições, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos.

Diante do explanado nos tópicos anteriores, verifica-se que a teoria externa deve prevalecer sobre a interna, até porque, ao estabelecer que um direito já nasce com as suas limitações, a teoria interna expressa que se preenchidos os requisitos pré-estabelecidos, o juiz sequer precisa fundamentar uma decisão que restringe um direito fundamental, e isso não é o que espera o legislador.

Ressalte-se, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais, constantemente discutida em todo o mundo, dada a sua complexidade e importância nos dias atuais, visa além de evitar excessos muitas vezes cometidos pelo poder

judiciário, quando da fixação e execução de algumas penas, almeja também evitar a infraproteção da sociedade, da vítima que teve sua esfera de direitos atingida pela conduta de outro e necessita da proteção estatal.

Portanto, a ideia de que todo direito fundamental pode em algum momento ser restringido, coloca em dúvida a famosa e tradicional distinção entre as normas de eficácia plena, contida e limitada, tendo em vista que a distinção entre as duas primeiras deixaria de existir, prevalecendo apenas às normas de eficácia plena e limitada, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 254):

De eficácia plena seriam as normas que desde a promulgação da Constituição já reúnem todos os elementos necessários para a produção de todos os efeitos desejados. De eficácia limitada, ao contrário, seriam aquelas normas que dependem de alguma regulamentação posterior que lhes complemente a eficácia.

Em resumo, podemos concluir que todas as normas que tratam de direitos fundamentais, possuem limitações no seu plano de eficácia, sendo certo que quanto mais mitigada a ideia de que nenhum direito é totalmente pleno, maior será o ganho no campo da eficácia e efetividade destes direitos.

2.5 Princípios Fundamentais

Inicialmente, tem-se que com o advento da Constituição Federal, vários princípios foram introduzidos no ordenamento, com o intuito de efetivarem a aplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais, no entanto, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, é necessário estabelecermos uma distinção entre princípios constitucionais e princípios penais constitucionais, uma vez que o primeiro é observado pelo legislador quando da criação da norma penal. Enquanto que o segundo apresenta um conteúdo típico, ou seja, versa sobre os limites que devem ser observados pelo Estado quando da fixação da pena, no caso, quando da aplicação da pena privativa de liberdade.

2.5.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 59 do Código Penal, dispõem da seguinte forma:

Art. 5º.

XLVI – A lei regulamentará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Por este princípio, entende-se que o processo irá retribuir o mal concreto do crime, com o mal efetivo da pena, de acordo com a culpabilidade e o mérito de cada condenado de forma isolada, visando aplicar uma pena justa e proporcional. Além da previsão nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, a Lei de Execução Penal também prevê no artigo 5º que: “os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal”.

Assim, verifica-se que o princípio da individualização da pena se encontra em perfeita harmonia com a lei de execução penal, a qual possui inúmeros mecanismos para que se realize uma individualização segura, ao prever entre outros benefícios, a progressão de regime, o livramento condicional, a remição da pena, entre outros, os quais serão objetos de estudos mais adiante. Contudo, como já exposto em outras oportunidades, o descaso com que o assunto sempre foi e continua sendo tratado pelos nossos governantes, reflete diretamente no atual

sistema penitenciário, um sistema quase que ineficaz em face do que se destina, sendo visível a desproporção entre o que é legal e o que é real.

Referido princípio se faz presente em todas as fases de aplicação da pena, ou seja, nas fases legislativa, judiciária e executória, as quais são intimamente ligadas, uma vez que juntas materializam o verdadeiro conteúdo do princípio em questão.

Neste sentido, o constitucionalista Luisi (2003, p. 52) expressa que:

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judiciário e o executório.

Na primeira etapa através da lei, que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Trazendo também as espécies de penas e muitas vezes, as prevê de forma alternativa, e em outras ocasiões, dispõe sobre a sua aplicação de forma cumulada. Todavia, a lei penal não se limita as previsões normativas mencionadas mas, também, fixa regras que vão permitir as ulteriores individualizações.

O segundo momento é o da individualização judiciária. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificadamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução. Embora as regras que devem orientar a execução judiciária estejam na lei, enseja o juiz uma indiscutível discricionariedade.

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução, sendo esse o momento em que a sanção penal começa atuar verdadeiramente sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação. Esta fase da individualização da pena denomina-se individualização executória.

Portanto, verifica-se que o princípio em tela impõe ao magistrado o dever de aplicar ao autor do fato uma pena individual, particularizada, ponderando no caso concreto a necessidade da aplicação da pena, principalmente no que tange a pena privativa de liberdade, pois ao fixar essa modalidade de regime (fechado), todos os acusados acabam sendo igualados em um mesmo patamar, dada a ausência de estrutura para separá-los de forma não apenas justa, mais acima de tudo legal.

No que diz respeito ao tema, é imprescindível à análise de alguns princípios que também são previstos no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, da CF/88), razão pela qual guardam estreita ligação com o da individualização da pena, quando da fixação desta.

2.5.2 Princípio da legalidade ou reserva legal (*nullum crimen sine lege*)

O princípio da legalidade constitui uma limitação ao poder punitivo estatal e um imperativo que não admite desvios nem exceções. (BITENCOURT, 2002, p. 04).

Esse princípio, também denominado de reserva legal, encontra regulamentação no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal, os quais dispõem que, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Como o anterior, o princípio da legalidade visa aplicar ao infrator um direito penal equilibrado, e o faz limitando os excessos cometidos pelo estado, para que haja no processo uma maior segurança jurídica. Na visão do doutrinador José Carlos Daumas Santos (2005, p. 17), o princípio da legalidade:

Determina que nenhum fato pode ser considerado crime, bem como nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes o tipo penal e a sanção correspondente tenham sido instituídas por lei. Tal princípio significa uma limitação real ao *jus puniendi estatal*.

[...].

Trata-se, indiscutivelmente, de limitação real sobre o poder estatal de interferir na esfera individual.

A LEP - Lei de Execução Penal descreve em seu artigo 3º que: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei penal”. O que significa dizer que embora o direito a liberdade esteja restrito, o condenado continua fazendo jus a outros direitos previstos em lei, os quais na medida do possível devem ser respeitados.

Segundo Luiz Régis Prado (2005, p. 26/27), de maneira mais detalhada:

A garantia jurisdicional e penitenciária ou de execução complementam o princípio da legalidade.

Pela primeira, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inciso LII, CF/88); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, inciso LVII, CF/88).

Pela segunda, a sanção penal será executada na forma prescrita em lei: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, inciso XLVIII,

CF/88); “é, assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, inciso XLIX, CF/88).

Em suma, o princípio em tela visa desenvolver uma execução sem excessos, buscando alcançar a verdadeira finalidade da sanção penal.

2.5.3 Princípio da proporcionalidade da pena

Como já abordado em outra oportunidade, o princípio da proporcionalidade, também denominado por alguns de postulado e por outros de regra da proporcionalidade, talvez seja atualmente um dos princípios mais importantes do ordenamento brasileiro, uma vez que a proporcionalidade deve estar presente em todas as decisões e etapas do processo, visando não só salvaguardar os direitos do condenado, mas também a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito.

Referido princípio se firmou como verdadeiro pressuposto constitucional e penal somente a partir do iluminismo, ao estabelecer que quando da criação das normas penais e das penas cominadas às infrações, o legislador deveria adequar a gravidade do crime a sanção imposta, prestigiando a segurança jurídica e a punição justa, busca que se faz incessante até os dias atuais. A respeito do tema, ensina o professor Edilson Mougnot Bonfim (2009, p. 60) que:

Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios.

O princípio da proporcionalidade almeja estabelecer um ponto de equilíbrio entre o direito de punir do Estado e os direitos do criminoso, ou seja, visa aplicar de forma harmônica os princípios constitucionais e infraconstitucionais, utilizando-se das suas três submáximas, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como já abordadas em anterior oportunidade. Motivo pelo qual é previsto em todo o ordenamento jurídico atual, e em que pese

não possuir previsão legal expressa, pode ser facilmente extraído mediante a interpretação do artigo 5º, incisos XLVI e XLVII da Constituição Federal de 1988.

Entende o escritor Luiz Régis Prado (2005, p. 30) que:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, gradual, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso.

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal [...] e a pena cominada ou imposta.

A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pela direito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Podemos concluir que por este princípio, o indivíduo deve ser punido dentro dos limites de sua culpa, sendo certo que preenchidos os requisitos legais (lapso temporal e bom comportamento), a grande maioria dos condenados tem direito à progressão de regime, contudo, essa questão da proporcionalidade também deve ser analisada do ponto de vista social, ou seja, deve-se ponderar e argumentar os valores em tensão, pois embora garantidos *prima facie*, os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, devem ser restringidos pelo aplicador do direito, quando insuficientes para alcançarem seus próprios fins.

Assim, abordaremos a questão da proporcionalidade durante todo o decorrer do trabalho de pesquisa, mas levando em conta não só o indivíduo que praticou o delito e seus direitos garantidos por todo o ordenamento, mas também a vítima, a gravidade do crime e as circunstâncias em que ocorreram, uma vez que está também deve ser protegida pelo Estado, na busca pelo equilíbrio entre os direitos.

2.5.4 Princípio do contraditório e ampla defesa

Previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o princípio em questão estabelece que, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. A Lei de Execução Penal – LEP,

nos artigos 118, §2º e 144 também elenca algumas obrigações ao juiz quando da ocorrência de regressão ou mudanças no livramento, sendo que, sob pena de nulidade absoluta do ato, o réu deve ser inquirido antes de qualquer mudança no seu quadro de execução.

Sobre o assunto, bem esclarece o penalista Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 21):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

Em suma, esse princípio assegura uma igualdade entre as partes litigantes, ou seja, prevê que o acusado tem o direito de se defender de todos os fatos que lhe foram imputados, em todas as fases do procedimento.

2.5.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, diz que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, [...], constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...].

O princípio em questão, guarda estreita ligação com o princípio da humanidade, retratado no artigo 5º, incisos II, XLVII e XLIX, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais estabelecem que o indivíduo não será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, cujos artigos, proíbem a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a prisão perpétua e os trabalhos forçados, além de assegurarem não só a integridade física mas também a moral do preso. Para Luiz Roberto Barroso (2010, p. 254):

A dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física quanto moral.

Esse princípio que sempre foi motivo de grande discussão em todas as fases da execução penal, almeja conceder aos condenados um mínimo de direitos e, o faz evitando a promulgação de leis discriminatórias que estabeleçam por exemplo crimes com penas indeterminadas, desumanas, entre outras, pois, em que pese a monstruosidade de alguns delitos, que na sua maioria são praticados contra crianças inocentes ou pessoas indefesas, é sabido que pagar a violência com a própria violência, nunca foi uma boa solução para com o crime e também não é o objetivo buscado pelo ordenamento.

Neste sentido, ensina José Carlos Daumas Santos (2005, p. 11) que:

A dignidade da pessoa humana é a principal sustentação da estrutura jurídica, porque confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos pertinentes aos direitos fundamentais, como também deve ser interpretado como referente a cada indivíduo, a todas as pessoas, sem discriminações, e a cada ser humano livre.

Tal princípio, portanto, é a base dos direitos consagrados constitucionalmente, com reflexos inegáveis na execução da pena.

A Lei de Execução Penal trata desse princípio no artigo 40, estabelecendo que: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Todavia, como já explanado anteriormente, o atual sistema penitenciário brasileiro se encontra totalmente defasado, em condições precárias, não oferecendo sequer o mínimo de dignidade aos condenados, daí o surgimento do problema, já que os poucos sentenciados que entraram no sistema e possuíam grandes chances de se ressocializarem, acabam por entrar de vez no mundo do crime, pois, na grande maioria destes estabelecimentos, a ressocialização é algo inexistente, praticamente impossível de ser efetuada, contrariando totalmente a real função da pena.

2.5.6 Princípio da personalidade

Previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, descreve que “[...] Nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”, ou seja, a

execução da pena cabe exclusivamente ao réu. Contudo, compete ao estado amparar e orientar seus familiares, de acordo o artigo 22, inciso XVI, da lei nº 7.210/84.

2.5.7 Princípio do duplo grau de jurisdição

Retratado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, descreve que as partes litigantes em processo judicial ou administrativo, podem se valer de uma segunda opinião a respeito do mérito da causa discutida, por meio do recurso, o qual é analisado por um tribunal em tese mais experiente. Esse princípio é um desdobramento do princípio do contraditório, e pode ocorrer inclusive quando da execução penal.

No que tange ao princípio em tela, vale ressaltar que quando a competência for originária do Supremo Tribunal Federal, não haverá recurso e, portanto, o princípio sequer existirá.

Nesse sentido, dispõe o professor Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 58):

Princípio segundo o qual as decisões podem ser revistas por órgãos jurisdicionais de grau superior, por meio da interposição de recursos. Abrange tanto as questões de fato quanto as questões de direito, alcançando as sentenças e as decisões interlocutórias.

Por fim, vários outros princípios poderiam ser abordados em face da íntima ligação com o tema, entretanto, buscamos de uma maneira sintetizada tratar dos mais importantes, ou seja, daqueles que mais influenciariam quando da prolação da sentença penal condenatória e da imposição da pena privativa de liberdade, objeto de estudo deste trabalho. Entretanto, para concluirmos o estudo dos princípios, se faz necessária a análise do princípio do contramajoritarismo.

2.5.8 Princípio contramajoritário

A República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e adota um sistema de tripartição dos poderes, onde os representantes do Legislativo e Executivo são eleitos pelos votos da maioria da população, daí porque alguns afirmam que a democracia é o “governo da maioria”, pois, é sabido que os representantes do Poder Judiciário, ao contrário dos anteriores, são via de regra concursados, aos quais incumbe realizar o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, agindo de forma contramajoritária.

Todavia, antes de ingressarmos no estudo do princípio propriamente dito, é necessário estabelecermos algumas distinções entre os conceitos de constitucionalismo e democracia, pois, longe de serem antagônicos, são fenômenos que se completam e se apoiam no Estado contemporâneo.

Para o mestre Luiz Roberto Barroso (2010. pp. 88 e 89): “*Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of Law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.”

Defende o mesmo autor (2010, p. 93) que: “Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substantivistas dão ênfase aos princípios da Justiça (*i.e.*, aos direitos fundamentais) e os procedimentalistas, ao princípio majoritário”.

A democracia é, portanto, marcada por conquistas e por perspectivas a serem alcançadas. Para o professor José Afonso da Silva (2011, p. 131):

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) da participação, direta ou indireta do povo no poder para que está seja efetiva expressão da vontade popular, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação [...]. Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. (grifado no original).

Em face do Estado Democrático de Direito, é fácil percebermos que o princípio majoritário, não raras vezes prevalecerá em detrimento das minorias,

embora também seja limitado pela lei e pelo postulado normativo da proporcionalidade, com o intuito de evitar injustiças, sob o simples argumento de que assim decidiu a maioria por meio da eleição de seus candidatos. Assim, compete ao Poder Judiciário, conciliar o “governo da maioria”, em face da supremacia da Constituição e da defesa dos direitos por ela tutelados.

Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 449) ensina que:

Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexandre Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano, “a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contramajoritária em nosso sistema”.

O contramajoritarismo, portanto, atuará buscando a participação das minorias, para evitar que estas sejam sufocadas pelos valores democráticos impostos pela “maioria do governo”, visando apenas e tão somente o benefício próprio, ou seja, ainda que o controle judicial de constitucionalidade seja contramajoritário, ele consiste em elemento essencial para o Estado, uma vez que os juízes e tribunais atuaram em defesa dos direitos fundamentais.

Essa atuação contramajoritária do Poder Judiciário, não se justifica apenas pelo maior preparo de seus membros, em relação aos demais Poderes, más acima de tudo, em razão do respeito deste órgão para com o cumprimento das normas trazidas pela Constituição, sendo necessária a atuação do primeiro quando do uso abusivo do princípio majoritário.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS E AS PRINCIPAIS FASES PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A origem da pena é muito remota, levando-se em consideração que desde os tempos mais primitivos, os homens se agrupavam e se sujeitavam a penas cruéis e desproporcionais, para que existisse entre eles um mínimo de convivência.

Dada a visão precária das antigas civilizações e a forte influência da igreja católica, os primeiros povos que ficaram conhecidos como *totens*, acreditavam que se o indivíduo que descumpriu uma ordem não fosse punido pelo chefe do grupo, toda a comunidade seria castigada por seres maléficos. Essa época é caracterizada pela aplicação de castigos coletivos e ilimitados, não havendo qualquer tipo de individualização ou busca pela justiça.

Para ilustrar melhor o assunto, é importante o estudo de um trecho do livro “Tratado de Direito Penal”, do penalista Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 26), o qual ensina que:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“Totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade [...] O castigo aplicado consistia no sacrifício da própria vida do infrator.

Ainda sobre o tema, ensina o autor Manoel Pedro Pimentel, no livro “O crime e a pena na atualidade” (1983, p. 118) que:

Não podendo explicar os acontecimentos que fugiam à normalidade do cotidiano (a chuva, o raio, o trovão), era levado a atribuir tais fenômenos a seres sobrenaturais, que exerciam direta influência sobre a vida dos homens, premiando-os ou castigando-os pelo seu comportamento. Tais seres habitariam as florestas, ou se encontrariam nas pedras, nos rios, nos animais, e seriam maléficos ou propícios, dependendo das circunstâncias.

Com o advento da Lei de Talião (Código de Manu, século XII, a.C e Código de Hamurabi, século XXIII, a.C), a aplicação da pena passou a ser vista de forma limitada e proporcional, ou seja, era restrita ao mal praticado, período que ficou conhecido como “olho por olho e dente por dente”. Nessa época, a pena

pecuniária passou a ser admitida como forma de reparar o dano e impedir a vingança, embora ainda muito frequente a pena de morte e os castigos corporais, em face da dificuldade destes povos em diferenciar o crime do pecado.

Conquanto, com o passar dos séculos, e mais precisamente na Idade Média, diante do surgimento de alguns delitos que despendiam uma atenção maior para serem elucidados, os povos passaram a utilizar a pena de prisão como forma de castigar o indivíduo que descumpriu alguma ordem, a qual inicialmente era o principal meio de punir da igreja, e hoje é a mais discutida quando aplicada.

3.1 História da execução penal

A história da execução penal e do direito sempre foram interligadas e marcadas pela forte influência religiosa, pois desde os tempos mais primitivos, como era considerado um aplicador das regras divinas, quando um indivíduo descumpria algo e cometia uma infração, era julgado pelo homem do clero. Nesse sentido ensina a professora Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, p. 26) que, “a noção de crime se confundia com a noção de pecado”.

Daí porque afirmar que as irregularidades presentes até hoje na execução penal são advindas do sistema inquisitivo, onde não só se permitia a supressão das garantias do acusado, mas também a prática da tortura, a colheita de provas de maneira ilimitada e secreta, entre outras, as quais não raras vezes persistem atualmente.

Com o surgimento do Direito Feudal, ocorreu uma divisão na aplicação das regras processuais existentes, uma vez que estas eram aplicadas exclusivamente aos nobres ou homens livres, ficando a cargo do senhor feudal estabelecer as penas que se sujeitariam seus servos.

O feudalismo se caracteriza pelos famosos “Julgamentos de Deus”, onde em um procedimento público, formal e oral, o senhor feudal que funcionava como árbitro, estabelecia um duelo entre a vítima e o acusado, pois, acreditava-se, que a verdade chegaria através da intervenção divina quando dos debates realizados, pouco importando a prova da verdade. Em regra, as sanções aplicadas

eram pecuniárias, das quais não cabia recurso, mais ainda aqui era comum a utilização das provas corporais.

Sobre o assunto, ensina a professora Carmen Silvia de Moraes Barros, (2001, pp. 33/34) que:

No duelo, acusado e acusador se enfrentavam, reconhecendo-se razão a quem vencesse. Esperava-se que o mentiroso perdesse, em razão da influência divina – os famosos Julgamentos de Deus. Quem ganhava a luta ganhava o processo, sem que lhe fosse sequer pedido que provasse a verdade.

O acusado e por vezes suas testemunhas podiam também ser submetidos a uma prova que possibilitasse o julgamento divino pela revelação da verdade. Eram as provas corporais, físicas – as ordálias -, em regra consistentes na “prova da água” e na “prova do fogo”.

Diante do fortalecimento dos estados, essas práticas foram aos poucos sendo deixadas de lado, dando lugar a uma nova aplicação da justiça. Assim, o Sistema Romano que prevaleceu entre os séculos V e X d.C, voltou a ser aplicado no início do século XIII, trazendo inúmeras e valiosas mudanças para aplicação da pena na época, pois, passou-se a entender que quando um indivíduo praticava um delito, ele não mais ofendia a divindade ou uma pessoa em particular, mas sim o estado, a coletividade e a ordem pública.

Entretanto, em que pese à evolução dos séculos e do pensamento humano, ainda era evidente a prática do sistema inquisitivo e a influência do Direito Canônico, pois, acreditava-se, que somente o arrependimento e a confissão do acusado o reconciliariam com Deus. Esse período é caracterizado por leis imprecisas, estabelecidas de acordo com o poder discricionário do juiz, o que acarretava desde os tempos mais antigos injustiças e desigualdades.

O Sistema Romano se preocupava exclusivamente com a execução da pena, por acreditar que a ameaça da prisão impediria a prática de novos delitos, entre as modalidades mais comuns, era predominante a pena de morte, as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, sendo certo que a primeira modalidade era reservada ao condenado que não se mostrava arrependido, e as demais consistiam na privação total ou parcial do direito de ir e vir do infrator sempre em caráter perpétuo.

Com o advento do Iluminismo no final do século XVII, novamente ocorreram importantes mudanças na aplicação da lei penal, uma vez que ficou estabelecida a proibição da pena de morte e da prática da tortura como meio de

obtenção da justiça, com o intuito trazer mais segurança jurídica para o processo. Portanto, o iluminismo deu um cunho utilitário para a pena, buscando fins diversos do castigo, todavia, a pena privativa de liberdade passou a ser utilizada como regra, e a partir daí inúmeros centros penitenciários começaram a ser construídos, visando à efetiva realização da execução penal.

No que diz respeito ao tema, ensina a penalista Carmen Silvia de Moraes Barros, no livro “A individualização da pena na execução penal” (2001, p. 46), que:

O Iluminismo vem dar expressão aos anseios de mudança, com sua exigência de um regime de segurança jurídica e de respeito à pessoa. Serviam-lhe de apoio, sobretudo, o contratualismo de Rousseau, o humanismo e o apuramento moral que ascendia com espírito dos novos tempos, cansado dos horrores da prática penal da Idade Média e clamando por ordem e justiça.

Diante da propagação do sistema penitenciário, Cesare Beccaria em 1764, publica a obra “*Dos Delitos e das Penas*”, a qual foi responsável por mais uma mudança no tratamento penal, se fazendo presente até hoje no nosso ordenamento. Nesse período, observou-se a existência de três sistemas penitenciários considerados como principais, vejamos:

- a) Sistema pensilvânico ou Filadélfia; é caracterizado pelo isolamento permanente do condenado, e criticado porque além de severo, impedia a readaptação do delinquente.
- b) Sistema Auburniano; obrigava o trabalho em período integral e pregava além da incomunicabilidade o isolamento noturno. Criticado por adotar o silêncio como regra máxima.
- c) No entanto, esses dois sistemas começaram a declinar, abrindo caminho para novas propostas, com o intuito de minimizar as falhas e limitações trazidas pelos primeiros, surgindo, então, o sistema progressivo.
- d) Sistema progressivo; esse é sem dúvida o mais humanitário de todos os estudados, pois se preocupa com a reinserção do condenado na sociedade. Por esse sistema a duração da pena não se vinculava a

sentença, já que o sentenciado pode obter benefícios de acordo com seu comportamento.

O sistema progressivo durante a vigência do Código de 1940 de forma superficial era aplicado apenas para os condenados à pena de reclusão, onde inicialmente o sentenciado permanecia em absoluto isolamento, e gradativamente passava a trabalhar dentro ou fora da prisão, mantendo-se isolado durante a noite, para depois ser transferido para uma colônia penal, após ter cumprido metade da pena, se o máximo da pena cominada não ultrapassasse três anos; ou após ter cumprido um terço do total desta, se o máximo ultrapassasse esse patamar. Ou seja, depois de cumpridos estes requisitos o condenado teria direito ao livramento condicional.

Com a nova redação dada pela Lei nº 6.416/77, que alterou alguns dispositivos do Código Penal e de Processo Penal de 1940, o período de isolamento absoluto passou a ser facultativo, o que permitiu o sistema de execução em três regimes: fechado, semiaberto e aberto. E, como se referido avanço não fosse suficiente, ainda possibilitou-se o cumprimento da pena em regime menos gravoso, ou seja, eliminou-se a obrigatoriedade de se cumprir o início da pena em regime fechado, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

E, após, no ano de 1984, ensina a autora Irene Batista Muakad, no livro “Pena privativa de liberdade” (2002, p. 58): que “opera-se a Reforma da Parte Geral do Código Penal e é editada a Lei de Execução Penal, ambas valorizando o sistema progressivo anteriormente consagrado, mas vinculando-o ao mérito do condenado”.

Portanto, o sistema progressivo adotado pelo ordenamento brasileiro, se encontra estampado no artigo 33, § 2º, do Código Penal, o qual estabelece 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.

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

A LEP – Lei de Execução Penal, também trás o sistema progressivo, ao prever no artigo 112 que:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos gravoso, 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.

§1º. A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público do defensor.

§2º. Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Redação da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003).

Em síntese, podemos concluir que a lei dispõe de métodos eficazes para que se proceda não só a uma individualização adequada, más também a uma progressão justa, na busca pelos ideais presentes em todo o ordenamento. Todavia, é notório que a realidade do sistema penitenciário brasileiro é totalmente avessa à teoria, razão pela qual vivemos esse caos da criminalidade, pois em face da não ressocialização do condenado, a sociedade acaba sofrendo as consequências.

Contudo, nos próximos capítulos, tentaremos mostrar que embora a progressão de regime seja um direito do preso, assim como os demais direitos, ela também pode sofrer restrições, pois, da mesma forma que o Estado é obrigado a fornecer a progressão se preenchidos os requisitos legais, deve também suprimi-la em determinados casos, na busca do bem comum.

3.2 Fases da Individualização da Pena

3.2.1 Atividade legislativa

A atividade legislativa da individualização da pena é realizada pelo legislador quando da criação das normas e valoração das condutas, sendo certo que este é limitado pelos princípios da legalidade e da proporcionalidade, com o intuito de prevenir a ocorrência de novos delitos e ao mesmo tempo evitar abusos.

Nessa fase, ciente do bem a ser tutelado, o legislador fixa a quantidade da pena em abstrato que será cominada ao delito, de maneira coerente e proporcional, pois caso a pena imposta não ressocialize o infrator, em face do atual sistema carcerário, ela deve deseducar o mínimo possível.

Alguns doutrinadores excluem essa fase do processo de individualização, contudo, é totalmente inviável analisá-la de forma isolada, já que ambas (legislativa, executiva e judiciária) visam alcançar um único fim, ou seja, a ressocialização do condenado. Sobre o assunto, explica o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, pág. 27):

No entanto, além das atividades judicial e executiva, a individualização deve abarcar, também, o aspecto legislativo, não só para possibilitar a escolha da quantidade e qualidade da sanção a ser cominada em abstrato; mas, como se verá adiante, diante do implemento da noção de *bem jurídico*, que importe um conceito mais amplo de individualização, esta se caracteriza também pela seleção de condutas individuais ou consideradas socialmente lesivas, que devam ser tipificadas pelo Direito Penal, mediante a elevação de bem ou valor à categoria de "*bem jurídico penal*".

3.2.2 Atividade judicial

A individualização judicial é a realizada pelos juízes em primeira instância e também pelos tribunais na fase recursal, esta além de vincular o magistrado ao que está previsto em lei, ainda limita seu poder punitivo nos princípios da proporcionalidade e culpabilidade.

Essa modalidade de individualização é muito discutida atualmente, pois visa impedir condenações padronizadas ou pré-estabelecidas pelos juízes, encontrando respaldo no artigo 59 do Código Penal, o qual descreve que para a fixação da pena, o juiz analisará entre outros requisitos a culpabilidade do agente, seus antecedentes, as circunstâncias e consequências do crime, etc. O problema é que embora a lei estabeleça patamares para a imposição da pena, ela não os valora, ficando a cargo do juiz referida análise, o qual deve sempre fundamentar suas decisões.

No Código Penal, a individualização judicial é prevista no artigo 68 e ocorre em três etapas, vejamos: "A pena será fixada atendendo-se ao critério do art.

59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Entretanto, em que pese todos os princípios norteadores da fixação da pena, o juiz possui o livre convencimento motivado das suas decisões, e embora criticado, este é de suma importância em determinados casos, já que a lei não abrange todos os aspectos em relação a todos os tipos de crimes.

3.2.3 Atividade executória

A atividade executiva ou administrativa da individualização da pena se inicia com a prolação da sentença penal condenatória, onde o juiz fixa o regime inicial de cumprimento da pena do condenado que pode ser no regime aberto, semiaberto ou fechado. Contudo, vamos nos ater a pena privativa de liberdade, ou seja, no regime fechado, a qual será objeto de estudo mais aprofundado no decorrer da pesquisa.

Nessa fase concretizamos a aplicação da lei e ao mesmo tempo esperamos alcançar os ideais trazidos por ela, daí a importância de uma individualização cautelosa e justa, tanto pelo legislador, quando pelo magistrado.

Outrossim, embora os regimes sejam fixados na sentença, de acordo com os artigos 112 e 118 da LEP, estes podem ser modificados no decorrer da execução, tanto para beneficiar (progressiva) quanto para prejudicar (regressiva) o sentenciado, devendo sempre ouvir o Ministério Público e o defensor do condenado, antes de ser efetuada qualquer mudança no seu quadro de execução.

Diante da complexidade da execução penal, essa pressupõe um conjunto de deveres e direitos, tanto por parte do estado quanto do condenado. Os deveres do preso estão elencados no artigo 39 da LEP, dentre eles podemos destacar que, enquanto encarcerado o infrator deverá obedecer e respeitar seu superior, submetendo-se as sanções impostas, não participar de movimentos que possam comprometer à ordem ou a disciplina carcerária, entre outros, para que possa obter maiores benefícios.

Os direitos do preso estão previsto no artigo 5º, incisos III e XLIX, da Constituição Federal de 88 e no artigo 41 da LEP, ou seja, é direito do preso ter

acesso à alimentação, educação, assistência médica, advogado, entre outros. Ressalte-se que o diretor do estabelecimento prisional é competente para suspender ou restringir alguns destes direitos previstos no artigo 41, devendo sempre fundamentar sua restrição.

No que tange as faltas disciplinares cometidas pelos encarcerados, estas se subdividem em leves, médias e graves. As faltas leves e médias, são punidas de acordo com o poder discricionário da administração penitenciária, pois diante da ausência de previsão legal, estas são consideradas administrativas e sequer precisam ser comunicadas ao juiz da execução, já que não interferem no andar desta.

A contrário sensu, a falta grave prevista no artigo 50 da LEP, deve sempre ser comunicada ao juiz da execução, já que em alguns casos ela pode acarretar a regressão de regime, interferindo diretamente no bom andamento da execução penal. Dentre as causas que ensejam a falta grave podemos destacar a fuga do preso, a participação deste em movimentos que levam a desordem ou a indisciplina carcerária, etc. Lembrando que estas faltas também se estendem aos presos provisórios.

Essa última fase do denominado sistema tripartido, irá despender uma análise mais detalhada no decorrer do trabalho.

3.3 A Natureza Jurídica da Execução Penal

Como já explanado em anterior oportunidade, o nosso ordenamento adotou a teoria mista ou eclética, de forma que segundo o artigo 2º da LEP, algumas normas da execução pertencem ao direito processual, possuindo cunho jurisdicional, predominantes no ordenamento, enquanto que outras dizem respeito à execução propriamente dita, ou seja, são de cunho administrativo, as quais ocupam um lugar secundário na execução penal.

A Lei de Execução Penal, estabelece nos artigos 54, 60 e 66, um rol complexo de situações onde o juiz da execução deverá atuar, daí a predominância pelo cunho jurisdicional, tendo em vista que caberá ao juiz decidir sobre a inclusão do condenado ao Regime Disciplinar Diferenciado, tema que será objeto de estudo

posterior, bem como apurar faltas disciplinares, decretando desde que fundamente a decisão, o isolamento do preso, autorizar o trabalho externo, e o computo desses dias para efeito de progressão de regime, sendo estas algumas das modalidades administrativas também efetuadas pelo juiz.

Todavia, importante frisar que algumas destas modalidades, tal como ocorre com a progressão de regime, prevista no artigo 112 da LEP, se dará em conjunto com o diretor do estabelecimento penitenciário, uma vez que este é que atestará ao magistrado o bom comportamento do condenado, submetido a pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, é visível que a vinculação da execução penal ao magistrado é de suma importância para a garantia de uma individualização justa, equilibrada, sem excessos, pois cabe a este, analisar cada caso em particular com muita cautela, até mesmo para conceder direitos a quem os tem e para restringir de quem for necessário, na busca pelo bem comum.

3.4 Regras de Tratamento Penitenciário e a Ineficácia do Ideal Ressocializador

Dispõe o artigo 5º da LEP que: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização penal”. Sucessivamente, os artigos 6º e 7º, estabelecem que essa classificação será realizada por uma comissão técnica, que elaborará um programa individualizador para cada condenado ou preso provisório, a qual deve existir em cada estabelecimento prisional, além de ser presidida por um diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando o condenado estiver submetido a pena privativa de liberdade.

Entretanto, estas utopias trazidas pela Lei de Execução Penal, são bastante criticadas, pois a falta de recursos, investimentos e até mesmo a ausência de profissionais qualificados, são verdadeiros obstáculos, que impedem a concretização da individualização prevista pela Lei.

Verifica-se, portanto, que a Lei de Execução Penal, prevê a classificação dos presos, com o intuito de separá-los de acordo com a sua personalidade e características, pois de acordo com o artigo 9º da LEP, estas

comissões realizariam entrevistas, exames necessários, poderiam requisitar dados do condenado, com o objetivo de aferir a personalidade e os motivos que levaram cada condenado a praticar crimes.

O que seria de suma importância para o atual sistema penitenciário, que se encontra abarrotado de condenados, uma vez que com o efetivo trabalho destas comissões, seria perfeitamente possível diferir aqueles indivíduos que praticaram um único delito, ou que ainda podem ser ressocializados, daqueles que ingressaram no mundo do crime, por diversos motivos, mas que não querem sair dele, efetivando desta forma os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Todavia o que vemos na prática é um sistema deixado de lado, que enquadra todos os tipos de condenados em um mesmo patamar, deixando evidente que o que a lei prevê é uma letra morta, sem nenhuma aplicabilidade. Ou uma aplicabilidade mínima, já que dentre as várias exigências constitucionais e infraconstitucionais, talvez a única que ocorre na prática seja a separação entre homes e mulheres, prevista em parte do ao artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, o qual descreve que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Porém, ainda assim, em que pese tantos direitos e garantias constitucionais tuteladas pelo ordenamento como um todo, não raras vezes nos deparamos com situações extremamente absurdas, desproporcionais e injustificáveis, que não garantem um mínimo de dignidade, como ocorreu com a jovem menor de 15 anos de idade que durante um mês ficou presa em uma cela, com mais de vinte homens, na cidade de Abaetetuba no Estado do Pará, sendo obrigada a manter relações sexuais, além de ter sido diversas vezes agredidas para sobreviver.

Portanto, em diversos dispositivos a LEP prevê normas nesse sentido, estabelecendo no artigo 84, “caput” que:

Art. 84. O preso Provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§1º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para reincidentes.

§2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

Desta forma, a Lei prevê diversas maneiras para se proceder a uma individualização adequada, eficaz, capaz de agrupar os sentenciados de acordo com as características de cada um, no entanto, este ideal classificador, assim como diversos institutos previstos por todo o ordenamento jurídico brasileiro, como a progressão e o livramento condicional, os quais serão objetos de estudo em breve, estão longe de serem efetivados, pois, para alcançá-los seria necessário o apoio e o trabalho em conjunto com diversos órgãos grandiosos, como o governo, os condenados e a sociedade em geral, tendo em vista que a melhora de alguns, gera a melhora de todos, entretanto, é evidente o fracasso desse ideal ressocializador.

Evidente, no sentido de que a superlotação prisional, o cárcere e a submissão a um tratamento hostil, bem como outros prejuízos como o aculturamento e a agressão a saúde de muitos, em razão da ausência de uma individualização adequada, não asseguram o mínimo de garantias trazidas pela lei, como a saúde, educação, assistência material e a assistência ao egresso, previstas nos artigos 11, 12 e 25 da LEP, evitando que a reinserção do condenado a sociedade ocorra.

Insta frisar que a assistência disposta no artigo 10 da Lei de Execução Penal, não é apenas um direito do condenado, mas sim um dever do Estado, que com a imposição da sanção, visa prevenir o crime e orientar o retorno do réu à convivência em sociedade, sendo responsável pela recuperação moral deste, principalmente do condenado a pena privativa de liberdade, por ser esta a última medida prevista como forma de punição.

Por tal motivo, o Estado deveria oferecer subsídios capazes de auxiliar estes indivíduos, quando egressos do sistema, pois, ainda que ressocializasse uma porcentagem mínima destes, estaria cumprindo a lei, porém, quando deixa de auxiliá-los por amontoar todos os condenados em uma mesma vala, o Estado acaba cometendo injustiças, e perdendo a oportunidade de recuperar os que poderiam ser ressocializados, aumento ainda mais a criminalidade, por mera irresponsabilidade.

A infraestrutura de todo o sistema penitenciário brasileiro é tão evidente, que reflete de maneira direta na ineficácia do ideal trazido pela LEP, pois ao determinar nos artigos 14 e 17 que o preso e o internado terão direito a assistência médica, farmacêutica e odontológica, bem como direito a instrução escolar e a formação profissional, a lei prevê uma das mais importantes prestações que um Estado que se diz Democrático de direito deve prestar ao seu povo, já que a concessão destes benefícios aos homes e mulheres reclusos no sistema

penitenciário, significariam um alicerce valiosíssimo para a reinserção da vida em sociedade.

Entretanto, quando nos depararmos com tais previsões normativas, pensamos estar lendo algum tipo de piada de muito mau gosto, tendo em vista que referidas assistências são escassas até mesmo para a população livre, honesta e trabalhadora, além de muitas vezes ser imprópria para as crianças que necessitam de creches, escolas, ou quando as tem, são superlotadas, carecendo de ensino de qualidade.

Além da questão da educação, as assistências sociais e religiosas visam amparar o condenado quando fora do sistema, uma vez que a primeira lhe preparará para o retorno a vida social, concedendo-lhe orientações e bases para procurar um emprego digno, e não mais retornar ao presídio, enquanto que a segunda, e talvez a mais importante delas, pode se tornar um fator decisivo para a recuperação do encarcerado, tendo em vista que não raras vezes, o preso pode ter um primeiro contato com a vida religiosa na prisão, podendo mudar de maneira completa o seu interior, o que refletiria com toda certeza em atos que o excluiriam das estatísticas criminais.

Daí porque concluímos que ao mesmo tempo em que o Estado chama para si a responsabilidade de reeducar, ressocializar o condenado a pena privativa de liberdade, limitando suas garantias constitucionais, visando proteger a população, ele deixa de oferecer subsídios básicos de educação e infraestrutura para ambos, e o faz sem perceber ou pelo menos sem se importar com as consequências advindas dessa falta de responsabilidade, suprimindo direitos mínimos de todas as partes sem resolver o problema da criminalidade, ficando praticamente impossível obter a tão esperada ressocialização.

Contudo, a pena de prisão já exposta em anterior oportunidade, continua sendo vista como um mal, porém, um mal estritamente necessário, pois, ainda que não obtenha seu ideal, é o meio mais eficaz de proteger a sociedade que na sua grande maioria é honesta e trabalhadora, dos crimes bárbaros e das organizações criminosas crescentes e avassaladoras que atingem o País como um todo.

4 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL

Inicialmente, tem-se que a função primordial do Direito Penal é solucionar os problemas cada vez mais crescentes e avassaladores da criminalidade, com o intuito de evitar a prática de novos crimes por parte do autor, no entanto, o Direito Penal tem como papel fundamental a proteção da sociedade, e para tanto, utiliza-se de algumas teorias, visando alcançar essa prevenção. Nestes termos, preleciona José Carlos Dauma Santos (2005, pág. 24) que: “a missão do Direito Penal é defender a sociedade (protegendo bens, valores ou interesses), garantir a segurança jurídica ou a sua confiabilidade e confirmar a validade das normas”.

O que está intimamente ligado à finalidade da execução penal, tendo em vista que de acordo com o mesmo autor (2005, pág. 21): “não se fala em execução penal sem se discutir a finalidade da pena”. Sendo assim, a pena é uma forma de retribuir ao autor do fato o ato ilícito por ele praticado, com o fim de prevenir a prática de novos delitos.

Dentre as principais teorias que versam sobre a finalidade da pena, podemos destacar a teoria retributiva (ou absoluta), a teoria preventiva (ou relativa), (que se divide em prevenção geral e prevenção especial, e se subdivide em positiva e negativa), e por fim a teoria mista (ou eclética ou unificadora).

Contudo, antes de adentrarmos no estudo das teorias, é necessário estabelecermos alguns conceitos a respeito do significado da palavra pena, senão vejamos:

O professor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 56) defende que: “Trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes”.

Para o penalista Damásio E. de Jesus (1998, p. 517) a pena significa: “a sanção aflitiva imposta pelo estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Em ambos os conceitos resta evidente a adoção pela natureza mista da aplicação da pena, uma vez que estes englobam tanto a natureza retributiva quanto a natureza preventiva. No mesmo sentido, preleciona Renato Marcão (2010, p. 31):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Ressalte-se, que a atividade judicial da individualização da pena, realizada pelo juiz quando da prolação da sentença penal condenatória, está intimamente ligada à finalidade desta, já que antes de fixar uma pena em concreto, o juiz deve analisar com cautela as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, bem como as circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 61 e 65 do CP) e as causas de aumento e de diminuição da pena (previstas para alguns tipos penais), realizando um juízo de ponderação entre a lei e a necessidade do caso em particular, com o intuito de aplicar ao acusado uma pena justa, ou seja, capaz de reprimir e prevenir novas infrações penais, sem deixar a coletividade desprotegida.

A seguir, analisaremos de maneira breve o que se entende por cada uma dessas teorias.

4.1 Principais Teorias Acerca da Finalidade da Pena

4.1.1 Teoria retributiva

A teoria da retribuição da pena, embora já ultrapassada, defendia que como o indivíduo se utilizou do livre arbítrio para infringir uma norma penal estabelecida, o mal do crime seria compensado com o mal da pena. Também denominada de absoluta, a teoria retributiva era bastante criticada, pois, além de ofender princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, não levava em consideração os aspectos subjetivos do condenado, ou seja, não visava

com a privação da liberdade obter nenhum fim social, sendo totalmente avessa aos ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito.

A respeito do tema, explica o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 70) que:

No esquema retribucionista, a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de 'realizar justiça', devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional, a pena, como consequência jurídico-penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto.

Os maiores defensores dessa teoria foram Kant e Hegel, no entanto, Kant defendia que a pena serviria como uma espécie de castigo, ou seja, retribuiria o mal causado, como forma de se fazer justiça (MIRABETE, 2003, p. 244). Enquanto que Hegel defendia que a finalidade principal da pena era restabelecer a ordem jurídica, de maneira que não atribuía a esta apenas o caráter vingativo (BITTENCOURT, 2002, p. 90).

4.1.2 Preventiva

A teoria da prevenção, também denominada de relativa, era totalmente contrária a anterior, uma vez que com a aplicação da pena, almejava alcançar a ressocialização do condenado, o que impediria a prática de novos delitos. Referida teoria era voltada para o futuro e buscava dar um fim utilitário a pena, sendo certo que esta ainda se subdivide em outras duas, prevenção geral e prevenção especial.

4.1.2.1 Prevenção geral

A teoria da prevenção geral era voltada para a sociedade como um todo, ou seja, dirigia-se a aquelas pessoas que estavam mais propensas a praticar delitos, como forma de coibi-los, pois, entendia-se, que no momento em que se fixava uma pena, o mal da pena impediria a ocorrência de novos crimes, servindo o autor de exemplo para a sociedade.

Essa teoria sofreu muitas críticas porque não primava pela ressocialização do delinquente, tendo em vista que a imposição da pena era tão somente uma obrigação do Estado, no intuito de impedir novos delitos. A teoria da prevenção geral ainda se subdivide em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Em seu aspecto negativo, a teoria da prevenção geral consistia na ameaça como forma de atribuir à pena uma função preventiva. Sobre o assunto, a professora Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, p. 62) expressa que: “a prevenção geral negativa teria por fim prevenir a perpetração de delitos por parte da generalidade. Espera-se que a ameaça da pena exerça uma função no processo de formação do querer, como contra impulso ao impulso criminal”.

Criticada por não observar o princípio da individualização da pena e por violar direitos básicos, já que para servir de exemplo o réu era muitas vezes submetido a sanções rigorosas e desnecessárias.

Em seu aspecto positivo, a teoria da prevenção geral expressava que o descumprimento das normas penais acarretaria a justa aplicação da pena, com o intuito de fazer justiça, restabelecer a ordem jurídica violada, a confiança, a convivência pacífica e a prevenção de novos delitos.

No que tange a esse assunto, dispõe o penalista Paulo S. Xavier de Souza (2006, pág. 78) que:

Essa teoria centra-se, basicamente, na ideia de *afirmação simbólica da validade das normas pela pena*, ou realização da *eficácia estabilizadora* da norma por meio da sua aplicação, que favoreceria o processo de integração social, restabelecendo a confiança institucional quebrada pelo desvio, porquanto, se a violação das leis penais provoca abalo na consciência jurídica dos indivíduos, esta cessaria com a reafirmação da validade da norma infringida, por meio da aplicação e execução da pena.

Assim como as demais, também foi bastante criticada por haver resquícios da teoria retributiva, tendo em vista que essa justa punição era aplicada de forma discricionária, sem qualquer tipo de critério e sem se preocupar com a gravidade do delito, razão pela qual suprimia direitos mínimos do indivíduo, ou seja, a teoria da prevenção geral positiva nem intimidava e nem prevenia a prática de novos delitos.

4.1.2.2 Prevenção geral especial

De maneira diversa, a teoria da prevenção especial se preocupava com o autor do delito, ou seja, visava com a aplicação da pena fazer com que este desistisse de praticar novas infrações. Essa teoria passou a analisar de forma individualizada cada delinquente, com o objetivo de alcançar a sua ressocialização. Foi bastante criticada por se preocupar apenas com a ressocialização do criminoso, deixando de lado e, portanto, desprotegida o restante da sociedade. Referida teoria também se subdividiu em negativa e positiva.

Em sua forma negativa, a teoria da prevenção especial buscava intimidar o autor do fato para que ele não voltasse a praticar crimes, para tanto, defendia que este deveria ser afastado do convívio social e inserido nas penitenciárias. Entretanto, seu aspecto positivo consistia na ressocialização, reeducação e readaptação do infrator, o que guarda estreita ligação com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da individualização da pena privativa de liberdade. Criticada porque na prática é sabido que essa ressocialização ou correção não ocorre.

4.1.3 Teoria mista

A teoria mista, unificadora ou eclética, mais atual e dinâmica atribui à pena tanto o caráter retributiva quanto o preventivo, na busca por um ordenamento eficaz, voltado tanto para o condenado quanto para a sociedade. Seus adeptos defendem que a pena só pode ser considerada legítima se ao mesmo tempo for eficaz e justa. Todavia, também recebeu críticas, porque ao combinar as duas anteriores (retributiva e preventiva), que eram totalmente opostas, a teoria não suprimiu às suas falhas, uma vez que a primeira determina que a pena tenha um caráter retributivo e a segunda enxerga está como um fim preventivo.

Portanto, depois de analisadas as principais teorias que versam sobre a finalidade da pena, é necessário discorrer sobre a teoria adotada pelo nosso ordenamento.

4.1.4 Teoria adotada no Brasil

Em face do disposto no artigo 59 do Código Penal, podemos constatar que o ordenamento brasileiro se filiou a teoria mista ou eclética, ao prever que quando do cálculo da pena, o magistrado deve analisar se está é “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, e, embora não tenha determinado qual deva prevalecer quando do caso em concreto, é sabido que diante do atual sistema penitenciário a pena privativa de liberdade continua sendo uma forma de retribuição.

No entanto, a LEP - Lei de Execução Penal que tem como função primordial a reinserção e a reeducação do condenado, para que este possa ser reinserido na sociedade, adotou em seu artigo 1º, tanto a função ressocializadora da pena quanto a teoria da prevenção especial ao descrever que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Em resumo, podemos concluir que a finalidade da sanção tanto no Código Penal quanto na Lei de Execução Penal estão distantes de serem alcançadas, o que de uma maneira geral prejudica toda a coletividade, já que o atual sistema nem resolve o problema dos condenados e nem diminui a criminalidade, razão pela qual se costuma dizer que a pena privativa de liberdade é um mal, porém, um mal necessário, dada a ausência de estrutura.

5 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

Como já exposto acima, é sabido que no Brasil a pena privativa de liberdade poderá ser cumprida em três regimes, aberto, semiaberto e fechado, os quais serão fixados quando da prolação da sentença penal condenatória, lembrando que esse regime é inicial e não definitivo, uma vez que a Lei de Execução prevê inúmeros institutos capazes de modificá-lo durante o cumprimento da pena.

A LEP dispõe no artigo 110 que: “O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

A Lei dos crimes hediondos (Lei n° 8.072/90), quando promulgada pregava que os condenados pela prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, deveriam cumprir a pena no regime integralmente fechado, tendo em vista a gravidade e o temor com que referidas práticas causavam na sociedade. Contudo, diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo, no ano de 2006 pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei n° 11.464/07, deu nova redação ao §1º do artigo 2º da Lei n° 8.072/90, estabelecendo que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”, o que não impossibilitava a sua progressão, embora o §2º do mesmo artigo descreva que: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”, ocorrendo, portanto, um grande avanço na esfera dos crimes hediondos.

Porém, como se tais mudanças não fossem suficientes, em face do alto grau de periculosidade que a grande maioria dos condenados por estes crimes demonstram, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012 declarou inconstitucional a Lei n° 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, §1º da Lei n° 8.072/90, decidindo que ainda que condenados pela prática de crimes denominados como hediondos, o juiz pode estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, primando pelo princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º,

inciso XLVI, da CF/88, pois, a maioria dos Ministros (oito) fundamentaram a decisão sobre o enfoque de que a execução da pena está intimamente ligada ao início desta, ou seja, seria no mínimo injusto obrigar um réu primário a se submeter a pena de prisão tão somente porque a lei assim estabelece.

Essa decisão do STF, assim como as demais decisões de órgãos dotados de poder, teve seu lado positivo e negativo, uma vez que foi de suma importância para os condenados primários, de bons antecedentes etc., já que estes em sua grande maioria são pessoas viciadas e necessitam de tratamento não de prisão, no entanto, facilitou consideravelmente a situação de alguns réus, que ostentam antecedentes criminais, já que após a declaração de inconstitucionalidade do artigo pelo STF, o juiz adquiriu ainda mais poder no julgamento da causa, podendo aplicar qualquer regime, desde que fundamente sua decisão, o que sem dúvida deixa desprotegida a coletividade.

Frise-se que o artigo 33, §4º, do Código Penal, trata dos crimes cometidos contra a administração pública e, dispõe que: “O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”.

Depois de feitas essas ponderações, estudaremos de forma breve os regimes aberto, semiaberto e fechado, existentes no Código Penal Brasileiro, de acordo com o que estabelece o artigo 33, “caput”, do Código penal: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

5.1 Regime Aberto

Conforme prevê o §1º, alínea “c”, do artigo 33 do Código Penal, considera-se: “regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado”. A LEP prevê o regime no artigo 113 que: “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”. Outrossim, o artigo 114 da mesma lei preleciona algumas

exigências que devem ser cumpridas pelo condenado, beneficiado por este regime, vejamos:

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:
I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.
Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta lei.

Ou seja, de acordo com o acima exposto e com o que descreve o artigo 36 do Código Penal; “O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”, isso porque o indivíduo beneficiado por este regime deverá trabalhar sem vigilância e fora do estabelecimento, frequentar cursos etc., ficando obrigado a retornar a casa de albergado no período noturno e nos dias de folga. Sendo certo que o ingresso no regime aberto, ainda pressupõe a aceitação do réu das condições impostas e não impede o magistrado de fixar a prestação de serviços à comunidade, modalidade de pena restritiva de direitos. Acrescente-se que nos termos do artigo 116: “O juiz poderá modificar as condições estabelecidas de ofício, a requerimento do Ministério público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem”.

A redação do artigo 117 da LEP, trás um benefício para os indivíduos nele elencados, por entender que estes estão mais vulneráveis a pena de reclusão, razão pela qual podem cumpri-la em residência particular, cujo rol é taxativo, no entanto, é necessário frisar que se o estabelecimento prisional oferecer os subsídios adequados para suprir as necessidades destes indivíduos, o juiz não será obrigado a aplicar o referido artigo.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiado de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I – condenado maior de setenta anos;
II – condenado acometido de doença grave;
III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV – condenada gestante.

Ora, embora referidos artigos estabeleçam que o regime aberto deva ser cumprido em casa do albergado ou estabelecimento adequado, já que o rol do artigo 117 é taxativo, é sabido que sequer existe penitenciárias para todos os

condenados a pena privativa de liberdade, quanto mais casas de albergado, que são raríssimas no território nacional, ou seja, na prática, o acusado não reincidente com pena igual ou inferior a quatro anos, desde o início fará jus ao regime aberto. Se este decorrer de progressão e não houver lugar apropriado, é pacífico que a pena poderá ser cumprida em prisão domiciliar, devendo ser neste caso monitorado eletronicamente, nos termos do artigo 146-B, inciso IV da LEP, com redação dada pela Lei nº 12.258/2010 e artigo 146-D, inciso II, o qual possibilita a revogação da monitoração quando o condenado cometer falta grave ou violar os deveres a que estiver sujeito, podendo inclusive sofrer regressão de regime, de acordo com o artigo 146-C, I e II e Parágrafo único, VI. Acrescente-se que esta modalidade de regime não prevê a realização do exame criminológico.

Por fim, no que tange ao regime aberto, a aplicação da LEP não se estenderá as condenações decorrentes de crimes militares, já que as instituições militares dispõem de tratamento diferenciado.

5.2 Regime Semiaberto

O artigo 33, §1º, alínea “b”, do Código Penal e o artigo 91 da LEP, consideram: “regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”. Esse regime deve ser fixado para os condenados à pena superior a quatro anos e inferior a oito.

Ainda o artigo 35 e parágrafos do Código Penal, dispunha que o condenado ao regime semiaberto fica sujeito a trabalho durante o período diurno, sendo admissível o trabalho externo e a frequência a cursos profissionalizantes, supletivos, de segundo grau ou superior. Este mesmo artigo estabelece que se aplica ao condenado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, as mesmas regras previstas no artigo 34 que trata do regime fechado, que será estudado a seguir, o que implica dizer que seria obrigatório a realização do exame criminológico, todavia, vem prevalecendo o entendimento de que este é facultativo quando da fixação deste regime.

Neste sentido, ensina o penalista Cleber Masson, no livro “Direito Penal – Parte Geral Esquematizado” (2012, p. 600):

Deficiências estruturais do sistema penitenciário e a incapacidade do Estado de prover recursos materiais que viabilizem a implementação de determinações impostas pela Lei de Execução Penal, que constitui exclusiva obrigação do Poder Público, não podem frustrar o exercício, pelo condenado, de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo ordenamento positivo, como o de começar, desde logo, quando assegurado por sentença penal já transitada em julgado, o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Assim como o anterior, eventual falta de vagas no regime semiaberto, entendido como intermediário, por culpa do Estado, não pode o condenado ser mantido em regime mais rigoroso do que o imposto na sentença penal condenatória.

5.3 Regime Fechado

Bem como os anteriores, previsto no artigo 33, §1º, alínea “a”, do Código Penal, considera-se: “regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média”. Essa modalidade de regime é inicialmente imposta ao condenado à pena superior a oito anos, ainda que não seja reincidente, em que pese na prática o poder do juiz, no sentido de mudá-lo fundamentando de acordo com o artigo 59 do Código Penal.

Não é difícil a percepção de que nem o Código Penal e nem a Lei de Execução Penal, definem estabelecimentos de segurança máxima ou média, assim, em face do artigo 87 da LEP, estes podem ser entendidos como lugares fechados, ou seja, estabelecimentos prisionais (penitenciárias), isso para que o Estado tenha um maior controle sobre estes indivíduos, já que em regra são vistos como bandidos de maior periculosidade e, portanto, necessitam de um tratamento mais rigoroso por parte do Estado. Contudo, como já explanado em outras oportunidades, em razão da defasada política criminal brasileira, a pena de prisão que deveria mesmo ser restrita a condenados considerados mais cruéis e perigosos, acaba se tornando uma válvula de escape para o sistema que inclui todos em uma mesma vala, o que torna praticamente impossível a ressocialização destes.

O artigo 34 do Código Penal trata das regras do regime fechado, impondo que:

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

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

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

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

Embora o “caput” do referido artigo trate do exame criminológico, o analisaremos no tópico seguinte com uma pouco mais de atenção. No que diz respeito aos parágrafos do mesmo artigo, os quais impõem uma forma de obrigatoriedade ao trabalho para o condenado ao regime fechado, admitindo inclusive o trabalho externo, cujo limite máximo é de 10% do total dos empregados da obra, dependendo da autorização da direção do estabelecimento prisional, após o cumprimento de 1/6 da pena, sendo plenamente possível a revogação, nos termos dos artigos 31, “caput”, 32 e parágrafos, 36, “caput”, e parágrafos e 37 da LEP respectivamente.

Porém, diante da atual realidade carcerária, esse ideal trazido pelo legislados é praticamente impossível de se concretizar, pois sequer existem vagas para o trabalho interno, quanto mais para o trabalho externo e o repouso trazido pela lei, daí o grande caos da fracassada política criminal, a qual não alcança os seus ideais ressocializadores.

5.3.1 Exame criminológico

A Lei nº 10.792/2003, alterou alguns dispositivos que tratavam do exame criminológico, impondo uma redução na obrigatoriedade deste, que sempre foi um importante instrumento individualizador da pena privativa de liberdade, pois, sempre se preocupou em analisar o criminoso e o porquê do cometimento de crimes tão bárbaros, calculados milimetricamente.

Esse estudo sempre foi realizado por uma Comissão técnica de Classificação, visava oferecer aos magistrados um melhor entendimento a respeito do caso, ou seja, um suporte fático para embasar a decisão deste, não só na hora de fixar a pena, mas também quando da concessão da progressão, que é um direito de todos os condenados, nos termos do artigo 6º da LEP. Assim a antiga redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais foi significadamente alterado, tendo em vista que a realização do referido exame que era obrigatório não só no início do cumprimento da pena, mas também antes de conceder a progressão de regime, passou a ser visto apenas de maneira secundária, uma vez que referido artigo, com a nova redação, passou a dispor que:

Art. 112. 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. (Grifos nossos).

Podemos concluir que diante da ausência de obrigatoriedade legislativa, o magistrado ainda assim pode requerer a realização do exame, já que a nova redação do artigo 112 não o proibiu, contudo, eventual análise desfavorável a progressão, não poderá ser utilizada por este como forma de impedi-la, o que o torna totalmente inaplicável para sustentar a necessidade do encarceramento, prevalecendo os critérios objetivos aos subjetivos ou de mérito, como deve ser vista a decisão de um laudo de exame criminológico.

Todavia, a súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão fundamentada”, ou seja, o exame criminológico deixou de ser obrigatório para a progressão de regime, mas dependendo da peculiaridade do caso em concreto, pode ser requerido pelo juiz da execução, desde que este fundamente a sua necessidade.

No mesmo sentido é a redação da súmula vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê a possibilidade de progressão para os condenados

por crime hediondo ou equiparado, desde que presentes os requisitos objetivos e subjetivos, sendo facultativa a realização do exame criminológico.

Súmula 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072/90, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado a realização do exame criminológico.

Portanto, em ambas as súmulas o exame criminológico não é obrigatório, de forma que não constitui requisito para a progressão da pena, entretanto, pode ser determinado pelo juiz, desde que este fundamente os motivos.

Desta forma, é inevitável a constatação de que em face da infraestrutura das penitenciárias brasileiras, o legislador se apega de todos os lados, com o intuito de conceder benefícios de maneira mais ágil, ainda que para isso suprima normas fundamentais estabelecidas na lei, visando em benefício de alguns, prejudicar a maioria. Pois, nada mais justo que conceder a progressão a quem faz jus a ela, porém, banalizar a sua aplicação não é melhor saída para um país que almeja a democracia.

5.3.2 O Regime disciplinar diferenciado (RDD)

Criado pela resolução nº 26, de 04 de maio de 2001, da Secretária de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, o regime disciplinar diferenciado surgiu em face do crescimento e do poder desenfreado das grandes organizações criminosas nos interiores das penitenciárias, principalmente dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Muito se discutia sobre a inconstitucionalidade desse instituto, não apenas pelo fato de ter sido criado por meio de uma resolução, mas, sobretudo por ferir princípios tutelados pela Constituição Federal. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decretou a constitucionalidade da aplicação do regime disciplinar diferenciado, e o fez com fundamento no artigo 24, inciso I, da CF/88, sob

o argumento de que os Estados tem competência para legislar sobre direito penitenciário.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

Contudo, no dia 01 de dezembro de 2003, entrou em vigor a lei nº 10.792, a qual modificou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, conferindo força de lei ao regime disciplinar diferenciado, em que pese inúmeras críticas ao redor do instituto. Cujo status constitucional ocorreu principalmente após a morte do juiz da Vara das Execuções Penais da cidade de Presidente Prudente, Dr. Antônio José Machado, no dia 14 de março de 2003.

O RDD se aplica a todos os condenados, desde que maiores de dezoito anos e capazes, independentemente da prisão, ou seja, provisória ou definitiva. Esse consiste em separar os presos de maior periculosidade, os quais integram facções, organizações criminosas, causando indisciplina e desordem carcerária, do convívio dos demais presos.

Pode ser inserido nesta modalidade de regime: a) o preso que cometer crime doloso dentro do estabelecimento penal, ocasionando subversão da ordem ou da disciplina interna; b) oferecer alto risco para a segurança da unidade penal ou para a sociedade e c) no caso de recair sobre o detento fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Acrescente-se que por ser uma modalidade de sanção disciplinar, basta que o preso cometa uma falta disciplinar grave, de maneira dolosa, dentro da unidade prisional, para ser submetido ao RDD (artigo 53, V, da LEP).

Referido regime possui algumas características próprias, descritas no artigo 52 da Lei de Execução Penal, conforme ensina o penalista Renato Marcão (2010, pág. 74):

1º) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. Em se tratando de preso provisório, *sem pena aplicada*, na falta de expressa previsão legal, leva-se em conta a pena mínima cominada; 2º) recolhimento em cela individual; 3º) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; 4º) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Nos termos do artigo 54 da LEP, tem legitimidade para requerer a inclusão do condenado neste regime, desde que fundamente sua decisão, o diretor do estabelecimento penal, ou qualquer outra autoridade que tenha competência para tanto, como por exemplo, o Secretário de Segurança Pública e da Administração Penitenciária. Tendo autoridade para concedê-la o juiz da execução, o qual também deverá fundamentar a necessidade da inclusão, após ouvir o Ministério Público e a defesa.

Contudo, é possível a inclusão do preso ao regime disciplinar diferenciado de forma cautelar, urgente, sem sequer ouvir o Ministério Público e a defesa, cujo prazo não pode exceder a dez dias, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (art. 60 da LEP). Porém, embora a lei estabeleça um prazo de quinze dias para o juiz decidir sobre a inclusão do RDD, neste caso, o magistrado deve decidir em tempo hábil, de acordo com cada situação.

Isso porque, o regular cumprimento da lei, não atenderia os fins a que se destina a aplicação das medidas cautelares.

É importante citar que, em razão da incompatibilidade com os regimes aberto e intermediário, o regime disciplinar diferenciado, aplica-se tão somente ao regime fechado. Caso contrário, seria necessário que o preso regredisse do regime semiaberto para o regime fechado, para depois poder aplicar o RDD.

5.3.2.1 A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

As críticas em torno desse instituto se pautam na violação de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), da integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX da CF), bem como o da humanidade das penas, uma vez que o preso submetido ao RDD fica isolado por vinte e duas horas diárias, porém, como já visto no início do trabalho, ainda que tutelados pela Constituição, estes princípios não são absolutos e devem quando necessário, ser restringidos, relativizados, em prol da segurança de toda uma coletividade.

É sabido por todos que o regime disciplinar diferenciado foi criado com o objetivo de combater de maneira rígida, severa e eficaz o crime organizado no interior das penitenciárias brasileiras, visando prevenir que presos poderosos comandem suas organizações do interior dos presídios. Portanto, se ao mesmo tempo em que o Estado punir de maneira mais severa um condenado, ele tiver que respeitar todos os seus direitos fundamentais, esse instituto jamais seria efetivado, restando apenas uma lei morta, sem nenhuma aplicabilidade.

Ademais, essa questão da constitucionalidade do RDD, se torna ainda mais evidente, quando analisamos em face dos direitos fundamentais das vítimas desses criminosos, que na sua grande maioria são pessoas honestas, trabalhadoras, pais e mães de família, que tiveram seus direitos atingidos de maneira fria e cruel, sobretudo quando estas são crianças, as quais por diversos motivos, como a pobreza, ausência de estrutura econômica, familiar e educação, são usadas, violentadas e corrompidas por estes bandidos, sem nenhum tipo de compaixão ou amor pelo próximo.

Portanto, podemos concluir que embora contrário a alguns ideais tutelados pela Constituição Federal, o Regime Disciplinar Diferenciado é um instituto constitucional, novo e extremamente necessário no combate ao crime organizado, tendo em vista a criminalidade incontrolável que atinge o país de maneira desenfreada e a falida estrutura do sistema penitenciário.

5.3.2.2 Progressão de regime no regime disciplinar diferenciado

Ainda que submetido ao RDD, o preso não está impedido de obter o benefício da progressão de regime, desde que preencha os requisitos objetivos e subjetivos, vistos detalhadamente nos capítulos anteriores, até porque a lei não permite a criação de institutos que prejudiquem ou impeçam a aplicação do direito obtido pelo condenado.

Assim, após o término da sanção disciplinar, se cumprido o tempo previsto pela lei, ou seja, ao menos 1/6 da pena imposta para crimes tidos como não hediondos, e 2/5 se primário ou 3/5 se reincidente para os crimes hediondos, além

do atestado de bom comportamento, emitido pelo diretor do estabelecimento penal, o preso poderá progredir de regime.

6 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1.984 – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Referido tema passará a ser estudado mais detalhadamente nesse capítulo, em razão de ser este o foco do presente trabalho, portanto, analisaremos cada instituto da Lei de Execução Penal, vinculado ao princípio da individualização da pena.

Como já visto anteriormente, o legislador pátrio elencou uma série de princípios e garantias essenciais ao cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que a execução penal, por concretizar a condenação imposta pelo juiz, merece uma maior atenção por parte do Estado, embora ela seja tratada com tanto descaso pelos operadores do direito.

O que podemos concluir é que a Lei de Execução Penal é tão complexa, que sequer se submete aos domínios do Direito de Penal e do Direito Processual Penal, portanto, trata-se de uma lei autônoma, de suma importância na aplicação de uma individualização penal adequada e justa, a qual se desenvolve tanto no plano judicial quanto no plano administrativo.

6.1 Progressão de Regime

Com a evolução dos sistemas penitenciários, o Código Penal de 1.940 acabou adotando o sistema progressivo, o qual vige até hoje no ordenamento brasileiro e nos termos do artigo 33 do referido código, prevê o cumprimento da pena privativa de liberdade em três regimes, de maneira progressiva. No mesmo sentido estabelece o caput do artigo 112 da Lei de Execução Penal, vejamos:

Art. 112. 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.

Esse mecanismo de progressão previsto no artigo, sem dúvida é um dos maiores trunfos do condenado, no sentido de ter sua pena individualizada, tendo em vista que consiste na transferência do condenado de regime mais rigoroso para regime menos rigoroso, desde que preenchidos alguns requisitos, quais sejam, ter cumprido um sexto da pena no regime fixado na sentença penal condenatória de primeiro grau, ou em grau de recurso e ostentar bons antecedentes, sendo este um requisito temporal, objetivo. Saliente-se que deve ser analisado cada caso de forma particular, uma vez que a função da pena é a integração e reinserção do condenado a vida social.

Desta forma podemos concluir que se o condenado iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, preenchidos os requisitos, este irá progredir para o regime semiaberto (intermediário) e, posteriormente para o aberto. Ressalte-se que a legislação penal brasileira não admite a “progressão por saltos”, onde o condenado pula o cumprimento da pena no regime semiaberto.

Todavia, em casos excepcionais, o Supremo Tribunal Federal tem admitido tal progressão, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, pois, em face da omissão do Estado, no que tange a concessão de estabelecimentos próprios para o cumprimento dos regimes, quando o condenado fizer jus ao benefício da progressão, ele não pode ser prejudicado, sob pena de configurar constrangimento ilegal, de modo que em alguns casos tem se admitido o benefício da progressão por saltos.

Contudo, também essa questão deve ser analisada com proporcionalidade, ou seja, se pudéssemos desfrutar de um sistema de individualização cauteloso e eficaz, facilmente poderíamos distinguir aqueles condenados que em face da ausência de estabelecimentos adequados poderiam ser beneficiados com a progressão por salto, daqueles que embora tenham o direito previsto em lei, não preenchem subjetivamente os requisitos, assim, poderíamos separá-los de acordo com a personalidade e antecedentes, beneficiando aqueles em que o benefício iria alcançar o seu fim, qual seja a ressocialização.

Porém, como não podemos nos valer de tais dados de maneira segura, age de forma correta o legislador ao proibir como regra essa espécie de progressão, sob o argumento de que a ausência de vagas se afigura como um evento de força

maior, justificando a permanência do condenado em regime mais gravoso, sem que isso configure constrangimento ilegal.

No que concerne ao artigo 75 do Código Penal, o qual retrata que o cumprimento da pena privativa de liberdade não poderá exceder o limite de 30 anos, este deve ser interpretado no sentido de que caso a pena aplicada ao condenado seja superior a esse limite, para fins de progressão, esse cálculo poderá ser exasperado. No mesmo sentido é a súmula nº 715 do STF, a qual descreve que:

Súmula 715. A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

Portanto, as divergências se manifestam quando se discute o tempo de cumprimento da pena para se obter uma segunda progressão, já que a doutrina se divide em dois sentidos, vejamos:

Alguns doutrinadores defendem que para fazer jus a uma segunda progressão, o condenado deve cumprir um sexto da pena total, entretanto, a maioria da doutrina, entende que para poder ser beneficiado com uma segunda progressão. O condenado deve cumprir um sexto da pena que restou da primeira, tendo em vista que o cumprimento da primeira pena já se extinguiu, de acordo com o artigo 113 do Código Penal.

Saliente-se que o artigo 33, §4º do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 10.763 de 2003, estabelece que a progressão de regime nos crimes contra a administração pública é condicionada à reparação do dano, ou à devolução do ilícito praticado, contudo, embora seja um requisito objetivo destes condenados, é pacífico que se impossível de ser realizada, o condenado terá direito a progressão, sob pena de contrariar os objetivos da Lei de Execução Penal.

No que tange ao segundo requisito, qual seja o subjetivo, trazido pelo artigo 112 da LEP, a antiga redação estabelecia que para ser beneficiado com a progressão de regime, além da expressa comprovação do mérito e de uma decisão motivada do juiz da execução, ainda era necessário um parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário, como já exposto anteriormente.

Todavia, esse requisito ficou restrito a um simples atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, após o advento da Lei n° 10.792/2003. O que sem dúvida fere o princípio da individualização da pena, pois como senão bastasse a grande quantidade de presos, não raras vezes os diretores dos presídios não possuem condições de adentrar no mérito de cada condenado, para constatar com certeza o grau de arrependimento, adequação e adaptação destes, podendo assegurar tão somente o bom comportamento, o que em nada acrescenta no mérito do preso, pois é sabido que para manter-se vivo no atual sistema prisional o indivíduo apresentasse como respeitável e cordial.

Assim sendo, podemos constatar que ainda nos termos da Lei anterior, a qual previa que o condenado seria acompanhado por uma comissão técnica juntamente com o exame criminológico, o processo de individualização era falho, após o advento da Lei n° 10.792/2003 se tornou quase que uma ofensa aos direitos do preso.

Outro tema bastante discutido na doutrina, diz respeito a progressão de regime nos casos de execução provisória de sentença condenatória, quando operou-se o trânsito em julgado para a acusação, sendo admitida quando solicitada pelo próprio condenado, até porque a súmula 716 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Como o regime aberto previsto no artigo 33, §1º, alínea “c”, do Código Penal é tratado de maneira mais branda pelo legislador, para obter a progressão para este regime, além de preencher os requisitos objetivo e subjetivo, o condenado deve nos termos do artigo 113 da LEP, aceitar o seu programa, cujo artigo trás condições obrigatórias, gerais, previstas nos incisos I a IV, do artigo 115 da LEP, além das condições entendidas como especiais que podem ser impostas pelo juiz, de acordo com a gravidade do delito e as circunstâncias do acusado a critério deste.

Art. 115. O juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

- I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
- II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

- III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
- IV – comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Ainda prevê o artigo 114 da LEP que:

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:
I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajusta-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime;
Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Porém, a realidade do sistema prisional não possibilita a efetiva execução trazida pela Lei de Execução Penal, o que gera um caos incontrolável e uma sensação de impotência, diante de situações tão desproporcionais e degradantes, que poderiam com um pouco mais de respeito ser facilmente resolvidas.

Por fim, vale ressaltar que no que diz respeito a progressão dos crimes tidos como hediondos, já nos reportamos a eles no tópico 4.2.

6.2 Regressão de Regime

A regressão de regime de cumprimento de pena, versa sobre a ausência de mérito do condenado, e esta prevista no artigo 118 da LEP, o qual determina que:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).
§1º. O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativa imposta.
§2º. Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Sendo assim, o condenado beneficiado pelo regime aberto retornará ao semiaberto, se estiver no regime semiaberto retornará ao regime fechado, encontrando-se no regime fechado, poderá ter o prazo interrompido para efeitos de progressão, bem como sofrer sanção disciplinar.

Em relação ao inciso I do referido artigo, é importante frisar que basta a simples prática do delito tido como doloso, para operar-se a progressão, não sendo necessária sentença condenatória, contudo, devem sempre ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Já com relação às faltas graves, previstas no artigo 50 da LEP, quais sejam: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39, desta lei, bem como o inciso VII, acrescentado pela Lei n° 11.466/2007, a qual diz que comete falta grave o condenado que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Verifica-se, que a nova condenação, somar-se-á a pena que está sendo executada, para estabelecer o novo regime de cumprimento de pena, sendo certo que essa somatória não acarretará obrigatoriamente na regressão de regime.

É importante frisar que a decisão que determina a regressão de regime com base no §1° do artigo, deve não apenas ser analisada com cautela, mas também muito fundamentada pelo magistrado. Lembrando que com o advento da Lei n° 9.268/1996, o não pagamento da pena de multa, não é mais argumento suficiente para acarretar a regressão de regime.

No que tange ao preso provisório, quando o juiz entender necessário poderá imediatamente determinar a regressão de regime, não ferindo qualquer princípio constitucional, desde que presentes os requisitos do *fumus no iuris* e o *periculum in mora*.

Portanto, a não observância dos princípios, bem como a arbitrária aplicação da regressão de regime, além de configurar constrangimento ilegal, irá ferir o princípio da individualização da pena.

6.3 Livramento Condicional

O artigo 131 da Lei de Execução Penal expressa que: “O livramento condicional poderá ser concedido pelo juiz da execução, presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e o conselho Penitenciário”.

O artigo 83, “caput”, do Código Penal dispõe que para ser beneficiado pelo instituto do livramento condicional, é necessário que a pena privativa de liberdade seja igual ou superior a dois anos, além de preencher os requisitos objetivos e subjetivos, sendo certo que os subjetivos estão previsto no inciso III do artigo e podem ser atestados pelo diretor do estabelecimento prisional, quais sejam: comprovar bom comportamento durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência, com a intenção de comprovar a possibilidade de convivência harmônica, bem como a sua recuperação, lembrando que por si só, o não cometimento de faltas graves durante a execução não é suficiente para a concessão do benefício.

Embora a questão do trabalho tenha sido tratada pelo legislador, como um requisito para a concessão do livramento do condicional, tal deve ser analisado com cuidado, pois em que pese ser extremamente valioso na reinserção de muitos condenados à sociedade, é sabido que as oportunidades de emprego no país são difíceis até mesmo para o cidadão honesto e trabalhador, quiçá para um egresso do sistema penitenciário.

Desta forma, todas as exigências trazidas pela lei devem ser ponderadas de acordo com as oportunidades oferecidas pelo sistema prisional.

O parágrafo único do mesmo artigo, constata a necessidade de se analisar as condições pessoais do condenado por crime doloso ou cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, que façam presumir que este não mais voltará a delinquir. As divergências a respeito do tema, versam sobre a realização ou não do exame criminológico, que se tornou desnecessário após o advento da Lei nº 10.792/2003, contudo, caso entendêssemos pela intenção do legislador em afastá-lo, ficaria praticamente impossível atestar essa recuperação.

Há uma grande discussão em torno do inciso II, do artigo 83 do Código Penal, já que este equipara o condenado reincidente a aquele que não possui bons

anteriores, estabelecendo o cumprimento de mais da metade do cumprimento da pena para ter direito ao benefício.

Outrossim, ainda deve ser observado o artigo 84 do Código Penal, que estabelece que para efeito da concessão do livramento, em havendo mais de uma condenação as penas devem ser somadas.

A concessão do livramento condicional é visto como um direito subjetivo do réu, ou seja, se presentes os requisitos objetivos e subjetivos, o juiz da execução deve concedê-lo, sendo que o condenado que cumprir uma pena ou mais de uma em livramento condicional, sem qualquer causa que possa revogá-lo, terá declarada extinta a sua pena.

Contudo, ao conceder o benefício o juiz submeterá o condenado a algumas condições, dispostas no artigo 132 da LEP, as quais são simultaneamente obrigatória e facultativa, devendo o juiz fixá-las na sentença que admitir o livramento, de acordo com a necessidade de cada réu, na busca pela efetiva individualização.

Art. 132. Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§1º. Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao juiz da ocupação;
- c) não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste;

§2º. Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juízo e à autoridade incumbida de observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não frequentar determinados lugares.

Porém, como já exposto anteriormente, tendo em vista o problema do desemprego que atinge o país, o magistrado tem dispensado o requisito tido como obrigatório, previsto no §1º, alínea “a” do referido artigo. Os demais requisitos obrigatórios e facultativos, surgem com o objetivo de acompanhar de perto as ocupações do condenado, e também são de suma importância no período de prova do livramento condicional, no sentido de que o juiz pode acompanhar de perto a regeneração do condenado, cujas condições visam afastá-lo da vida viciosa.

Ressalte-se que o magistrado pode fixar outras condições, ainda que não previstas em lei, sempre que entender necessárias, em face da natureza e da

gravidade do delito, devendo para tanto analisar as características de cada condenado, devendo, no entanto, fundamentar suas decisões.

Tem legitimidade para requerer esse benefício o sentenciado, o seu cônjuge ou parente em linha reta, ou ainda, o diretor do estabelecimento prisional por meio de uma proposta, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, de acordo com o artigo 712 do Código de Processo Penal.

A revogação do livramento condicional se opera de duas maneiras, quais sejam, obrigatória (art. 86) e facultativa (art. 87), ambas do Código Penal.

Art. 86. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:
I – por crime cometido durante a vigência do benefício;
II – por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

E, ainda:

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

Desta forma, se a revogação ocorreu por crime praticado durante o livramento condicional ou em razão do descumprimento das condições estabelecidas pelo juiz, o condenado não terá descontado da sua pena o período em que esteve em liberdade, devendo cumpri-la de onde parou, além de ficar impedido de receber o mesmo benefício referente a mesma pena.

A contrário sensu, se a revogação se operou em razão de uma sentença condenatória irrecorrível anterior ao benefício do livramento condicional, o condenado terá descontado da sua pena o período em que permaneceu em liberdade.

Assim, estabelece o artigo 89 do Código Penal que decorrido o período do livramento condicional sem qualquer tipo de revogação, o juiz irá declarar extinta a pena do condenado.

Todavia, raramente os benefícios trazidos tanto pelo Código Penal quanto pela Lei de Execução Penal alcançam o fim a que se destinam, já que estes são concedidos pela metade, ou seja, ao mesmo tempo em que existem benefícios capazes de reintegrar o condenado a sociedade, pouquíssimas ou raras vezes estes

são efetivados, dada a ausência de oportunidades, educação e principalmente assistência ao beneficiado e aos seus familiares, o que resta comprovado pelos altos índices de reincidência.

6.4 Remição

Regulamentada pelos artigos 126 a 130 da Lei de Execução Penal, a remição é tida como um direito do condenado que cumpre pena privativa de liberdade nos regimes fechado ou semiaberto, a qual estabelece que a pena será diminuída na proporção de três dias trabalhados por um de pena.

Esse instituto, assim como os anteriores é extremamente importante para a individualização da pena, uma vez que o trabalho de uma forma geral enaltece o homem, influenciando diretamente nesse processo de individualização.

O artigo 126, §2 ainda dispõe que o preso impossibilitado de trabalhar, em razão de acidente, também será beneficiado com a remição, que nos termos do §3º será declarada pelo juiz da execução, após ouvir o Ministério Público, sendo certo que a concessão deste benefício deve ser analisada em face dos atestados enviados mensalmente pelos estabelecimentos prisionais, nos termos do artigo 129 da LEP, acrescentando-se que esse tempo será computado para efeito do livramento condicional.

Além do que a nova redação dada pela Lei nº 12.433/2011, que alterou o artigo 126, possibilitou a concessão da remição para aquele condenado que se dedicar aos estudos, na proporção de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar.

De acordo com o artigo 33, “caput” e parágrafo único da LEP, “a jornada de trabalho não será inferior a seis horas e nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados, podendo ser fixado um horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal”. Entretanto, essa questão da fixação de horários especiais deve ser analisada com muito cuidado pelo juiz, que deve levar em conta não apenas a natureza do trabalho e sua localização, mas também a habilitação e as

condições pessoais do condenado, levando em conta as suas necessidades futuras, como prevê o artigo 32 da LEP.

Os parágrafos do mesmo artigo estabelecem uma espécie de limitação para efeitos da remição no que concerne a questão do artesanato, exceto nas regiões de turismo, embora ainda este trabalho seja aceito para cálculos da remição, quando for a única atividade disponível no estabelecimento penal, bem como as questões referentes a idosos e deficientes.

Saliente-se que, até o advento da Lei n° 12.433/2011, para efeitos da remição, o condenado não poderia incidir em falta grave, sob pena de perder o direito ao tempo remido, começando de novo a partir da data da infração, de acordo com o que prevê o artigo 127 da LEP. Porém, após o advento da lei que alterou o artigo 127, o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido em caso de falta grave, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar, cujo o artigo é constitucional, pois, seria no mínimo desigual beneficiar da mesma forma o condenado faltoso e o exemplar, não havendo qualquer tipo de violação a coisa julgada, inclusive porque a súmula vinculante n° 9, acabou com essa polemica e reconheceu a constitucionalidade do artigo 127 da LEP.

6.5 Suspensão Condicional da Pena (Sursis)

Esse é mais um mecanismo individualizador, e se refere a um direito penal mínimo, onde a pena privativa de liberdade é tida como a última opção, máxime quando se trata de condenados que não oferecem qualquer tipo de periculosidade, possibilitando a estes o cumprimento da sentença penal condenatória em liberdade.

Diante do propósito do Estado, ou seja, ressocializar e não punir, o instituto da suspensão condicional da pena adquiriu bastante força e aplicabilidade, pois, ao mesmo tempo em que restringe de certo modo a liberdade do condenado, possibilita a este o cumprimento da pena em liberdade, sendo certo que a eficácia do referido instituto só não é mais eficaz em decorrência da precária fiscalização.

A suspensão condicional da pena, encontra previsão nos artigos 77 a 82 do Código Penal e, embora a lei estabeleça que o juiz poderá conceder o sursis,

é pacífico o entendimento no sentido de que quando preenchidos os requisitos, estabelecidos pelo próprio artigo, o juiz deverá concedê-los.

A suspensão do artigo 77 do Código Penal, denominada de execução simples é bastante severa e criteriosa, podendo ser aplicada apenas nas condenações à execução de pena privativa de liberdade não superior a dois anos, podendo ser suspensa a execução pelo período de dois a quatro anos, exceto no caso do parágrafo único do mesmo artigo, o qual versa sobre o sursis etário, possibilitando a aplicação da suspensão ainda que a pena atinja o patamar de quatro anos, podendo ser suspensa pelo período de quatro a seis anos, em razão da saúde do condenado.

Como se tais requisitos não fossem suficientes, o §1º, do artigo 78 da LEP, dispõe que: “No primeiro ano de prazo, deverá o condenado prestar serviços a comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)”.

No entanto, tais exigências poderão ser substituídas pelas trazidas pelo §2º, do mesmo artigo, o qual é tido como uma espécie de suspensão especial, uma vez que os seus requisitos são menos rigorosos, porém, para fazer jus a esta substituição, o condenado além de ter reparado o dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo deve ter em seu favor as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo Código.

A suspensão do §2º, prevê a “proibição de frequentar determinados lugares”, “ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz” e “comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades” (art. 78, §2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal).

Tendo em vista o disposto no inciso I, do artigo 77, só será admitida a aplicação do sursis quando embora reincidente em crime doloso, a pena aplicada for a pena de multa, permitindo-se, todavia a concessão deste, quando operar-se a prescrição da reincidência (art. 64, inciso I do CP), ou quando está derivar de crime culposos.

O sursis comporta duas espécies de revogação, quais sejam, a revogação facultativa e a obrigatória.

A revogação obrigatória decorre da lei, e está prevista no artigo 81, “caput” do Código Penal, não cabendo qualquer espécie de discricionariedade pelo juiz, sendo que o estabelecido no inciso I do referido artigo deve ser entendido como

condenação irrecorrível durante o período de prova, sendo menos importante a data do cometimento do delito, desde que anterior ao crime que ensejou o sursis.

Art. 81. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:
I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;
II – Frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;
III – descumpre a condição do §1º do art. 78 deste Código

A revogação facultativa é prevista no §1º do mesmo artigo, e dispõe que:

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

Assim, operar-se-á de acordo com a discricionariedade de cada magistrado, desde que devidamente fundamentada.

7 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

As organizações criminosas existentes no Brasil, são denominadas de organizações de modelo tradicional, já que são mais frequentes em determinados setores, tais como: tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, furto ou roubo de veículos e de cargas, lavagem de dinheiro, bem como o famoso jogo do bicho, ainda que sem ter um crime como objetivo principal.

No Brasil o Primeiro Comando da Capital (PCC), que teve origem paulista, surgiu durante a década de 1990, no presídio de Taubaté, cuja organização é sem dúvida a mais fortalecida dentro do sistema penitenciário brasileiro, a qual tem como características essenciais: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização.

No que concerne as características não essenciais, que influenciam diretamente nas causas especiais de aumento de pena, temos que estas organizações utilizam a violência, a corrupção, a divisão do trabalho, a utilização de meios tecnológicos, o embaraço do curso processual e a hierarquia dentro da organização, tendo inclusive uma espécie de batismo, onde é realizado um juramento de lealdade ao comando.

Essas atividades criminosas são, em regra, graves e cometidas de forma profissional, reiterada e eficiente, as quais representam um perigo concreto não apenas para a segurança de uma pessoa em particular, mas para a segurança do Estado, que tem o dever de utilizar seus mecanismos de prevenção e repressão, ainda que para efetivá-los, tenha que suprimir alguns direitos destes indivíduos, caso contrário deixaria de punir poderosos e destemidos criminosos, o que acarretaria injustiças e uma total descrença no sistema judicial, além de ferir o princípio constitucional da proibição de insuficiência.

Assim, visando combater com mais rigor, segurança e de maneira sigilosa o crime organizado, foi criada a Lei 12.694 de 24 de julho de 2012, a qual não só estabeleceu em seu artigo 1º que: “Em processo ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual”, como

também definiu no artigo 2º o conceito de crime organizado o que até então não existia.

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei. Considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem, de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Todavia, para se instalar esse órgão colegiado, o juiz deve fundamentadamente indicar os motivos pelos quais teme pela sua integridade física, após dar conhecimento ao órgão correicional, sendo certo que essa competência se limita ao ato para o qual foi convocado, cujas reuniões são sigilosas, sempre que a sua publicidade puder causar prejuízo à eficácia da decisão judicial.

A questão da proibição da insuficiência, está intimamente ligada a teoria horizontal dos direitos fundamentais, que surgiu na Alemanha em meados do século XX, sendo amplamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja teoria prevê a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e os cidadãos, não apenas em relação ao Estado e o cidadão, entendida como teoria vertical dos direitos fundamentais.

Neste sentido, ensina o professor José Paulo Baltazar Junior (2011, pág. 49/50):

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais, passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesa contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.

A teoria da eficácia horizontal surgiu em face das violações aos direitos fundamentais ocorrerem tanto por parte do Estado como dos agentes privados, diante do poder incontrolável que estas organizações criminosas exercem em determinados lugares, as quais não raras vezes, não apenas equiparam-se ao Estado, mas o superam, já que os cidadãos são tão obrigados a cumprir as regras estabelecidas pelas organizações quanto os ditames previstos pelo poder público.

Assim sendo, quando da violação de direitos fundamentais, seja por parte do estado ou de agentes privados, o juiz deve realizar uma ponderação de interesses, tomando por base sempre a regra da proporcionalidade e da razoabilidade, até porque o princípio da proibição de insuficiência é tido como um desdobramento do primeiro, devendo o magistrado diante de caso concreto, decidir qual dos princípios prevalecerá.

Verifica-se, portanto, que em razão do crescimento e do poder destas organizações criminosas em detrimento de um sistema penitenciário falido, incapaz de realizar uma individualização adequada e eficaz, o aplicador do direito precisa aplicá-lo de maneira mais severa, ainda que para tanto infrinja normas fundamentais, sendo certo que este tema guarda estreita ligação com o Regime Disciplinar Diferenciado.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho científico procurou analisar o princípio da individualização da pena privativa de liberdade em face dos vários institutos previstos pela Lei de Execução Penal, os quais auxiliam diretamente no processo individualizador e encontram amparo legal tanto no Código de Processo Penal, quanto no Código Penal e principalmente na Constituição Federal.

No decorrer da pesquisa foi possível constatar que por diversas razões esses ideais trazidos pela Lei de Execução Penal estão longe de serem alcançados, pois, como senão bastasse o descaso com que o Estado trata os condenados submetidos a pena privativa de liberdade, cujo problema ainda que a longo prazo poderia ser resolvido com uma nova política criminal, tem-se que o problema da crescente criminalidade é de ordem econômica, social e cultural, tendo em vista que a grande maioria dos presos advêm de famílias extremamente desestruturadas, crescem sem qualquer tipo de formação, até que acabam integrando o mundo do crime e por consequência as penitenciárias brasileiras.

Verifica-se, portanto, que a discussão em torno da incontrolável criminalidade que assombra o país, se inicia muito antes da inclusão dos condenados ao sistema penitenciário, tornando praticamente impossível obter a ressocialização destes indivíduos, dada a ausência de amparo pelo Estado, desde quando ainda menores.

Assim sendo, podemos constatar que para tentar frear a criminalidade, o Estado teria que investir de maneira grandiosa em educação, saúde e infraestrutura, para ao menos conceder a essas pessoas o discernimento para escolher entre a vida digna e o mundo do crime, para a partir de então poder puni-los de acordo com a lei, o que seria justo tanto para o condenado quanto para a sociedade.

Contudo, atualmente podemos contar apenas com um sistema penitenciário falido e desestruturado que reúne todos os tipos de criminosos em um mesmo grupo, sem qualquer tipo de individualização, até porque a elaboração dessa nova política criminal na busca pela solução para estes impasses está longe de ser efetivada pelos nossos governantes.

No que tange a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, o ideal seria que esse instituto sequer existisse, pois assim estaríamos diante de uma sociedade equilibrada, pacífica e harmônica, entretanto, assim como ocorre com a pena privativa de liberdade, o RDD é um mal, porém, um mal estritamente necessário diante da criminalidade avassaladora e desenfreada que atinge o país.

Por fim, podemos concluir que todos os direitos fundamentais do condenado, estudados no decorrer do trabalho, devem ser ponderados e limitados em face do princípio da proibição da infraproteção, também assegurado pela Constituição, tendo em vista que ainda que garantidos pela Carta Magna, todos os direitos podem ser relativizados em face do bem comum, na busca pela segurança jurídica e pela justiça.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Poder Executivo, 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1.941. Poder Executivo, 1941.

_____. **Lei de Execuções Penais**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984. Brasília, DF: Senado, 1984.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2008, Presidente Prudente.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 11^o ed. Editora Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

JOVEM teria mantido relações sexuais na cadeia para sobreviver. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index>. Acesso em 29 de set. de 2012.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada e interpretada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

PRADO, Luiz Régis. **Elementos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal**. São Paulo: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2009.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. Editora Saraiva, 1994.