

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO

**REFLEXÕES SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE NA FASE EXECUTIVA: UM DEBATE SOBRE SUA
AUSÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS FRENTE AO IDEAL
RESSOCIALIZADOR**

Alexandre Alves dos Santos

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO

**REFLEXÕES SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE NA FASE EXECUTIVA: UM DEBATE SOBRE SUA
AUSÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS FRENTE AO IDEAL
RESSOCIALIZADOR**

Alexandre Alves dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu*, para obtenção do Grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob orientação do Professor Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2014

**REFLEXÕES SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE NA FASE EXECUTIVA: UM DEBATE SOBRE SUA
AUSÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS FRENTE AO IDEAL
RESSOCIALIZADOR**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Especialista em Direito Penal e Processo
Penal.

Florestan Rodrigo do Prado

Rodrigo Lemos Arteiro

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Presidente Prudente, 00 de abril de 2014

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

Albert Einstein

Dedico o presente trabalho as pessoas que sempre me incentivaram e acreditaram nessa empreitada, especialmente aos amigos do meio profissional e acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, que permitiu a concretização de mais um trabalho acadêmico.

Ao orientador, professor Florestan Rodrigo do Prado, extraordinário docente, por compartilhar seu conhecimento e assessorar decisivamente na elaboração do presente trabalho.

Aos examinadores, professores Rodrigo Lemos Arteiro e Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, pessoas em que me espelho e pelas quais nutro um profundo respeito e admiração.

Aos professores do Curso de Pós-graduação desta instituição de ensino, que seguramente contribuíram sobremaneira para meu desenvolvimento acadêmico e profissional.

Aos amigos acadêmicos, que também colaboraram para o constante aprimoramento, com os quais compartilhei excelentes momentos.

Enfim, agradeço a todas aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a materialização desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho analisa a individualização da pena privativa de liberdade em sua fase executiva. A pesquisa foi realizada por intermédio do método hipotético dedutivo, com realização de pesquisas bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais. Desde os primórdios da humanidade existe a concepção de pena e tal compreensão foi gradativamente evoluindo ou se modificando, assim como a civilização do homem. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação da pena também passou por diversas transformações, iniciando pelas ordenações do reino (afonsinas, manuelinas e filipinas), passando pela constituição e código criminal do império, constituição e código penal republicano, consolidação das leis penais, a segunda constituição republicana, o código penal vigente, a lei de contravenções penais e ainda a reforma penal de 1984. Atualmente existem duas espécies de sanção penal na legislação pátria (penas e medidas de segurança) em suas diversas modalidades, sendo a pena privativa de liberdade o objeto central do trabalho. Existem essencialmente três teorias principais acerca das funções da pena (absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas, mistas ou ecléticas). Apontou-se algumas considerações acerca da execução da pena privativa de liberdade e suas peculiaridades, como conceito, finalidade, natureza jurídica, competência, órgãos, princípios e institutos de execução penal. O princípio da individualização da pena, que possui assento constitucional, deve ser efetivado em três momentos distintos e complementares (legislativo, judicial e executivo). Além disso, também devem ser observados outros princípios constitucionais inerentes à execução penal. A discussão central está na ausência ou deficiência da individualização da pena privativa de liberdade no momento executivo, tanto no contexto administrativo quanto no contexto judicial, ante a ausência de programa individualizador, além da corresponsabilidade dos órgãos que atuam na execução da pena, propondo-se ao final, medidas favoráveis a uma efetiva individualização dessa espécie de sanção, tais como a diminuição do número de presos, tanto condenados quanto provisórios, privilegiando outras medidas cautelares ou penas, que não acarretem o encarceramento do indivíduo, bem como a concessão de benefícios em sede de execução daqueles que preencham os requisitos para tanto, além do necessário investimento na ampliação de vagas no sistema prisional.

Palavras-chave: Sanções penais. Funções da pena. Execução penal. Individualização executiva da pena.

ABSTRACT

The present work analyzes the individualization of deprivation of liberty in its executive phase. The survey was conducted through the hypothetical deductive method, doing doctrinal and jurisprudential literature searches. Since the beginnings of humanity there is a conception of punishment and such understanding was gradually evolving or changing, as well as the civilization of man. Regarding the Brazilian legal system, sentencing has also undergone several transformations, starting with the ordinances of the kingdom (Alfonsine, Manueline and Filipino), through the constitution and criminal code of the empire, constitution and republican penal code, consolidation of criminal laws, the second republican constitution, the penal code, the law of criminal contraventions and penal reform still 1984. Currently there are two kinds of criminal sanctions in the legislation homeland (sentences and security measures) in its diverse forms, the deprivation of liberty is the central object of the work. There are essentially three main theories about the functions of the pen (or retributive absolute, relative or preventive, mixed or eclectic). Pointed out some considerations about the implementation of deprivation of liberty and its peculiarities, as a concept, purpose, legal, racing, bodies, principles and institutes of criminal enforcement. The principle of individualization of punishment, which has constitutional cushion shall be effected in three distinct and complementary (legislative, judicial and executive) moments. In addition, other constitutional principles inherent in criminal enforcement must also be observed. The central discussion is the absence or deficiency of individualization of deprivation of liberty in the executive time, both in administration and in the judicial context, given the absence of individualization program, beyond the responsibility of the agencies engaged in the execution of the sentence, proposing the end, measures favorable to effective individualization of this kind of sanction, such as decreasing the number of prisoners, both condemned as provisional, favoring other precautionary measures or penalties, not involving incarceration of the individual as well as the granting of benefits in office implementing those who meet the requirements for both, plus the necessary investment in the expansion of jobs in the prison system.

Keywords: Criminal penalties. Function Pen. Criminal enforcement. Executive individualization of punishment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DAS SANÇÕES PENAIS	10
2.1 Breve Evolução Histórica da Pena.....	10
2.2 Das Penas Privativas de Liberdade.....	15
2.3 Outras Modalidades de Sanção Penal.....	19
3 FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	23
3.1 Teorias Absolutas ou Retributivas.....	23
3.2 Teorias Relativas ou Preventivas.....	25
3.3 Teorias Mistas ou Ecléticas.....	27
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PENAL	30
4.1 Conceito.....	30
4.2 Finalidade.....	30
4.3 Natureza Jurídica.....	31
4.4 Competência.....	32
4.5 Órgãos da Execução Penal.....	34
4.6 Princípios Inerentes à Execução Penal.....	41
4.7 Institutos de Execução Penal.....	52
5 A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTIVA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	62
5.1 Individualização Executiva no Contexto Administrativo.....	63
5.2 Individualização Executiva no Contexto Judicial.....	69
5.3 Corresponsabilidade dos Órgãos da Execução Penal.....	74
5.4 Proposições de Medidas Favoráveis a Individualização da Pena.....	76
6 CONCLUSÃO	82
BIBLIOGRAFIA	85

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisou a execução da pena privativa de liberdade, sob o prisma do princípio da individualização da pena na fase executiva, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial de sua aplicação.

O interesse pela questão nasceu em razão de sua relevância para a execução penal, bem como da necessidade de se estabelecer uma discussão aprofundada a respeito do tema, tendo em vista a omissão de diversos pontos relevantes nos debates travados nos meios profissionais e acadêmicos.

A metodologia desenvolvida neste trabalho foi alicerçada no método hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas, no sentido de sustentar as considerações da doutrina, bem como na evolução jurisprudencial acerca da matéria.

Inicialmente, procurou-se apresentar um breve histórico da pena e abordar as teorias relacionadas às funções da pena, dentre elas, as teorias absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas (geral e especial) e teorias mistas ou ecléticas, além de estabelecer um breve panorama das sanções penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Foram delineadas algumas considerações acerca das peculiaridades da execução penal, tais como conceito, finalidade, natureza jurídica, competência, órgãos que atuam na execução, sistema progressivo, benesses previstas em sede de execução e demais peculiaridades que orbitam a fase executiva da pena.

Tratou-se ainda, dos princípios aplicáveis em sede de execução penal, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, o da personalidade ou intranscendência da pena, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, dentre outros, com especial destaque àquele que trata da individualização da pena.

Especificamente, em relação à individualização da sanção penal, na fase executiva, a Lei de Execução Penal estabelece alguns critérios referentes à classificação dos condenados por intermédio de comissão técnica de classificação, bem como a submissão do preso a exame criminológico com vistas à classificação adequada e individualização da sanção penal.

Almejou-se ressaltar que também participam ativamente da execução penal, o Juízo da Execução, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além de outros órgãos estabelecidos no artigo 61 da LEP, tais como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade.

Nesse sentido, há uma corresponsabilidade desses órgãos, no decorrer da execução das sanções penais impostas a cada indivíduo, ficando evidenciado que cada ator da execução penal tem sua parcela de responsabilidade na atividade executiva, seja por sua ação ou omissão.

Que a execução da pena vai mal, todos sabem há muito tempo. Mas o que não se discute adequadamente são as causas, consequências e possíveis soluções, a esse terrível problema que aflige não só aos sentenciados que cumprem penas em inaceitáveis condições, mas também aos profissionais que atuam na área e ainda à sociedade como um todo, trazendo consequências das mais nefastas e muitas vezes irreversíveis.

Deve-se ressaltar ainda, que a individualização da pena nas fases anteriores (legislativa e judicial) também apresenta suas mazelas, tendo como exemplo a hipertrofia legislativa no âmbito penal, como se apenas inflacionar o ordenamento jurídico com tipos penais fosse providência que solucionasse o problema do aumento da criminalidade e da violência. Entretanto, esses momentos anteriores de individualização da sanção penal não foi objeto deste trabalho.

Nesse contexto, procurou-se abordar a individualização da pena na fase executiva, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, apontando a atuação de cada um dos órgãos da execução penal, abordando ainda a questão das dificuldades enfrentadas, que não são poucas, bem como a proposição de medidas favoráveis à concreta e efetiva individualização da pena privativa de liberdade.

Destaque-se que a presente monografia não tem a menor pretensão de esgotar a matéria, longe disso, mas tem a singela pretensão de fomentar a discussão criteriosa e franca, com algumas reflexões e observações pertinentes, acerca das dificuldades enfrentadas em sede de execução penal, que realmente carece da devida atenção do meio jurídico e da sociedade como um todo.

2 DAS SANÇÕES PENAIS

2.1 Breve Evolução Histórica da Pena

A ideia de pena existe desde os primórdios da humanidade. Por óbvio, que no início, não havia qualquer sistematização das penas aplicadas e, muito menos, qualquer regramento penal e processual penal para sua aplicação, o que foi conquistado gradativamente com a civilização do homem.

A pena, enquanto instituição de garantia obteve disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento de uma autoridade, a quem era concedido o poder de punir em nome dos membros da comunidade (DOTTI, 1998, p.31).

No escólio de Edgard Magalhães Noronha (2009, p.20), a evolução histórica da pena é dividida em fases ou períodos, quais sejam: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário.

No entanto, faz-se necessário anotar, conforme adverte o referido autor (2009, p.20):

[...] que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado.

Em outras palavras, esses períodos não são recortes temporais precisos, quanto ao desenvolvimento das sanções penais.

No período da vingança privada, prevalecia a reação à agressão. A *priori*, indivíduo contra indivíduo, posteriormente de seu grupo contra outro grupo e depois de seu meio social.

A reação se dava por motivações pessoais, não havendo intercessão de estranhos ao conflito. Inicialmente a reação à agressão não respeitava qualquer proporção, o que ocasionava o enfraquecimento a até mesmo o extermínio de famílias e grupos sociais.

Nesse contexto, surge o *talião*, trazendo a ideia de proporcionalidade da pena, delimitando-se a punição, consagrando o “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. Isso nos remete ao Código de Hamurabi, no século XXIII antes de Cristo.

Na fase da vingança divina, já vive uma sociedade capaz de estabelecer normas e castigos, dominados por repressão rigorosa e cruel, para atender o propósito de satisfazer a divindade ofendida.

Trata-se de Direito Penal religioso ou divino, tendo como uma das principais referências o Código da Índia, também conhecido como Código de Manu, o qual tem como meta a purificação da alma do delinquente, onde as normas eram interpretadas e aplicadas pelos sacerdotes.

No período da vingança pública, tem-se como finalidade, por meio da intimidação das penas extremamente severas, a segurança do soberano e proteção das classes dominantes.

Como já advertido anteriormente, quanto às sucessões de períodos, aqui ainda existem muitos resquícios dos períodos de vingança privada e vingança divina, uma vez que um período não se sobrepõe inteiramente a outro.

Nesse período, os gregos dividiam os crimes em públicos e privados, de acordo com a predominância de interesse estatal ou particular. Já no Império Romano, houve certa preocupação em se separar direito e religião.

Nessa fase ainda predominava o arbítrio, a desigualdade de classes perante a punição e a desumanidade das penas.

Por fim, o período humanitário nasce com a necessidade de reformulações nas formas de repressão até então vigentes.

A prisão como penitência, remonta ao final do século XVI, o que depois iria gerar as bases da ciência penitenciária (DOTTI, 1998, p.36).

Um dos ícones, representantes desse anseio, foi Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, em seu livro *Dos delitos e das penas (Dei delitti e delle pene)*, em 1764, que causou inigualável repercussão.

Nessa obra, Beccaria alerta que é papel da lei, em sentido estrito, prever a infração penal e estabelecer a respectiva sanção. Denuncia ainda, o arbítrio judicial e a obscuridade das leis, as quais deveriam ser escritas em linguagem acessível ao povo, já que naquele tempo eram registradas em latim.

Ele também denuncia em seu livro, a desumanidade e a crueldade que reina nas prisões. Além disso, combate a prática da tortura, fala sobre a necessidade da razoável duração do processo e da necessidade de moderação das penas, dentre outras colocações acerca do sistema punitivo então vigente.

Assim como o Marquês de Beccaria, John Howard é tido como um dos responsáveis pela impulsão da humanização das penas, por meio de sua obra *O estado das prisões*, publicada em 1777.

Em seu livro, o inglês Howard relata o estado das prisões da época, retratando a promiscuidade e a falta de higiene que reinavam naqueles estabelecimentos penitenciários.

Percebe-se ainda, que a privação da liberdade raramente era utilizada como pena, mas apenas como custódia provisória para que o prisioneiro aguardasse a execução da pena a que fosse submetido, tais como a de morte. Além disso, a custódia provisória também era largamente utilizada para colher provas mediante tortura.

Adentrando ao ordenamento jurídico brasileiro, o histórico, no que tange as sanções penais, remonta ao tempo da colonização do país (Século XVI – 1500).

No período colonial (1500 a 1822) vigorou em nossas terras a legislação portuguesa. Inicialmente as Ordenações Afonsinas (1446 a 1514), posteriormente as Ordenações Manuelinas (1514 a 1603) e, por fim, as Ordenações Filipinas (1603 a 1822).

Todas elas traziam um regime de penas terrível, extremamente cruel, um verdadeiro Direito Penal do terror. A privação da liberdade era utilizada, em regra, como medida preventiva e de coerção pessoal.

A título de exemplo, nas Ordenações Filipinas (Livro V), dentre as modalidades de pena capital, havia três formas de execução: morte cruel (execução lenta com diversos suplícios), morte atroz (execução agravada com queima do cadáver, esquartejamento, dentre outras circunstâncias) e morte simples (execução por meio de degolação ou enforcamento).

No período imperial (1822 a 1889), mesmo com a independência do Brasil, proclamada em 07 de setembro de 1822, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor, embora já houvesse ideais de reforma a fim de inaugurar uma nova ordem jurídica.

Nossa primeira Constituição foi outorgada em 25 de março de 1824, trazia diversas garantias em sede de direitos civis e políticos, tais como liberdade, segurança, propriedade.

Além disso, a carta também previu a urgente organização de um código criminal baseado em justiça e equidade, proclamando que nenhuma pena passaria da pessoa do condenado (princípio da intranscendência da pena).

De antemão, aboliu, ao menos formalmente, os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, estabelecendo que as prisões fossem bem arejadas, limpas e seguras (DOTTI, 1998, p.50).

Apenas em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império, por Dom Pedro I. O referido diploma tinha forte inspiração em ideais de justiça, com reconhecimento de ideais liberais de influências inglesas e francesas.

O rol de sanções penais impostas nesse estatuto repressivo eram as seguintes: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoite em escravos, o que havia sido expressamente vedado pela Constituição de 1824, sendo abolida, por meio de lei, somente em 15 de outubro de 1886.

Ao apagar das luzes do período imperial, ocorreu ainda a abolição da escravidão no Brasil, por meio da Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888, também conhecida como Lei Áurea.

O primeiro período republicano (1889 a 1930) se iniciou com a proclamação da República Federativa e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, por meio de Decreto do Governo Provisório, em 15 de novembro de 1889.

Mas antes mesmo do novo Código Penal, foram abolidas as penas de galés, reduzidas para trinta anos as penas perpétuas e também se determinou o cômputo do tempo de prisão provisória ou preventiva (detração penal) e foi instituído o instituto da prescrição das penas (DOTTI, 1998, p.55).

O Código Penal Republicano foi instituído por meio do Decreto nº 817, de 11 de outubro de 1890, o qual trazia as seguintes sanções: prisão celular (aplicável à maioria dos crimes e algumas contravenções penais), reclusão (executadas em fortalezas ou estabelecimentos militares), prisão com trabalho obrigatório (destinadas aos vadios, mendigos e capoeiras) e prisão disciplinar (destinada aos menores até vinte um anos de idade).

Meses depois, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

No segundo período republicano (1930 a 1937), em razão da intensa produção legislativa em matéria penal, houve a necessidade de se realizar uma Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932), a qual foi elaborada pelo Desembargador Vicente Piragibe.

Em 16 de julho de 1934, foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Durante o Estado Novo (1937 a 1945), foi elaborada a versão primitiva do Código Penal vigente, o qual foi publicado em 31 de dezembro de 1940, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942.

Nesse tempo, também foi editada a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941), a qual, assim como o Código Penal, passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1942.

No mesmo molde de outros modelos legislativos, o novo Código Penal seguiu o sistema dualista de sanção penal (penas e medidas de segurança), adotando o sistema chamado de duplo binário, ou seja, poderia haver aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança ao semi-imputável. No caso do imputável era aplicada apenas a medida de segurança.

Já em relação aos imputáveis, são aplicadas penas privativas de liberdade, nas modalidades reclusão e detenção. A prisão simples é modalidade de pena reservada para as contravenções penais. Já a pena de multa, pode ser aplicada cumulativamente ou alternativamente à pena de reclusão, detenção ou prisão simples.

Havia ainda, a previsão de penas acessórias, tanto no Código Penal, quanto na Lei de Contravenções penais. No primeiro estatuto existia a possibilidade de perda da função pública, interdição de direitos e publicação da sentença, enquanto que para as contravenções são publicação da sentença e interdição de direitos.

A análise da legislação penal brasileira, desde o período republicano, revela que a prisão é a sanção penal por excelência adotada pelo Estado, seja na legislação penal ordinária, ou ainda na legislação militar (Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944 e Decreto-Lei nº 1.011, de 21 de outubro de 1969, ambos

Códigos Penais Militares) e na legislação eleitoral (Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950 e Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, ambos Códigos Eleitorais).

Com a reforma penal de 1984, por meio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou significativamente a Parte Geral do Código Penal, tivemos a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, das penas restritivas de direitos, também conhecidas como penas alternativas.

Nessa reforma, também houve a extinção das penas acessórias no Código Penal, passando a ser um dos efeitos da condenação, a perda de função pública, de cargo ou de mandato eletivo.

Quanto às medidas de segurança, foi suprimido o sistema duplo binário e adotou-se o sistema vicariante, isto é, não mais se admitia a aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança ao semi-imputável. Nessas hipóteses, deve ser aplicada pena ou medida de segurança, em caráter substitutivo.

Em suma, no ordenamento jurídico atualmente vigente, existem duas espécies do gênero sanção penal, quais sejam, penas e medidas de segurança. A primeira aplicável aos imputáveis e esta última aos imputáveis e semi-imputáveis, em razão de doença, perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Dentre as penas, existem as privativas de liberdade, as restritivas de direitos, que são sempre substitutivas e a multa, a qual, no mais das vezes, é aplicada cumulativamente e raramente aplicada alternativamente ou de forma isolada.

Em relação às medidas de segurança, temos a detentiva, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a restritiva, na forma de tratamento ambulatorial.

2.2 Das Penas Privativas de Liberdade

A privação da liberdade é, indubitavelmente, o centro de gravidade de todo o sistema de justiça criminal na atualidade, embora existam ferrenhas críticas quando a sua (in) utilidade.

A pena de prisão é algo relativamente novo, uma vez que se originou por volta do século XVI, passando a se generalizar entre meados do século XVIII e início do século XIX, embora as prisões existissem desde a antiguidade, mas naqueles tempos servia apenas para a custódia temporária, objetivando a guarda e contenção dos acusados (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1997, p.794).

Ainda não se chegou a um consenso quanto a uma ou mais possíveis soluções alternativas à prisão, para grande parte das infrações penais. Enquanto isso, a pena de prisão continua sendo, sem dúvida, a sanção penal preferencialmente empregada no ordenamento jurídico.

Para se certificar do que foi observado, basta uma simples consulta ao Código Penal Vigente (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), bem como as diversas leis especiais, tais como a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Drogas), Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dentre inúmeros outros diplomas legais que criminalizam condutas.

Dentre as penas privativas de liberdade, aplicadas em larga escala no ordenamento jurídico vigente, existem três modalidades estabelecidas em nossa legislação penal, quais sejam: reclusão, detenção e prisão simples.

As penas de reclusão e detenção são aplicáveis ao agente que pratica crime, conforme estabelece Código Penal, em seu artigo 33, *caput*.

A reclusão pode ser iniciada nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a detenção será iniciada nos regimes semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado, leia-se regressão de regime, nos termos do dispositivo acima mencionado.

Além do regime inicial do cumprimento de pena, considerando que a reclusão é aplicada aos crimes considerados mais graves pelo legislador, existem outras peculiaridades que tornam a pena de reclusão mais severa do que as de detenção.

Conforme leciona André Estefan (2010, p. 305 e 306), existe o efeito específico da condenação quanto aos crimes praticados contra filhos, tutelados e curatelados (artigo 92, inciso II do Código Penal); a espécie de medida de segurança aplicável (artigo 97 do Código Penal); a prioridade na execução da pena (artigos 69 e 76 do Código Penal e 681 do Código de Processo Penal).

Além das características acima apontadas, o referido autor também aponta diferenças de caráter processual, sendo elas: a afiançabilidade (artigos 322 a 324 do Código de Processo Penal); a decretação de prisão preventiva (artigo 313 do Código de Processo Penal) e a interceptação das comunicações telefônicas (artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996).

Já o contraventor penal está sujeito à prisão simples, que deverá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, em estabelecimento ou seção especial, sem rigor penitenciário, não havendo nesse caso qualquer ressalva quanto a possibilidade de transferência ao regime fechado, conforme se extrai do artigo 6º, da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941).

Quanto aos regimes de cumprimento de pena, o artigo 33 do Código Penal, em seu parágrafo 1º, estabelece que a pena em regime fechado deve ser cumprida em unidade prisional de segurança máxima ou média, a de regime semiaberto deve ser executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e a de regime aberto deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Já o parágrafo 2º, do mesmo dispositivo, impõe o sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, ressaltando a possibilidade de regressividade e também estabelece parâmetros ao magistrado, para que este estabeleça o regime inicial de cumprimento de pena, quando proferir sentença penal condenatória.

Nesse sentido, se a pena for superior a oito anos, o regime inicial será o fechado; se a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito, o regime inicial poderá ser o semiaberto, desde que o condenado não seja reincidente; se a pena for de até quatro anos e o condenado não for reincidente, poderá iniciar a execução no regime aberto.

Contudo, o assentamento do regime inicial deverá observar as circunstâncias judiciais do condenado, nos termos do parágrafo 3º.

Entretanto, é necessário esclarecer que existem exceções às regras previstas, quanto à relação regime prisionais e quantidade de penas.

A primeira é que existe previsão específica na Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, em seu artigo 1º, parágrafo 5º, estabelecendo que a pena poderá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, independentemente da quantidade, na hipótese do criminoso colaborar espontânea e efetivamente com as autoridades.

A outra é que existem leis extravagantes que estabelecem o regime inicial fechado de cumprimento de pena, qualquer que seja o quantum da reprimenda, são elas: Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (artigo 2º, parágrafo 1º); Lei nº 9.455, de 07 de abril de 2007 (artigo 1º, parágrafo 7º) e a revogada Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995 (artigo 10).

Além disso, convém ressaltar que a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, veda expressamente eventual conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (modalidade de pena que será tratada a seguir).

Apesar disso, deve-se advertir que o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF já declarou inconstitucional, tanto a imposição obrigatória de regime inicial fechado (Habeas Corpus nº 111.840-ES, julgado em 25/09/2012), quanto à proibição de conversão da pena privativa em pena restritiva (Habeas Corpus nº 97.256-RS, julgado em 01/09/2010).

No caso da vedação de conversão em pena restritiva de direitos, contida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, foi editado pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a Resolução de nº 5, datada de 15 de fevereiro de 2012, a qual suspendeu a eficácia da norma anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Nos dois episódios, a Suprema Corte assentou que tais restrições são inconstitucionais, na medida em que violam o princípio constitucional da individualização da pena, uma vez que não cabe ao legislador subtrair do magistrado tal tarefa no segundo momento individualizador.

Ao legislador, cabe, num primeiro momento, exercer a individualização da pena, de forma abstrata, estabelecendo parâmetros para que o magistrado, de forma concreta, possa qualificar e quantificar a aplicação da sanção penal, devendo ainda, estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena e eventual substituição por pena restritiva de direitos, não sendo lícito, portanto, tolher o juiz de seu papel no tratamento penal individualizado.

O Código Penal, ainda trata nos artigos 34 a 42, de algumas determinações inerentes à execução pena, tais como as regras dos regimes fechado, semiaberto e aberto, bem como o exame criminológico de classificação do condenado no início do cumprimento da pena, além de mencionar a conservação dos direitos do preso, o trabalho, a superveniência de doença mental e a detração penal.

Entretanto, tais institutos serão oportunamente abordados em tópico apropriado, quando serão elaboradas as considerações pertinentes à execução penal.

2.3 Outras Modalidades de Sanção Penal

Além das penas privativas de liberdade, existem outras duas previstas na legislação penal, quais sejam: penas restritivas de direitos, pena de multa, além da outra espécie de sanção penal que é a medida de segurança, a qual pode ser detentiva (internação hospitalar) ou restritiva (tratamento ambulatorial).

Quanto às penas restritivas de direito, também denominadas penas alternativas, inicialmente se deve destacar seu caráter substitutivo, ou seja, ela sempre substitui a pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44, *caput*, do Código Penal, com ressalva das hipóteses de aplicação direta de medidas alternativas, no caso do crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Para que o sentenciado tenha direito a ter a privação da liberdade substituída por restrição de direitos, deverá preencher alguns requisitos, estabelecidos nos incisos e parágrafos do artigo 44 do Código Penal.

Fará jus a substituição, o condenado a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou para qualquer quantum de pena se o crime praticado por culposos.

Além disso, o sentenciado não poderá ser reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais devem indicar que a substituição seja suficiente.

No entanto, eventualmente, o magistrado poderá aplicar a substituição ao reincidente, desde que a reincidência não tenha ocorrido pela prática do mesmo crime e ainda que a medida seja socialmente recomendável.

No caso de condenação igual ou inferior a um ano, a substituição poderá ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos, já se for superior a um ano, a prisão pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

A pena restritiva de direitos será ser convertida em privativa de liberdade quando houver descumprimento injustificado da medida ou se sobrevier nova condenação que seja incompatível ou inviabilize o cumprimento da pena restritiva anterior, computando-se no cálculo de pena o tempo já cumprido, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de prisão a cumprir.

Nesse contexto, convém elencar as modalidades de penas restritivas de direitos, arroladas no artigo 43 do Código Penal, sendo elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

A prestação pecuniária consiste em pagamento de dinheiro a vítima ou seus dependentes, a entidade pública ou privada com destinação social, não podendo ser inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, podendo consistir em prestação de outra natureza se houver anuência do beneficiário, nos termos do artigo 45, parágrafos 1º e 2º do Código Penal.

A perda de bens e valores, pertencentes ao condenado, será revertida ao fundo penitenciário nacional, observada lei especial, na quantia do dano causado ou do provento adquirido pelo condenado ou terceiros, em decorrência da prática do crime, conforme determina o artigo 45, parágrafo 3º do Código Penal.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas está disciplinada no artigo 46 e parágrafos do Código Penal, versando sobre a realização de tarefas gratuitas por parte do condenado em entidades assistenciais, escolas, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos, em programas comunitários ou estatais.

Essa modalidade de pena alternativa se aplica a condenações superiores a seis meses, devendo ser atribuída conforme as aptidões do sentenciado, precisando ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo que não prejudique a jornada normal de trabalho, sendo facultado ao condenado cumprir a pena em menor tempo se esta for superior a um ano, desde que não seja em período inferior a metade.

A interdição temporária de direitos, estabelecida no artigo 47 e incisos do Código Penal, consiste em: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder

público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares e proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de o condenado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa do albergado ou outro estabelecimento, podendo ser ministrados cursos, palestras ou atividades educativas nesses períodos, nos termos do artigo 48 e parágrafo do Código Penal.

A terceira espécie ou modalidade de pena é a de multa, a qual está disciplinada entre os artigos 49 a 52 do Código Penal e consiste no pagamento, destinado ao fundo penitenciário, do valor fixado na sentença condenatória e calculado em dias-multa.

O valor de cada dia-multa será fixado pelo magistrado, entre os valores de um trigésimo do maior salário mínimo mensal até cinco vezes esse salário, vigente à época dos fatos, sendo atualizado por índices de correção monetária, quando da efetiva execução.

Nos termos do estatuto repressivo, a pena de multa deve ser paga em até dez dias, contados do trânsito em julgado da sentença condenatória e, circunstancialmente, poderá ser satisfeita em parcelas mensais ou ainda mediante desconto em folha de pagamento, de modo a não comprometer o sustento do condenado e de sua família.

Passada em julgado a sentença condenatória a pena de multa, esta será considerada dívida de valor, aplicando-se as normas relativas à legislação que disciplina a dívida ativa da Fazenda Pública.

Ainda se tratando de sanções penais, tem-se outra espécie do gênero, ou seja, a medida de segurança, que está disciplinada entre os artigos 96 a 99 do Código Penal. Enquanto a pena está calçada no juízo de culpabilidade do agente, a medida de segurança se justifica em razão da periculosidade daquele que praticou infração penal. Aqui não se busca punir e ressocializar, mas sim tratar ou curar o sujeito.

Tal espécie de sanção penal se subdivide em detentiva, que consiste em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento similar e em restritiva, que se traduz em imposição de tratamento ambulatorial.

Nota-se, nos referidos dispositivos, que se for o caso de o inimputável (artigo 26, *caput*, do Código Penal) haver praticado fato previsto como crime doloso, obrigatoriamente lhe será imposta medida de segurança detentiva. Entretanto, se o fato for punível com detenção, haverá possibilidade de aplicação de medida de segurança restritiva.

No caso do semi-imputável (artigo 26, parágrafo 1º, do Código Penal), se for o caso, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pela internação, no caso de crime apenado com reclusão ou, eventualmente, tratamento ambulatorial se o fato for apenado com detenção.

A medida de segurança não tem prazo certo e determinado, mas tem prazo determinável, melhor dizendo, existe apenas um prazo mínimo, de um, dois ou três anos, expressamente previsto, mas não há prazo máximo estipulado, o que dependerá de posterior cessação de periculosidade, constatada por meio de perícia médica a ser judicialmente apreciada.

Nesse sentido, verifica-se que, não cessada a periculosidade do agente, este permanecerá internado ou submetido a tratamento, sendo o prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, sucessivamente prorrogado.

Havendo cessação de periculosidade, a desinternação ou a liberação será sempre condicional, devendo ser observado o período de prova de um ano, onde o sentenciado não poderá praticar qualquer fato indicativo de persistência de sua periculosidade, não necessitando ser fato previsto como infração penal.

3 FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As funções da pena são referenciais de suma relevância para a tarefa de individualização da pena, uma vez que é com base naquelas que a individualização deve ser operada nas etapas legislativa, judicial e executiva.

O Estado necessita justificar ou legitimar sua interferência na esfera de direitos individuais de seus cidadãos, para tanto se vale de teorias que respalde sua atuação punitiva, melhor dizendo, o *jus puniendi* estatal.

Na lição de Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 13), observa-se que:

Sob a rubrica de “teorias legitimadoras”, são aqui consideradas as diversas formulações teóricas justificadoras do direito de punir, as quais podem ser resumidas em três conhecidas máximas: *punitur quia peccatum est*; *punitur ut ne peccetur*; *punitur quia peccatum est ne peccetur*. Respectivamente: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista).

Nesse sentido, a depender da teoria seguida pelo Estado, a atividade individualizadora da pena, em todas as suas etapas, deverá seguir nesta ou naquela direção.

3.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

As teorias retributivas ou absolutas entendem a pena como uma espécie de compensação pelo mal anteriormente causado, significando a compensação do injusto pelo mal da pena (perspectiva objetiva), bem como a aflição a que será submetido o sentenciado quando da execução penal (perspectiva subjetiva).

Essas teorias não buscam qualquer finalidade na aplicação da pena, pois encontram apoio em si mesmas, não se importando com qualquer possível efeito como intimidação ou eventual recuperação do indivíduo apenado.

Segundo a lição de Winfried Hassemer (2005, p. 372):

Percebe-se que as teorias absolutas da pena, apesar de todos os esforços de unificação, provêm de um mundo completamente diferente que as teorias relativas. Para as teorias absolutas o sentido da pena desenvolve-se a partir da *plenitude da teoria*, para as teorias relativas o sentido da pena desenvolve-se a partir da *imperfeição da realidade*.

Nesse diapasão, verifica-se que as teorias absolutas partem de edifícios teóricos perfeitos e, por vezes, ignoram a realidade mais que imperfeita.

Conforme ensino de Edgard Magalhães Noronha (2009, p.28), “as teorias absolutas baseiam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*)”.

Para Immanuel Kant apud Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 19-20):

[...] a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um “imperativo categórico”, isto é, de um imperativo moral incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta em si mesma, como realização de justiça, pois “as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias”.

Dessa forma, a pena, como retribuição moral, prescinde de qualquer percepção utilitária e deve ser imposta, sem a necessidade de qualquer justificativa externa à proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a quantidade de pena que deva ser imposta.

A concepção de Georg Wilhelm Friedrich Hegel apud Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 21) estabelece que:

[...] a pena atende não a um mandato absoluto de justiça, como em Kant, mas, antes, a uma exigência da *razão*, que se explica e se justifica a partir dum processo dialético inerente à idéia e ao conceito mesmo de direito. Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é sua afirmação). A pena é, pois, a restauração positiva do direito.

A pena, nessa percepção, como retribuição jurídica, é uma necessidade dialética para a afirmação do Direito, o qual deve ser inteiramente efetivado, como reflexo da vontade social. O crime é um fenômeno que nega o Direito, devendo, portanto, haver uma reação do Estado para reparar a perfeição do ordenamento.

Na conclusão de Paulo S.Xavier de Souza (2006, p.75):

Em síntese, para a teoria retribucionista, a pena assume aspecto de castigo *talionalmente vinculado* com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinquente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente (*imputáveis*), ao contrário das *medidas* aplicadas contra aqueles que não agiram livremente (*inimputáveis*), que não podem ser reprovados.

Para essas teorias, as penas não se vinculam a nenhum fim, não passam de mero castigo, compensação, reação ou retribuição ao crime. A pena tem apenas a tarefa de “realizar justiça”, impondo um mal proporcional ao ilícito perpetrado.

3.2 Teorias Relativas ou Preventivas

As teorias preventivas ou relativas apontam à pena um desiderato: a prevenção do ilícito. A ameaça penal, a intimidação de todos, tem a missão de preservar a convivência humana, de acordo com o Direito.

Ao contrário das teorias absolutas, as teorias relativas sustentam que a pena tem a missão de atuar como meio de prevenção da prática de infrações penais, obstando, na medida do possível, a prática de novos ilícitos.

As teorias preventivas têm duas percepções, a prevenção de âmbito geral e a de âmbito especial ou específico.

A prevenção geral busca de modo abstrato, coagir psicologicamente os indivíduos a se abster da prática de infrações penais, intimidando toda a sociedade, especialmente ameaçar o potencial criminoso a não praticar ilícitos penais.

Para Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach apud Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 36):

[...] todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a *sensualidade*, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação.

E prossegue adiante (2001, p. 36):

Função, pois, da pena, é a prevenção geral de delitos, por meio de uma “coação psicológica” exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contramotivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige.

O Estado, para impedir a violação do ordenamento jurídico, promove uma ampla intimidação da sociedade, visando à coação psicológica antecipada, por meio da ameaça da pena em abstrato e sua possível aplicação (prevenção geral negativa).

A *posteriori*, quando ocorre a efetiva imposição de pena a algum infrator e a devida execução da sanção penal imposta, a sociedade, ao testemunhar a concretização do Direito Penal, abstém-se da prática de ilícitos penais, pelo justo temor de ser penalizado. Assim, renova a confiança das pessoas no sistema jurídico vigente (prevenção geral positiva).

Para Franz Von Liszt apud Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 59):

[...] fim da pena ou das medidas de segurança era prevenir eficazmente a prática de futuros delitos, conforme as peculiaridades de cada infrator. Assim, missão da pena, para os *delinquentes ocasionais*, que não precisam de correção, é a *advertência* (função de advertência ou de intimidação); para os que precisam de correção, é ressocializá-lo com a educação durante a execução penal (função ressocializadora); para o delinqüente incorrigível ou habitual, fim da pena é torná-lo inócuo por tempo indeterminado (função de “inocuidade”), enquanto durasse a necessidade “inocuidadora”.

Em Liszt, a pena tem a função de prevenir a ocorrência de infrações penais, agindo sobre a personalidade do infrator, uma vez que as sanções devem ser moduladas em conformidade com o criminoso que praticou o delito, oferecendo uma suposta proteção social por meio do adequado tratamento do delinqüente.

Em oposto da prevenção geral, a prevenção especial, age sobre o indivíduo caso o ilícito seja cometido, devendo aquela ameaça inicialmente dirigida a todos, ser efetivada em face do criminoso, o que também reforça a intimidação dos demais.

A prevenção especial também se subdivide em negativa e positiva. A primeira versa sobre a encarcerização do indivíduo que praticou a infração penal, isolando-o da sociedade, uma vez que, nesse primeiro momento, o indivíduo não possui condições de permanecer no convívio social de forma harmônica, representando uma ameaça.

Por outro lado, a prevenção especial positiva atua na realidade do punido, buscando a ressocialização do indivíduo infrator, para que este não volte a praticar infrações penais, emendando o sentenciado durante o processo de

execução penal, a fim de que este possa ser (re) integrado ao convívio social e não torne a delinquir.

3.3 Teorias Mistas ou Ecléticas

As teorias mistas ou ecléticas foram desenvolvidas ponderando as tensões opostas, características das teorias absolutas e relativas, preservando atributos de ambas, uma vez que agregam particularidades retributivas e finalidades preventivas.

Na preleção de Paulo S.Xavier de Souza (2006, p.85):

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao Direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais.

Essas teorias trazem em sua essência, um conceito eclético, unificado ou integrado, acerca da finalidade das penas, uma vez que, ao mesmo tempo, é a retribuição ao condenado pela prática de um delito e ainda uma forma de prevenir a ocorrência de novos delitos.

Isto é, é uma combinação entre as teorias absolutas e relativas, sendo a pena uma forma de punição ao delinquente, e ainda uma forma de prevenir a ocorrência de novas infrações, tanto na forma geral como na forma específica.

Conforme afirmação de Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 65), essas teorias mistas:

Pretendem, enfim, sem compromisso com a pureza ou monismo de modelos, característicos das teorias absolutas e relativas, explicar o fenômeno punitivo em toda a sua complexidade e pluridimensionalidade.

Averigua-se nitidamente que as teorias mistas ou ecléticas têm por alicerce a reunião das outras duas teorias (absoluta e relativa), passando a ter mais

de um único fim, e possuindo dois ou mais objetivos que consistem em punir e prevenir.

A punição decorre exclusivamente da teoria absoluta, tendo em vista que seu desígnio é restituir ao criminoso o mal causado à sociedade, advertindo ao infrator que se tornar a cometer algum crime será proporcionalmente lesado pelo mal causado e pelo seu desrespeito para com o ordenamento jurídico e a sociedade.

Já a prevenção, provém da teoria relativa da pena, pois é uma forma de impedir a efetivação de novas condutas criminosas, bem como ressocializar o sentenciado e ainda prevenir que este torne a praticar ilícitos penais (prevenção específica), e para que os outros cidadãos tenham receio em cometer alguma infração (prevenção geral).

Nesse contexto, a teoria mista, unificadora ou eclética aquiesceu às outras duas teorias, havendo dois interesses, retribuir ao condenado o mal causado e prevenir que o apenado e a coletividade procurem cometer condutas delituosas.

Com a reforma penal ocorrida na década de oitenta, por meio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a qual alterou a Parte Geral do Código Penal, constata-se textualmente que, no ordenamento jurídico pátrio, a pena passou a ter função de natureza mista: retributiva e preventiva, nos termos do artigo 59, *caput*, do referido diploma:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências 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. (grifo nosso)

No mesmo sentido, caminha a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), quando em seu artigo primeiro, além de estabelecer a efetivação da sentença condenatória, determina que sejam fornecidas condições para a o retorno do condenado ao convívio social (ressocialização ou reintegração):

Art. 1º 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. (grifo nosso)

Embora a legislação penal brasileira tenha adotado tal teoria, com os consequentes desdobramentos que decorrem dessa concepção de função da pena, isso poucas vezes se observa em concreto, o que será posteriormente abordado de forma detida.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXECUÇÃO PENAL

4.1 Conceito

A execução da pena é regida pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). No entanto, devemos advertir que também existem dispositivos acerca da matéria em outros diplomas legais, como no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dentre outros.

A execução penal pode ser definida como o efetivo cumprimento das disposições da sentença penal, a qual poderá ser condenatória a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito ou a pena de multa, podendo ainda a sentença ser absolutória imprópria, no caso de imposição de medida de segurança.

Haverá execução penal após a prolação de sentença penal, em regra transitada em julgado (execução definitiva) e excepcionalmente sentença recorrível (execução provisória).

Nesse contexto, deve-se esclarecer que se faz necessário que o Juízo prolator da sentença, expeça a guia de recolhimento, também denominada carta de guia, seja ela definitiva ou provisória e a encaminhe a autoridade judiciária competente (Juiz de Execução), bem como a autoridade administrativa (Diretor da Prisão, no caso de pena privativa de liberdade).

4.2 Finalidade

Conforme se extrai da Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, a execução da pena tem por objetivo efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para a reintegração social do indivíduo.

A finalidade da execução penal, além de retributiva no sentido de aplicar a sanção penal como punição, é de ressocializar o indivíduo que cumpre pena ou medida de segurança, por meio da humanização, aplicando políticas de educação e de assistência ao preso e ainda ao egresso.

Nesse sentido, leciona Renato Flávio Marcão (2012, p. 31 e 32):

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.

O Estado, por meio do processo de execução penal humanizado, deve fornecer meios para que o indivíduo possa retornar à sociedade, de maneira que não necessite praticar novos delitos.

No entanto, adverte-se desde já que cabe ao Estado proporcionar condições dignas de cumprimento de pena e ao indivíduo aceitar ou não esse processo de mudança.

4.3 Natureza Jurídica

Divergem os estudiosos da Execução Penal quanto a sua natureza jurídica, dada a sua extrema complexidade. Existem basicamente três correntes de pensamento acerca da natureza da execução penal: administrativa, jurisdicional e mista ou híbrida.

Para os defensores da tese administrativa, a execução da pena tem natureza predominantemente administrativa, mas com episódios de jurisdicionalidade.

Conforme lição trazida por MIRABETE (2007, p.19 e 20) a execução tem diversas raízes, cuidando de Direito Penal substancial (aplicação da sanção), de direito processual (título executivo) e administrativo (cumprimento da sanção).

É evidente que suas atividades não se esgotam no âmbito administrativo, uma vez que é regulada à luz do Direito Penal, Processual Penal e principalmente subordinado aos princípios constitucionais.

Já nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 1003): a execução penal “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”.

Nesse contexto, também não podemos afirmar que se trata de atividade puramente jurisdicional, mas em razão de sua grande complexidade pode-se denominar sua natureza como híbrida ou mista, ou seja, a execução penal tem, ao mesmo tempo, natureza jurisdicional e administrativa.

Como bem observam Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana (1987, p.7):

Na verdade não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Essa fase da persecução penal é dirigida por duas autoridades, a jurisdicional (Juiz da Execução – Poder Judiciário) e a administrativa (Diretor da Prisão – Poder Executivo), no caso da pena privativa de liberdade.

Entretanto, deve-se destacar que, seja qual for a providência adotada em sede de execução penal, tanto em favor como em desfavor do sentenciado, o processo executivo da pena está sempre sujeito ao controle judicial, em consonância com os princípios que norteiam o Estado de Direito.

4.4 Competência

A competência para exercer as atividades jurisdicionais no processo de execução penal é essencialmente definida conforme o estabelecimento prisional em que o preso estiver recolhido, não importa se condenado pela justiça comum ou ordinária (estadual ou federal) ou pela justiça especial ou extraordinária (eleitoral ou militar).

Visando acabar com a proliferação dos incidentes de conflito de competência entre juízes estaduais, federais, militares e eleitorais, o Superior

Tribunal de Justiça – STJ, em 25/06/1997, editou a Súmula 192, conforme transcrição abaixo:

Súmula nº 192: Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual.

Desse modo, estando o preso recolhido em estabelecimento prisional estadual, será competente o juiz estadual para conduzir o processo de execução penal, não importando se sua condenação seja da justiça estadual ou federal (jurisdição comum ou ordinária) ou ainda justiça eleitoral ou militar (jurisdição especial ou extraordinária).

De modo inverso, pode-se afirmar que será competente o juiz federal, para conduzir a execução penal de pessoa que esteja recolhida em unidade prisional mantida e administrada pela União, independentemente da origem de sua condenação penal, conforme previsto no artigo 2º, bem como no artigo 4º, parágrafo 1º, ambos da Lei 11.671, de 08 de maio de 2008, a qual dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais, conforme seguem:

Artigo 2º A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

Artigo 4º [...]

§1º A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente.

Deve-se também esclarecer que, caso o criminalmente condenado pelas Justiças Eleitoral ou Militar, não esteja recolhido em estabelecimento penal da jurisdição ordinária estadual ou federal, será competente para fazer cumprir as disposições da sentença, a respectiva justiça especial que houver proferido a decisão.

Pode-se citar como exemplo a condenação da Justiça Eleitoral a ser cumprida em sursis (suspensão condicional da pena) ou a condenação da Justiça Militar que vem sendo cumprida em estabelecimento penal militar, conforme verificamos nos seguintes precedentes: STJ - CC 16.941-SP, STF - HC 73.920-RJ, STJ - RHC 2254-RS e STJ - CC 19.119-RS.

Outro ponto controvertido é a competência recursal dos incidentes de execução penal, nos casos em que a condenação é proveniente de justiça diversa da qual está subordinada o estabelecimento penal, hipótese que não está contemplada na Súmula nº 192 do STJ, o que deixa margem a dúvidas.

Nesses casos, embora ainda existam posicionamentos diversos, predomina na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, o entendimento de que a competência para os pedidos em sede de execução penal é do Juízo ao qual o apenado está vinculado (vide Súmula 192-STJ), sendo que eventuais recursos devem ser dirigidos para o respectivo Tribunal, ou seja, a competência é originária e recursal, conforme precedentes a seguir: STJ-HC 106.367-SP e STJ-CC 95.575-SP.

Entende-se como correta essa orientação jurisprudencial, uma vez que a concentração, em ambas as instâncias, da execução de pena busca garantir a segurança jurídica e a uniformização dos julgados com vistas ao bom andamento do processo executório, traduzindo-se em resposta adequada ao jurisdicionado.

Acrescente-se ainda que a norma de organização judiciária local é quem definirá a competência do Juiz da Execução Penal, nos termos do artigo 65 da Lei de Execução Penal.

4.5 Órgãos da Execução Penal

Considerando que o processo de execução penal é atividade complexa e que, além do Poder Judiciário e do Poder Executivo, participam dessa fase da persecução penal, diversos órgãos, nos termos artigo 61 da LEP, conforme segue:

- Art. 61. São órgãos da execução penal:
- I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;
 - II - o Juízo da Execução;
 - III - o Ministério Público;
 - IV - o Conselho Penitenciário;
 - V - os Departamentos Penitenciários;
 - VI - o Patronato;
 - VII - o Conselho da Comunidade.
 - VIII - a Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária está disciplinado entre os artigos 62 a 64 da Lei de Execução Penal, sendo um órgão subordinado ao Ministério da Justiça.

É um órgão integrado por treze conselheiros, com mandatos de dois anos, renovados um terço em cada ano e designados pelo Ministério da Justiça, dentre profissionais do direito e ciência relacionadas, bem como representantes dos ministérios da área social e da sociedade.

Dentre as atividades do Conselho, está a de propor diretrizes de política criminal e execução de sanção penal, avaliar e fiscalizar periodicamente o sistema prisional, estimular e promover a pesquisa criminológica e a formação e aperfeiçoamento dos profissionais, propor à autoridade competente a interdição de unidade prisional, dentre outras.

O Juízo da Execução, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, é uma das figuras centrais na execução da sanção penal, uma vez que deve zelar pelo correto andamento do processo executório.

Na lição de Sidnei Agostinho Beneti (1996, p. 67), quanto à relevância da atuação do magistrado:

[...] a figura do Juiz competente, na execução penal, significa muito mais do que mera localização burocrática dos autos na organização judiciária, visto que alça à condição de garantia da legalidade da execução.

Existe um rol de competências desse Juízo, previsto no artigo 66 da Lei de Execução Penal, entretanto se deve advertir que tal rol é meramente exemplificativo, uma vez que as atividades exercidas vão além dessas atribuições pré-estabelecidas.

Conforme assevera BENETI (1996, p. 68):

[...] a competência do Juízo da Execução, conquanto longa e cuidadosamente exposta pelo art. 66 da Lei de Execução Penal, ainda vai muito além de sua enumeração, que não se caracteriza como exaustiva, senão meramente exemplificativa, porque a extensão das atribuições do Juízo, na esfera do direito processual e do direito material, penal ou administrativo, faz antever a atuação também relativamente a outras questões não destacadas pela enumeração legal, mas perfeitamente subsumíveis na genérica disposição do item VI, que dispõe no sentido de competir ao Juiz da Execução “zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”.

O referido autor cita como exemplos a autorização de visitas conjugais, de tratamento médico, de remoções em geral, de correção de excessos disciplinares porventura cometidos pela administração penitenciária, dentre outras.

Dentre as atribuições do Juiz da Execução, pode-se ressaltar a aplicação de lei posterior mais benéfica, as decisões acerca de soma ou unificação de penas, progressão ou regressão nos regimes, detração e remição da pena, suspensão condicional da pena, livramento condicional, saídas temporárias, saídas temporárias, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança, inspecionar as prisões sob sua jurisdição e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas.

O Ministério Público, por sua vez, possui posição peculiar no processo de execução penal, atuando como parte no processo de execução, em defesa da sociedade e ainda como fiscal da lei, zelando pela regular execução da pena e da medida de segurança.

Na preleção de BENETTI (1996, p. 75):

O Ministério Público, no processo de execução, atua de forma bifronte: representando a sociedade, a quem tanto interessa a punição dos infratores da lei penal e o controle dos inimputáveis e semi-imputáveis, quanto à não-infração ("sic") das leis penais e administrativas por parte dos encarregados da efetivação das sanções penais e medidas de segurança [...]

As atribuições do Ministério Público estão previstas nos artigos 67 e 68 da Lei de Execução Penal, sendo um rol meramente exemplificativo, a exemplo do que ocorre com o Juízo da Execução.

O Conselho Penitenciário está regado nos artigos 69 e 70 da Lei de Execução Penal, sendo um órgão consultivo e fiscalizador da execução penal e integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado e do Distrito Federal, com mandatos de quatro anos, dentre profissionais da área do direito e ciências correlatas, bem como da sociedade em geral.

As funções do Conselho Penitenciário estão elencadas no artigo 70 da Lei de Execução Penal e atualmente são: emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

Antes do advento da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que introduziu algumas alterações na Lei de Execução Penal, o Conselho também emitia prévio parecer acerca da concessão de livramento condicional.

Conforme dados obtidos no site da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (<http://www.sap.sp.gov.br/conselho-penit.html>), o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, com sede na Capital, está regulamentado nos Decretos nº 26.372, de 04 de dezembro de 1986; nº 28.532, de 30 de junho de 1988 e nº 46.623, de 21 de março de 2002.

É composto por 30 membros conselheiros entre efetivos e suplentes, indicados por entidades de classe tais como Ordem dos advogados do Brasil - Seção de São Paulo, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Psicologia e Defensoria Pública, dentre profissionais com experiência de, ao menos, dez anos na área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas.

Conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 69 da Lei de Execução Penal, as nomeações são de competência do Governador do Estado, com mandato de quatro anos.

Ainda conta com informantes sem direito a voto, dos seguintes órgãos: Secretaria de Administração Penitenciária e suas respectivas Coordenadorias, Fundação “Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel” – FUNAP, Delegado representante do Presídio Especial da Polícia Civil e Delegado representante da Secretaria de Segurança Pública.

Os Departamentos Penitenciários estão estabelecidos entre os artigos 71 a 74 da Lei de Execução Penal, havendo um Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, que administra os estabelecimentos prisionais federais e os Departamentos Penitenciários Locais (Estados e Distrito Federal), que também administra as suas prisões.

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN é um órgão executivo e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

O DEPEN tem como atribuições: acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em âmbito nacional; inspecionar e fiscalizar

periodicamente os estabelecimentos e serviços prisionais; assistir tecnicamente as Unidades Federativas na efetivação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei; colaborar com as Unidades Federativas na implantação de estabelecimentos e serviços penais, para a realização de cursos destinados aos servidores penitenciários, bem como aos condenados e internados.

O Departamento Penitenciário do Estado de São Paulo, atualmente é denominado de Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, criada por meio da Lei nº 8.209, de 04 de janeiro de 1993 e organizada por meio do Decreto nº 36.463, de 26 de janeiro de 1993, sendo a primeira do país a tratar com exclusividade do tema.

Conforme informações do site da Secretaria de Administração Penitenciária (<http://www.sap.sp.gov.br/sap.html>), isso se deu em razão do crescimento da população prisional paulista e por se haver entendido como essencial, o estabelecimento de melhores condições de cumprimento de pena e futuro retorno à sociedade.

O sistema prisional tem características peculiares e demanda uma apropriada solução: um sistema carcerário eficiente, nos moldes do Estado Democrático de Direito.

Até o início de 1979, os estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade, no Estado de São Paulo, estavam subordinados ao Departamento dos Institutos Penais do Estado - DIPE, órgão pertencente à Secretaria da Justiça.

Com a edição do Decreto nº 13.412, 13 de março de 1979, o DIPE foi transformado em Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado - COESPE, à época com 15 unidades prisionais. As prisões permaneceram vinculadas à Secretaria de Justiça até março de 1991, quando foi transferida para a Secretaria da Segurança Pública, onde permaneceu até 1992.

O Departamento Penitenciário ou órgão similar, no caso paulista, a Secretaria de Administração Penitenciária, tem como escopo supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais do Estado de São Paulo.

O Patronato, que pode ser público ou particular, está disciplinado na Lei de Execução Penal em seus artigos 78 e 79, destinando-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos. São atribuições desse órgão: orientar os condenados à pena restritiva de direitos, fiscalizar o cumprimento das penas de

prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

No Estado de São Paulo pouco se houve falar no termo patronato, considerando que não mais existem Casas de Albergados, que é o local destinado aos condenados a pena privativa de liberdade em regime aberto, bem como da pena restritiva de direitos consistente em limitação de final de semana, nos termos dos artigos 93 a 95 da Lei de Execução Penal.

Atualmente as penas de reclusão, detenção e prisão simples, em regime aberto, são cumpridas na modalidade prisão albergue domiciliar, mesmo que o condenado não satisfaça os requisitos do artigo 117 da Lei de Execução Penal (condenado maior de setenta anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, condenada gestante), por absoluta falta de vagas e até mesmo inexistência desses estabelecimentos na maioria das localidades.

Já as penas restritivas de direitos são fiscalizadas pelas Centrais de Penas e Medidas Alternativas – CPMA, que são órgãos públicos vinculados à Secretaria de Administração Penitenciária, por meio da Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania.

Essas centrais são responsáveis pela execução e acompanhamento, no âmbito administrativo, das penas e medidas alternativas à privação de liberdade, recebendo por determinação do Poder Judiciário, a pessoa submetida a essas restrições, com a finalidade de encaminhá-la a uma instituição sem fins lucrativos (pública ou privada).

Essas sanções alternativas serão cumpridas nessas instituições, de acordo com o que determina a sentença, considerando a profissão, escolaridade, conhecimentos ou habilidades;

Atualmente existem 56 estabelecimentos dessa natureza, espalhados por diversas localidades do território paulista.

Já os egressos são orientados pelas Centrais de Atendimento ao Egresso e Familiares – CAEF.

Esses órgãos prestam assistência aos egressos do sistema prisional, bem como seus familiares, além de familiares de pessoas que ainda estão presas, desenvolvendo ações destinadas a educação, geração de renda, saúde, auxílio

psicossocial e jurídico, com o intuito de fortalecer a cidadania, autonomia e identidade dos usuários, para a retomada da vida em sociedade, buscando parcerias que viabilizem a capacitação profissional e geração de renda dos assistidos.

Presentemente existem 31 estabelecimentos dessa natureza, distribuídos por diversas localidades do território paulista.

O Conselho da Comunidade é um órgão previsto nos artigos 80 e 81 da Lei de Execução Penal, que deve ser composto por, ao menos, um representante de associação comercial ou industrial, um advogado, um Defensor Público e um assistente social, indicados pelas respectivas entidades. Na falta destes, ficará a cargo do Juiz de Execuções Criminais a escolha dos integrantes.

O conselho deve visitar, no mínimo mensalmente, os estabelecimentos prisionais da comarca, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao Juiz da Execução e ao Conselho Penitenciário, além de buscar obter recursos para assistência ao preso, em consonância com a direção da unidade prisional.

Ocorre que, são raras as comarcas onde o referido conselho de fato esteja constituído e atue efetivamente em busca de melhorias para o bom funcionamento da prisão e, conseqüentemente, proporcionar um ambiente com o mínimo de dignidade para aqueles que ali cumprem suas penas.

Afinal, a sociedade, em geral, não demonstra o mínimo interesse em acompanhar em que condições seus encarcerados permanecem custodiados.

A Defensoria Pública só foi contemplada na Lei de Execução Penal no ano de 2010, por meio da Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010, que acrescentou o Capítulo IX ao Título III (Dos Órgãos da Execução Penal), além de alterar outros dispositivos da lei relacionados à Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, assim como o Juízo da Execução e o Ministério Público, exerce papel fundamental na execução penal, tendo em vista que lhe cabe velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução.

Existe um rol de atribuições não exaustivo previsto à Defensoria Pública, uma vez que o legislador, por mais cauteloso que fosse não teria condições de prever todas as situações possíveis e imagináveis em relação à atuação da Defensoria em sede de execução penal.

Dentre o extenso rol, podem-se destacar os requerimentos em favor dos sentenciados, tais como aplicação de lei posterior favorável, unificação, detração

e remição de penas, incidente de excesso ou desvio de execução, autorização de saída temporária, dentre outros.

Além disso, obviamente cabe a esse órgão de execução interpor recursos judiciais ou administrativos, representar ao Juiz da Execução ou à autoridade administrativa eventual violação de normas inerentes à execução penal, visitar periodicamente as unidades prisionais, adotando providências para o adequado funcionamento e requerer, quando for o caso, a interdição de estabelecimento prisional.

4.6 Princípios Inerentes à Execução Penal

Num Estado Democrático de Direito, não há como conceber uma execução penal, seja qual for sua natureza jurídica (administrativa, judicial ou mista/híbrida), dissociada de direitos, garantias e princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios são diretrizes fundamentais de um sistema que orienta o direito desde a criação da norma, incidindo em sua interpretação e em sua aplicação.

Princípio é uma das espécies do gênero norma, sendo as outras espécies: regra e postulado normativo aplicativo.

No ensinamento de Humberto Ávila (2004), os princípios têm o dever de promover um estado ideal de coisas, enquanto finalidade imediata. Já a finalidade mediata é de adoção de condutas necessárias no sentido de perseguir esse estado ideal. Os princípios também atuam na interpretação das regras, especialmente quando há conflitos entre elas.

Ainda segundo o aludido autor, as regras têm como finalidade imediata a descrição de determinadas condutas, sendo que a finalidade mediata é justamente atender a desígnio contido nos princípios. Já os postulados normativos aplicativos, que muitos também denominam de princípios, são normas que servem para viabilizar, ou seja, estruturar e organizar a correta aplicação de princípios e regras.

Aponta-se como exemplos de postulados normativos aplicativos os “princípios” da proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

Existem princípios explícitos, isto é, estão expressamente previstos na legislação, notadamente na Constituição Federal e também os princípios implícitos, que não estão expressamente arrolados, uma vez que decorrem do próprio sistema normativo, por meio de uma interpretação sistemática.

O primeiro deles que merece destaque é a dignidade da pessoa humana, que está albergado no preâmbulo e no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em 10 de dezembro de 1948.

O referido princípio, na verdade mais que um princípio, ainda encontra proteção no artigo 10 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York), datado de 16 de dezembro de 1966, vigente desde 23 de março de 1976 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Outra ferramenta que também alberga a dignidade humana é o artigo 11 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A referida norma é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa forma, deve ser entendida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 90):

A **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado Brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. (negrito do autor).

A dignidade humana se espraia por todo o sistema normativo, mas é na seara penal, processual penal e execução penal que essa norma se torna evidente.

Diante disso, coloca-se como parâmetro de validade das demais normas jurídicas do sistema, inexistindo, assim, declarações ociosas ou meros conselhos ou recomendações.

Na lição de Luiz Regis Prado (2013, p. 25) se estabelece que “o princípio da humanidade está estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, que na verdade se encontra nele seu fundamento substancial último”.

Nesse contexto, segundo o citado autor, a execução penal está diretamente vinculada ao princípio da humanidade, que decorre de diversos dispositivos constitucionais, notadamente do artigo 5º, incisos XLVII, XLIX e L.

Nesse contexto, verifica-se que a execução penal deve, sem qualquer sombra de dúvida, orientar-se por essa determinação acerca da proteção do núcleo intangível do ser humano, sendo que em sede de execução, o referido princípio também é denominado de princípio da humanidade das penas.

O princípio da legalidade é uma das maiores expressões da democracia, o que se traduz na garantia essencial de que a sociedade não está adstrita aos arbítrios das classes dominantes, sendo alguns de seus maiores desdobramentos a reserva legal e o devido processo legal.

Existem variantes desse princípio expressos na Constituição. Uma delas é o princípio geral, que se encontra no inciso II, artigo 5º, de nossa carta política, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Outra variante está prevista no artigo 5º, inciso XXXIX, o qual estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Além da previsão expressa em nossa Constituição, existe tal determinação no artigo 1º do Código Penal, quanto à expressa previsão de infração e sanção penal, bem como nos artigos 3º e 45 da Lei de Execução Penal, sendo que aquele trata da intangibilidade dos direitos não atingidos pela lei ou pela sentença e este estabelece a determinação de previsão legal ou regulamentar acerca de infrações e sanção administrativas (faltas disciplinares).

O artigo 9º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, também traz a previsão expressa desse princípio, conforme transcrito:

Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade.

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Além do princípio da legalidade, o dispositivo acima descrito estabelece o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o autor da infração.

Segundo Luiz Regis Prado (2013, p. 24) “trata-se de peça angular do sistema normativo, propiciando ao condenado uma série de garantias [...]”.

A legislação tem relevância ímpar na estrutura do Estado. Na esfera do Judiciário estabelece como um magistrado deve conduzir um processo ou prolatar um pronunciamento judicial. No Legislativo estabelece o trâmite do processo legislativo ou a fiscalização, por meio de seu Tribunal de Contas, das contas do Poder Executivo. Quanto ao Poder Executivo estabelece regras para gestão de materiais e serviços, servidores, dentre outras.

Acerca do princípio em comento, René Ariel Dotti (1998, p. 463) traz algumas considerações:

Um dos princípios fundantes dessa direção radica na legalidade da execução. Consiste ela em se demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão. Modernas leis de execução das penas e das medidas de segurança têm proclamado formalmente que os condenados não podem sofrer privações ou restrições além dos limites necessários à execução.

Nesse contexto, verifica-se que as normas referentes à execução das penas e das medidas de segurança devem estar devidamente previstas em lei, a qual, obviamente, deve respeitar os princípios constitucionais.

O princípio do devido processo legal está explícito no artigo 5º, inciso LIV, de nossa Constituição Republicana, onde é assegurado que nenhuma pessoa será privada de seus bens ou de sua liberdade, sem o devido processo legal.

Interpretando sistematicamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York), bem como da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José

de Costa Rica), nota-se que nessas normas está assegurado o devido processo legal, considerando que esse emana de outros princípios alistados.

O referido princípio consiste em assegurar um processo desenvolvido na forma estabelecida em lei, assegurando todos os direitos e garantias, havendo nulidade do processo, caso estas não sejam rigorosamente observadas.

Atribui-se ao aludido princípio grande carga de ser um princípio fundamental, melhor dizendo, nele repousam diversos outros princípios constitucionais.

Pode-se afirmar que no devido processo legal estão contidos outros princípios processuais, como o do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da proibição da prova ilícita, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição, dentre outros.

É necessário destacar que o devido processo legal, em sede de execução penal, deve ser rigorosamente observado tanto no âmbito judicial quanto no âmbito administrativo, como por exemplo, nos casos de procedimento apuratório de falta disciplinar por parte do sentenciado.

No ensinamento de Luiz Regis Prado (2013, p. 24):

Embora o princípio do devido processo legal seja orientador de toda ação estatal constritiva de direitos, com destaque para a privação de bens e da liberdade, tem ele manifesta importância na execução penal, já que nenhum castigo, nenhuma sanção pode ser aplicada ao condenado sem a instauração do devido procedimento disciplinar, nos termos dos artigos 59 e 60 da Lei de Execução Penal.

Em sua feição material ou substantiva, o devido processo legal está incumbido de controlar o arbítrio do legislador e a discricionariedade dos atos da Administração Pública, realizando uma análise de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos estatais.

Nesse contexto, considera-se, além da realização dos atos estatais previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, a observância do equilíbrio entre a atividade estatal e a interferência na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, onde se aplica o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão expressamente previstos em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV, onde determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Também se extrai tais princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York), bem como da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Esses princípios decorrem do devido processo legal e da igualdade processual, o que significa paridade de armas.

O contraditório implica um sistema bilateral dialético, ou seja, alicerçado na discussão de hipóteses, teses, antíteses e sínteses. Já a ampla defesa está subdividida em autodefesa e defesa técnica.

A autodefesa é realizada pelo executado ou sentenciado, que tem o direito de requerer eventual benesse em sede de execução. A defesa técnica é realizada por meio de advogado ou Defensor Público, que possui capacidade postulatória (*ius postulandi*), embasada em tese jurídica.

Nesse sentido, acusação e defesa devem estar posicionadas no mesmo plano, em integral igualdade de condições, estando acima deles o Estado-Juiz, como órgão imparcial e suprapartes.

A publicidade está constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LX, o qual estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Consta expressa previsão desse princípio nos artigos 10º e 11º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no artigo 14 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova York) e no artigo 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

O referido princípio também está estampado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o qual segue transcrito:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Conforme leciona Luiz Regis Prado (2013, p. 33):

Com esse princípio firma-se garantia relevante e asseguradora da transparência “da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedade no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça [...]”.

Os referidos dispositivos devem ser interpretados no sentido de que a regra geral é a publicidade, a qual poderá ser excepcionalmente restringida nos casos estritamente previstos.

No entanto, a publicidade em sede de execução penal não pode significar exposição do condenado de forma sensacionalista, bem como também é vedada a publicidade de atos que perturbem a segurança e a disciplina dos estabelecimentos prisionais e ainda a exposição do preso à inconveniente notoriedade, conforme artigos 48, inciso VIII e 198, ambos da Lei de Execução Penal.

O duplo grau de jurisdição é uma singular garantia aos que buscam a prestação jurisdicional. O princípio referido se justifica, uma vez que propicia uma ofensiva as decisões proferidas, tendo em vista a possibilidade de haver eventual deficiência na prestação jurisdicional.

Dentre os embasamentos e justificativas desse princípio destacam-se o inconformismo e a falha humana.

Conforme lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 31):

Trata-se de princípio da mais alta importância. Todos sabemos que os Juizes, como homens que são, estão sujeitos a erro. Por isso mesmo o Estado criou órgãos jurisdicionais a eles superiores, precipuamente para reverem, em grau de recurso, suas decisões. O que se infere do nosso ordenamento é que o duplo grau de jurisdição é uma realidade incontrastável.

Tal princípio decorre do ordenamento jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal.

Embora o referido princípio não esteja catalogado em nenhum dispositivo da Constituição, não há como negar sua previsão em nosso sistema normativo.

Verifica-se no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (contraditório e ampla defesa), a existência do princípio do duplo grau de jurisdição, notadamente quando assevera a possibilidade do litigante ingressar com recursos.

O princípio do duplo grau de jurisdição está intimamente ligado a outros princípios, como o contraditório e a ampla defesa, devido processo legal, dentre outros, sendo que estes decorrem do próprio Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal, ao estabelecer a estrutura do Poder Judiciário em seu artigo 92, afirma o duplo grau de jurisdição, ao constituir tribunais e juízes, conforme segue:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;
I-A o Conselho Nacional de Justiça;
II - o Superior Tribunal de Justiça;
III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI - os Tribunais e Juízes Militares;
VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.
§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.
§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

Mostra ainda a existência do princípio do duplo grau de jurisdição, ao estabelecer competência originária e recursal aos tribunais e também ao determinar, em seu artigo 93, inciso XV, a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição.

Ressalte-se ainda que o Brasil, em 06 de novembro de 1992, ratificou a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, e, que o artigo 8º da referida Convenção faz menção ao direito de recorrer a um juiz ou tribunal superior, resta confirmada a previsão do princípio do duplo grau de jurisdição.

Outro princípio que é inerente a execução penal é o da personalidade ou intranscendência da pena, o qual está estabelecido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988:

XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (grifo nosso)

Além da Constituição da República, o referido princípio também está abarcado em outras normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, como no artigo 5º, item 3, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992.

O princípio da personalidade ou intranscendência da pena estabelece que esta não deve passar da pessoa do condenado, devendo ser aplicada e executada em função de sua culpabilidade, sua personalidade e seus antecedentes.

No entanto, o que eventualmente pode transcender ao apenado são os efeitos civis da condenação, como a obrigação de reparar o dano, o que o próprio dispositivo constitucional autoriza textualmente.

O princípio da individualização da pena está insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, trazendo ainda outras determinações intimamente relacionadas, nos incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L conforme colacionado:

XLVI - a lei regulará 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;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (grifo nosso)

Além da Constituição, os artigos 8º e 67 a 69 das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da Organização das Nações Unidas – ONU (Resolução de 31 de agosto de 1955) tratam do tema e o artigo 7º das Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil (Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário – CNPCP) contém expressa determinação para que o princípio em questão seja efetivamente atendido.

Deve-se desde já realizar alguns apontamentos acerca do princípio da individualização da pena. O primeiro deles é que se trata de individualização da sanção penal, enquanto gênero, que compreende as espécies penas e medidas de segurança, devendo ser observado essencialmente em três momentos distintos e complementares (legislativo, judicial e executivo).

Segundo ensinamento de MIRABETE (2007, p.48):

A individualização da pena é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *in abstracto*), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento executório, processada no período de cumprimento de pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.

Já no ensino de Luiz Regis Prado (2013, p. 31):

O princípio da individualização da pena consiste numa diretriz constitucional orientadora de imposição, aplicação e execução da pena (art.5.º, XLVI), no sentido de que o condenado não só receba a pena adequada à reprovação e prevenção do crime, dentre os critérios previamente estabelecidos em lei, mas que também, no decorrer da execução, receba o condenado a devida atenção do Estado, não só no que tange às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a expiação seja atenuada, à medida que se constate uma prognose positiva de reeducação penal.

Nesse contexto, a individualização da sanção penal, desenvolve-se em três passos ou fases; na elaboração da lei, quando estabelece na norma incriminadora as reprimendas segundo a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da conduta; na aplicação da lei penal ao caso concreto, quando determina a forma inicial da execução penal; na execução da sanção anteriormente imposta, nos termos da sentença e das normas vigentes.

Na primeira fase ou etapa (legislativa), deve o parlamento estabelecer critérios que favoreçam o tratamento penal individualizado, por meio de norma

abstrata, trazendo balizas ao magistrado exercer sua atividade judicante na etapa subsequente, seja no Código Penal ou na legislação especial ou extravagante.

Na segunda fase (judicial), deve o magistrado competente aplicar a sanção penal ao caso concreto, dentro dos critérios estabelecidos por todo o ordenamento jurídico.

Isso se materializa de maneira muito clara quando o magistrado sentenciante aplica a pena privativa de liberdade, por meio do sistema trifásico de dosimetria da pena, prevista no artigo 68 do Código Penal.

Inicialmente, na primeira etapa da dosimetria, o juiz fixa a pena base de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, posteriormente, num segundo momento, verifica a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes previstas entre os artigos 61 a 67 do diploma repressivo. Por último, são verificadas eventuais causas de aumento ou diminuição de penas, previstas no próprio Código Penal (Parte Geral ou Parte Especial) ou na legislação extravagante.

Já na terceira etapa (executiva), deve a autoridade administrativa e a autoridade judicial, nos termos da legislação e do disposto na sentença penal, efetivar o cumprimento da sanção imposta.

Especificamente, em relação à individualização da sanção penal, na fase executiva, a Lei de Execução Penal estabelece alguns critérios referentes à classificação dos condenados por intermédio de comissão técnica de classificação, bem como a submissão do preso a exame criminológico com vistas à classificação adequada e individualização da sanção penal.

No plano abstrato, muito se indignam os estudiosos do direito acerca do desrespeito aos preceitos constitucionais que determinam algumas providências para que se concretize a atividade Individualizadora.

Conforme se extrai dos referidos dispositivos constitucionais, existe clara determinação para que as pessoas sejam punidas apenas com aquelas sanções previamente admitidas em nosso ordenamento, bem como se determina a classificação de sentenciados de acordo com a infração penal, idade e sexo, além de assegurar algumas condições peculiares às mulheres presas.

Na esfera infraconstitucional, a Lei de Execução Penal regula o cumprimento das sanções penais (penas e medidas de segurança) em suas diversas modalidades, tais como penas privativas de liberdade, penas restritivas de

direito, pena de multa, medida de segurança detentiva (internação) e medida de segurança restritiva (tratamento ambulatorial).

Especificamente, em relação à individualização da sanção penal, na fase executiva, a LEP estabelece alguns critérios nos artigos 5º, 6º e 8º, conforme transcritos a seguir:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Nessas determinações contidas na lei de execução, inicialmente se estabelece a classificação dos condenados, conforme os antecedentes e personalidade, estabelecendo ainda que tal classificação deve ser realizada por comissão encarregada de elaborar o programa individualizador.

Nesse contexto, verifica-se que ao passo que as normas constitucionais trazem algumas determinações mais objetivas destinadas à individualização (classificação de sentenciados de acordo com a infração penal, idade e sexo), as normas contidas no diploma executivo conduzem a uma avaliação subjetiva da individualização (antecedentes e personalidade).

4.7 Institutos de Execução Penal

A prisão é largamente utilizada para cumprimento de pena a partir do século XVIII, conforme já mencionado anteriormente, entretanto, deve-se ressaltar novamente que a instituição prisão remonta a antiguidade, mas esta era utilizada apenas para a custódia temporária, servindo somente aos objetivos de guarda e contenção dos acusados.

O sistema progressivo de cumprimento de pena foi concebido por volta do século XIX, mas sua utilização se alargou na Europa após a primeira guerra mundial, consolidando-se a pena privativa de liberdade, em substituição a outras espécies de pena, como a pena de morte, de deportação, de trabalhos forçados, dentre outras penas cruéis ou degradantes.

Essencialmente, o sistema progressivo consiste em distribuir o cumprimento da pena privativa de liberdade em etapas, diminuindo-se o rigor carcerário e ampliando, com o passar das etapas, os direitos atinentes ao retorno ao convívio social, antes do integral cumprimento de sua reprimenda.

Este mecanismo de cumprimento de pena evoluiu com o passar do tempo, havendo peculiaridades distintas, conforme o local em que foi implantada.

No Brasil, o sistema progressivo foi adotado desde a redação original do Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Com a reforma penal no ano 1984, que se deu por meio das Leis 7.209 (alterou a parte geral do Código Penal) e 7.210 (instituiu a Lei de Execução Penal), ambas de 11 de julho de 1984, houve um aprimoramento, ao menos no plano legal, do sistema progressivo.

O sistema progressivo de cumprimento de pena nada mais é do que uma das formas de efetivar o princípio constitucional de individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

A Lei de Execução Penal, dos artigos 110 a 119, dispõe sobre o sistema progressivo de cumprimento de pena, que também está sujeito a forma regressiva.

Quanto aos regimes prisionais para cumprimento das penas privativas de liberdade, nosso ordenamento estabelece os seguintes: fechado, semiaberto e o aberto, conforme previsão do artigo 33, parágrafo 1º, do Código Penal.

O sentenciado condenado à pena privativa de liberdade pode ser apenado com reclusão, detenção ou prisão simples, de acordo com a infração penal praticada. A pena de reclusão pode ser inicialmente cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção só pode ser inicialmente cumprida nos regime semiaberto ou aberto, assim como ocorre também com a pena de prisão simples.

Nesse contexto, pode-se vislumbrar que uma pessoa condenada à pena privativa de liberdade pode iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime

fechado, ser progredido ao regime semiaberto e posteriormente progredido ao regime aberto, sendo que o inverso também é verdadeiro, uma vez que existe a possibilidade de regressão de regime.

Quanto aos requisitos para a progressão de regime, devem-se respeitar as disposições contidas na Lei de Execução Penal e na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990).

Em regra, o requisito objetivo para progressão de regime, é o cumprimento da fração mínima de 1/6 (um sexto) da pena do regime anterior, além do atestado de bom comportamento a ser expedido pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontra o apenado (requisito subjetivo), nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Na hipótese de progressão de regime para crimes hediondos ou equiparados, o requisito objetivo é de cumprimento de, ao menos 2/5 (dois quintos) da pena em caso de sentenciado primário e 3/5 (três quintos) da pena se reincidente, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, além do bom comportamento carcerário, nos moldes do artigo 112 da LEP.

Lembrando que, se o crime hediondo foi praticado antes da vigência de Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, deve-se considerar como requisito objetivo (fração de pena), o cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) da condenação, uma vez que se trata de lei de caráter penal e mais gravosa, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, consubstanciado na Súmula nº 471 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que segue descrita:

Súmula 471: Os condenados por **crimes hediondos** ou assemelhados cometidos **antes da vigência da Lei n. 11.464/2007** **sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984** (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. (grifo nosso)

Desde a modificação legislativa promovida pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, não mais se tem como obrigatório a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime.

No entanto, nada impede que, excepcionalmente, o Juízo das Execuções requisite tal avaliação por meio de decisão concretamente motivada, segundo jurisprudência já pacificada nesse sentido, conforme Súmula Vinculante nº

26 do Supremo Tribunal Federal – STF e Súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, transcritas a seguir:

Súmula Vinculante 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 8.072, 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 de exame criminológico.** (grifo nosso)

Súmula 439: **Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.** (grifo nosso)

Para a maioria daqueles que militam da área da execução penal a progressão de regime se traduz em benefício concedido aos sentenciados. No entanto, existe entendimento diverso no sentido de que a progressão de regime não é benefício, mas sim forma de execução da pena privativa de liberdade.

De qualquer forma, a progressão de regime é concedida ou deferida por meio de decisão judicial, proferida pelo Juiz de Execução Criminal.

Outros institutos que merecem destaque são a detração penal, prevista nos artigos 42 do Código Penal, 66, inciso III, alínea *c* e 111 da Lei de Execução Penal e a unificação de penas, estabelecidas nos artigos 66, inciso III, alínea *a* e 111 da Lei de Execução Penal, nos casos de incidência do artigo 71 do Código Penal, nos casos de crime continuado.

A detração é instituto de direito material que assegura o direito do sentenciado computar ou descontar, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão e/ou de internação provisória.

Antes do advento da Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, a detração era matéria de competência exclusiva do Juiz da Execução. No entanto, a referida lei deu nova redação ao artigo 387 do Código de Processo Penal, e em seu parágrafo 2º, determina que o Juiz da condenação compute o tempo de prisão ou internação provisória, para que seja assentado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A unificação de penas, que também é instituto de caráter material, visa reunir diversas condenações provenientes de Juízos diversos. Conforme esclarece Renato Marcão (2012, p. 94):

Não raras vezes determinada pessoa comete vários crimes em evidente situação de continuidade delitiva são (art.71 do CP), e mesmo assim são instaurados inquéritos policiais e processos criminais distintos – um para cada crime –, quando o correto em casos tais é a unidade de processo e julgamento, com única denúncia e uma só sentença tratando de todos os fatos, salvo hipótese de aplicação do art.80 do CPP.

E prossegue o autor:

Desobedecida a regra, em caso de procedência das imputações ou parte delas, haverá condenação em cada um dos processos, e então, em sede de execução penal, será preciso proceder à unificação das penas, a fim de se ver quantificadas em ajuste com a previsão do art.71 do CP, pois, do contrário, será aplicada a regra do concurso material (art.69 do CP), com a soma das penas, a traduzir enorme prejuízo (v.art.111 da LEP).

Nesse sentido, nos casos de crime continuado, em que a unificação prevista no artigo 71 do Código Penal, não houver sido devidamente aplicada durante a persecução penal, poderá ser corrigida em sede de execução penal.

Outras benesses previstas em sede de execução penal são a permissão de saída (artigos 120 e 121 da LEP) e a saída temporária (artigos 122 a 125 da LEP), que são espécies do gênero autorização de saída.

Segundo Renato Marcão (2012, p. 201) são institutos que:

Integram o rol dos direitos dos presos e têm por escopo permitir àquele que se encontra sob o cumprimento de pena privativa de liberdade o restabelecimento gradual do contato com seus familiares fora do ambiente carcerário e o mundo exterior, com atividades que interessam à (re)estruturação de sua formação moral, ética e profissional, como mecanismos aptos a viabilizar sua (re)integração social.

A permissão de saída é instituto utilizado por presos que cumprem pena nos regimes fechado e semiaberto, bem como os provisórios, com a devida autorização do diretor da prisão, mediante escolta, nos casos de falecimento ou doença grave de familiar ou necessidade de tratamento de saúde, com duração restrita a necessidade e finalidade da saída.

Já a saída temporária é benesse destinada apenas a sentenciado que cumpre pena em regime semiaberto, com prévia autorização judicial do Juízo das Execuções Criminais, sem escolta, nos casos de visita à família, frequência a curso ou participação em atividades que contribuam para o retorno ao convívio social.

Além de ser destinada a pessoas que cumprem pena em regime semiaberto, deverão ser preenchidos alguns requisitos, tais como: cumprimento de

1/6 (um sexto) da pena se primário e 1/4 (um quarto) da pena se reincidente, além de comportamento adequado e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Outro instituto previsto na Lei de Execução Penal, entre os artigos 126 a 130, é o da remição de pena, que se traduz na possibilidade de reduzir, por meio do trabalho ou do estudo, o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A remição pelo trabalho só é possível aos sentenciados que cumprem pena privativa de liberdade nos regimes fechado e semiaberto, conforme estabelece o artigo 126 da Lei de Execução Penal.

Embora esse dispositivo legal também mencione que a remição por estudo será franqueada apenas aos que cumprem pena nos regimes fechado e semiaberto, existe exceção a essa regra trazida pelo parágrafo 6º desse artigo.

Nele está estabelecido que o sentenciado que cumpre pena em regime semiaberto e aberto ou se encontra em livramento condicional, poderá pleitear remição de pena em razão de estudo (ensino regular ou profissionalizante).

Importante anotar que antes do advento da Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, a qual alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, a remição por estudo não era expressamente prevista na lei, entretanto, a jurisprudência já era pacífica em admitir essa modalidade de remição.

A remição de penas, pelo trabalho ou pelo estudo, é concedida por meio de decisão judicial do Juízo das Execuções, sendo remido um dia da pena a cada três dias de trabalho ou um dia da pena a cada doze horas de estudo, distribuídas em, no mínimo, três dias, as quais poderão se desenvolver de forma presencial ou à distância.

Só estará obrigado a exercer atividades laboroterápicas, o sentenciado definitivo, nos termos do artigo 31 da LEP, no entanto, se a condenação for imposta em razão de crime político, o preso não estará obrigado ao trabalho, nos termos do artigo 200 da Lei de Execução Penal.

Já o preso provisório não está obrigado ao trabalho, em razão do princípio constitucional de presunção de não culpabilidade, expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, entretanto, este não será impedido de trabalhar caso opte por exercer tais atividades, uma vez que inexistente qualquer vedação legal.

No caso de condenado a prisão simples (contravenção penal) o trabalho será facultativo quando a pena não exceder a quinze dias, nos termos do artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei de Contravenções Penais.

Deve-se ressaltar que existe a possibilidade de cumulação de remição em razão do trabalho e em razão do estudo, desde que exista compatibilidade de horários entre as horas trabalhadas e as estudadas, lembrando que, nos termos do artigo 33 e parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a jornada normal de trabalho é de seis a oito horas diária, com descanso aos domingos e feriados, havendo possibilidade de horário especial de trabalho nas hipóteses de serviços de conservação e manutenção da prisão.

Haverá ainda, um acréscimo de um terço aos dias a remir em razão do estudo, nos casos de conclusão de ensinos fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, mediante certificação do órgão competente.

Mais um benefício previsto na Lei de Execução Penal é o livramento condicional, que está regulado entre os artigos 131 a 146, havendo ainda algumas diretrizes trazidas pelo Código Penal, nos artigos 83 a 90.

Trata-se de verdadeira antecipação da liberdade do apenado, mediante condições previstas em lei e impostas pelo Juízo das Execuções, quando da concessão da benesse.

Para tanto, o sentenciado deve preencher alguns requisitos. Em regra, o preso deve cumprir pelo menos, $1/3$ (um terço) da pena se primário e $1/2$ (metade) da pena se reincidente, nos termos do artigo 83, incisos I e II do Código Penal.

Além disso, deverá comprovar comportamento satisfatório durante a execução penal, bom desempenho nas atividades laborativas atribuídas, aptidão para prover a própria subsistência e ainda haver reparado o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo, nos moldes dos incisos III e IV do artigo citado acima.

No caso de crime hediondo ou equiparado, seja o sentenciado primário ou reincidente, a fração mínima de cumprimento de pena é de $2/3$ (dois terços), conforme comando contido no artigo 83, inciso V, do Código Penal. Caso a reincidência seja específica em crimes dessa natureza, o referido dispositivo veda a concessão desse tipo de benefício em favor do executado.

Já o parágrafo único desse mesmo artigo, estabelece que o sentenciado por crime doloso, praticado com violência ou grave ameaça à pessoa,

terá o livramento condicional submisso à verificação de condições pessoais que façam presumir que o apenado não voltará a delinquir.

Importante observar que não cabe livramento condicional para condenado a pena inferior a dois anos, por expressa determinação do artigo 83, “caput”, do Código Penal.

No caso de revogação do benefício, em razão de infração penal anterior à vigência do benefício, deve-se computar o período de prova como pena efetivamente cumprida, somando-se as duas penas para concessão de novo livramento, conforme artigo 141 da Lei de Execução Penal.

Na hipótese de livramento condicional revogado por outro motivo, não se concederá novo livramento em relação a mesma pena, sendo que o tempo em que esteve solto não será considerado como pena cumprida, devendo esta pena ser integralmente cumprida, elaborando-se novo cálculo a partir da data de início de cumprimento da nova pena, nos termos dos artigos 142 da LEP e 88 do Código Penal.

Embora ainda conste expressamente no artigo 131 da Lei de Execução Penal, a determinação de prévia manifestação do Conselho Penitenciário, isso não se faz mais necessário desde a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, considerando que o artigo 112, parágrafo 2º da LEP, afasta a obrigação de parecer do Conselho Penitenciário, restando obrigatórios os pareceres do Ministério Público e do defensor do sentenciado.

Outros institutos trazidos pela Lei de Execução Penal são a anistia e o indulto, que são espécies de indulgência ou perdão concedidos pelo Estado, tratados nos artigos 187 a 193 do referido diploma legal, entretanto deve-se alertar para as peculiaridades de cada um deles, o que se passa a fazer prontamente.

Em que pese a anistia esteja mencionada na Lei de Execução Penal, deve-se advertir desde já que se trata de ato político e privativo do Congresso Nacional, por meio de lei, nos termos do artigo 48, inciso VIII da Constituição Federal, que atinge determinado fato que se quer perdoar ou apagar, cabendo ao Juiz da Execução Penal tão somente declarar a extinção da punibilidade, nos termos dos artigos 187 da LEP e 107, inciso II do Código Penal.

Segundo Renato Marcão (2012, p. 349 e 350) a anistia é instituto que:

Em razão de seu fundamento e desejado alcance, a anistia dirige-se a fatos e não a pessoas. Alcança e extingue, com efeito *ex tunc*, todas as *consequências penais*, atingindo o *jus puniendi* do Estado, e pode ser concedida antes ou depois da instauração do processo. Dada sua natureza jurídica, ela produz o esquecimento total do fato, fazendo desaparecer as consequências penais, consistindo, por isso mesmo, em notável medida de política criminal.

No entanto, em segui o referido autor adverte que a anistia não atinge os efeitos extrapenais da conduta praticada, como a reparação do dano e a perda de bens e produtos do crime.

Já o indulto individual, também denominado graça, é espécie de indulgência do Estado, por meio de ato privativo (Decreto) e discricionário do Presidente da República, com fundamento no artigo 84, inciso XII da Constituição Federal, com prévio parecer do Conselho Penitenciário e devida instrução e processamento por meio do Ministério da Justiça, nos termos dos artigos 188 a 190 da LEP.

Após a devida instrução do expediente, tudo será submetido à decisão do Presidente da República, a qual posteriormente deve ser publicada por meio de Decreto. Em caso de concessão de indulto (graça), caberá ao Juiz da Execução declarar extinta a punibilidade ou ajustar o cálculo de penas do caso de o indulto ser concedido de forma parcial (comutação de penas), nos termos dos artigos 191 a 192 da LEP e 107, inciso II do Código Penal.

Embora essa espécie de indulto esteja devidamente prevista e regulamentada, pouco se observa sua ocorrência no cotidiano da execução da pena.

O que ocorre ordinariamente é a concessão de indulto coletivo (total ou parcial), trazido também por meio de decreto presidencial, também nos termos do artigo 84, inciso XII da Constituição Federal, que é tradicionalmente expedido a cada ano, às vésperas do Natal, onde o Presidente da República estabelece os requisitos necessários à concessão do indulto (perdão ou extinção total) ou da comutação (perdão ou extinção parcial) de penas.

Nessa hipótese o trâmite não envolve o Ministério da Justiça no processamento do pedido, cabendo apenas ao Conselho Penitenciário do Estado emitir parecer (contrário ou favorável) acerca do pleito, encaminhado o expediente devidamente instruído ao Juízo de Execução competente, para a devida prestação jurisdicional.

O indulto pode ser total, quando extingue toda a pena ou parcial, quando perdoa apenas parte da reprimenda (comutação), podendo ainda ser incondicionado (pleno) ou condicionado.

5 A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTIVA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Quanto se tratou da natureza jurídica da execução penal, verificou-se que se trata de atividade complexa, envolvendo órgãos jurisdicionais (Poder Judiciário) e órgãos administrativos (Poder Executivo), além dos demais órgãos da execução, estabelecidos nos artigos 61 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Essa fase da persecução penal é primordialmente conduzida por duas autoridades, o Juiz da Execução e o Diretor da Prisão, no caso da pena privativa de liberdade. No entanto, deve haver fiscalização e acompanhamento pelos demais órgãos da execução, especialmente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Atualmente, existem diversas espécies de unidades prisionais, sendo que a imensa maioria é administrada pelos Estados da Federação, havendo atualmente apenas 04 (quatro) unidades prisionais federais, de segurança máxima, administradas pela União, localizadas em Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Mossoró/RN e Porto Velho/RO.

Existe uma quinta penitenciária federal, em fase de processo licitatório, a ser construída no Distrito Federal. Todas elas, com capacidade para abrigar 208 presos, conforme dados obtidos no site do Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

Somente no Estado de São Paulo, existem atualmente 158 (cento e cinquenta e oito) unidades prisionais, conforme dados obtidos no site da Secretaria de Administração Penitenciária (www.sap.sp.gov.br), além de alguns estabelecimentos prisionais vinculados a Secretaria de Segurança Pública como Cadeias Públicas e poucos Distritos Policiais que ainda possuem carceragem.

Dos estabelecimentos vinculados a Secretaria de Administração Penitenciária, existem 41 (quarenta e um) Centros de Detenção Provisória, 77 (setenta e sete) Penitenciárias, 22 (vinte e dois) Centros de Ressocialização, 14 (quatorze) Centros de Progressão Penitenciária e 01 (um) Centro de Readaptação Penitenciária destinado ao cumprimento de sanção de Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.

Das unidades prisionais acima relacionadas, existem algumas delas destinadas exclusivamente as mulheres, sendo 01 (um) Centro de Detenção Provisória, 08 (oito) Penitenciárias, 06 (seis) Centros de Ressocialização e 01 (um) Centro de Progressão Penitenciária.

Além das diversas unidades destinadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade, existem 03 (três) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico para cumprimento de medida de segurança detentiva, contando com locais separados destinados as mulheres submetidas a essa espécie de sanção penal.

5.1 Individualização Executiva no Contexto Administrativo

As penas privativas de liberdade são executadas em estabelecimentos prisionais destinados a sentenciados que cumprem sua reprimenda em regimes fechado, semiaberto e aberto, que possuem algumas regras estabelecidas entre os artigos 34 e 40 do Código Penal.

As penas em regime inicialmente fechado devem, em princípio, ser cumpridas em Penitenciárias, nos termos dos artigos 87 a 90 da Lei de Execução Penal e observar a determinação contida no artigo 34 do Código Penal, onde se estabelece que o sentenciado deva ser submetido a exame criminológico de classificação, para a devida individualização da pena.

Tal determinação é confirmada no artigo 8º da Lei de Execução Penal, também sob o fundamento de promover a individualização da pena de maneira adequada, obtendo os necessários elementos para classificar o sentenciado.

As penas cumpridas em regime semiaberto devem ser descontadas em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, conforme estabelecem os artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal e também tem como mecanismo de classificação a realização de exame criminológico de classificação, nos termos do artigo 35 do Código Penal. No entanto, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 8º, parágrafo único, estabelece a facultatividade para realização do referido exame classificatório.

O regime aberto, por sua vez, não tem previsão de realização de exame criminológico para fins classificatórios, devendo ser cumprida em Casa do Albergado, conforme determinam os artigos 93 a 95 da Lei de Execução Penal.

No entanto, por absoluta ausência dessa espécie de estabelecimento nos dias atuais, as penas privativas de liberdade em regime aberto são cumpridas, em regra, na modalidade prisão albergue domiciliar, isto é, o sentenciado cumpre a pena no regime mais brando, em sua própria residência.

Contudo, deve-se esclarecer que a previsão dessa modalidade de regime aberto (prisão albergue), deveria ser concedida apenas aqueles que preenchem os requisitos estabelecidos no artigo 117 da Lei de Execução Penal, que segue:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante.

De qualquer forma, os condenados devem ter a execução da pena individualizada, por meio de classificação conforme a personalidade e antecedentes, nos termos do artigo 5º da Lei de Execução Penal.

Essa classificação deve ser realizada por intermédio de uma Comissão Técnica de Classificação – CTC ou ainda por meio de Centro de Observação, estabelecimento previsto nos artigos 96 a 98 da Lei de Execução Penal.

O centro de observação tem como funções realizar exames criminológicos e gerais, além de pesquisas criminológicas. Em razão disso, essas unidades também são conhecidas como Centro de Observação Criminológica – COC, a exemplo do que ocorria no Estado de São Paulo, uma vez que o único centro existente foi extinto por meio do Decreto Estadual nº 46.483, de 02 de janeiro de 2002, passando a ser um Núcleo de Observação Criminológica integrado a estrutura do Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário – CHSP.

Posteriormente, o Decreto Estadual nº 54.235, de 14 de abril de 2009, transferiu o Núcleo de Observação Criminológica para o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico “Prof. André Teixeira Lima” de Franco da Rocha.

Essa espécie de estabelecimento deveria existir como unidade autônoma ou anexa a outro estabelecimento, mas na ausência desse centro, os exames podem ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação – CTC.

A Comissão Técnica de Classificação – CTC tem como uma de suas funções a de elaborar o chamado programa individualizador da pena privativa de liberdade, conforme preceitua o artigo 6º da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Essa comissão é composta por servidores que atuam no estabelecimento prisional, nos moldes do artigo 7º da lei executória, devendo ser presidida pelo diretor da unidade prisional e haver dentre seus integrantes, ao menos, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.

Para obter elementos reveladores da personalidade do sentenciado, a comissão poderá entrevistar pessoas, requisitar informações a respeito do condenado, além de realizar outras diligências e exames necessários, devendo ser observada a ética profissional, conforme determina o artigo 9º da Lei de Execução.

No entanto, a realidade passa muito longe das previsões legislativas, uma vez que, por diversos motivos como a superlotação e ausência de espaço físico adequado, o que se consegue efetivamente realizar está há anos luz das previsões normativas.

Isso é facilmente constatado por meio de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se determina a elaboração do programa individualizador dos sentenciados, conforme ementas abaixo:

Agravo em Execução Penal Plano individual de acompanhamento de pena Possibilidade Na fase da execução, **a individualização da pena**, de acordo com o disposto no artigo 6º da Lei de Execução Penal, **deverá desenvolver-se de acordo com o programa de tratamento individualizado elaborado por Comissão Técnica de Classificação**. Agravo provido. (Agravo em Execução Penal nº 0050459-26.2011.8.26.0000 j. 23.08.2011 - V.U.). (grifo nosso)

Agravo em execução penal. **Elaboração de plano individual de acompanhamento do sentenciado na execução**. Procedência Previsão expressa da LEP determinando a prévia submissão do reeducando a exame pela Comissão Técnica de Classificação. **Incidência do princípio da individualização da pena**. Garantia legal conferida ao usuário e dependente de drogas de disponibilização dos serviços de atenção à sua saúde quando o mesmo se encontrar integrado no sistema penitenciário. Inteligência do art. 26, da Lei nº 11.343/06 Recurso provido. (Agravo em Execução Penal nº 0063327-36.2011.8.26.0000 j. 30.08.2011 – V.U.). (grifo nosso)

Agravo em Execução Penal. **Elaboração de programa individualizador da pena. Direito do preso.** Agravo deferido. (Agravo em Execução Penal nº 0046350-66.2011.8.26.0000 j. 31.01.2012 – V.U.). (grifo nosso).

No entanto, deve-se alertar que existem julgados em sentido contrário, conforme segue:

Agravo em Execução. Indeferimento de **pedido de elaboração de programa individualizador da pena** a ser realizado pela Coordenadoria de Reintegração Social da SAP. Razão não lhe assiste. **Matéria estranha a execução da pena.** Pedido diz respeito a prestação de serviço de saúde pública específico. **Agravo improvido.** (Agravo em Execução Penal nº 0043480-48.2011.8.26.0000 j. 11.07.2011 – V.U.). (grifo nosso).

EXECUÇÃO PENAL. **Programa individualizador da pena. Exame criminológico inicial.** Hipótese em que o agravante vem cumprindo sua pena desde o ano de 2.001 e, provavelmente já passou por referido exame que, embora sem os formalismos pretendidos pela Defesa, é realizado pela administração por ocasião do ingresso do preso no sistema penitenciário. É o chamado regime de inclusão, em que são realizadas entrevistas para identificar suas necessidades. Pedido alternativo para que, em caso de constatada drogadição, ser encaminhado o agravante para tratamento específico. Matéria estranha à execução penal propriamente dita. Medida expressamente prevista no artigo 26, da Lei nº 11.343/06, a ser tomada pelo diretor do estabelecimento prisional. Decisão mantida. **Agravo improvido.** (Agravo em Execução Penal nº 0081123-40.2011.8.26.0000 j. 29.09.2011 – V.U.). (grifo nosso).

Agravo em execução. **Pretendida elaboração de programa individualizador da pena.** Indeferimento. Momento inoportuno para realização de exame criminológico, que deverá ser feito em tempo de progressão prisional. **Agravo improvido.** (Agravo em Execução Penal nº 0425052-84.2010.8.26.0000 j. 01.02.2011 – V.U.). (grifo nosso).

Essas decisões negam a obrigatoriedade de elaboração de programa individualizado a cada sentenciado, conforme expressamente determinado na Lei de Execução Penal. Não resta dúvida que o programa individualizador da pena é providência que materializa o princípio constitucional da individualização da pena em sede de execução penal.

Nos julgados acima colacionados, o Tribunal de Justiça bandeirante tem assinalado que a execução da pena privativa de liberdade implica fundamentalmente a elaboração de programa individualizador da pena, por meio da Comissão Técnica de Classificação.

Entende-se, em parte dos julgados, que há necessidade do exame criminológico inicial obrigatório para o condenado submetido ao regime fechado e facultativo para o semiaberto, na elaboração do programa individualizador da pena para orientar a individualização da execução penal.

A rigor, esse posicionamento nada mais é do que o fiel cumprimento à determinação legal estabelecida desde 1984, quando da edição da Lei de Execução Penal, além de materialização de determinação da ordem constitucional vigente.

Desta forma, a elaboração de programa individualizador da pena não envolve disciplina estranha à execução penal, muito pelo contrário, detém assento constitucional, quando estabelece o princípio da individualização da pena e regulamentação na Lei de Execução Penal, quando determina providências quanto à classificação dos sentenciados.

Nesse contexto, verifica-se claramente que o exame criminológico de classificação do condenado, no início do cumprimento da pena simplesmente não é realizado, ou seja, é a solene ausência do programa individualizador da pena.

Não se afigura nada razoável acionar o Poder Judiciário para que seja cumprida clara e expressa determinação constitucional e infraconstitucional. Isso nada mais é se não o arbitrário descumprimento dos comandos normativos vigentes num Estado, que se diz Democrático de Direito.

Conforme considerações de Sidnei Agostinho Beneti (1996, p. 137):

A falta de adaptação material do sistema prisional pelo Executivo, na vigência da nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, é geradora de pontos vários de dissenção (“sic”) entre a administração prisional e os sentenciados, com funda repercussão na jurisprudência – a qual, nesse ponto, como em tantos da atividade executória da pena, passa verdadeiramente a traçar regras emergenciais possíveis, não raro em desvio do sentido original da prescrição legal, diante da omissão de regramento e fornecimento de condições materiais de cumprimento da lei pelo poder incumbido da administração das prisões.

Ressalte-se ainda que o mero cumprimento ou elaboração formal do famigerado programa individualizador da pena, por meio de relatório circunstanciado elaborado por técnicos do sistema prisional, por si só não atenderia o espírito da lei, pois individualizar é muito mais que meramente formalizar um documento.

Individualizar de modo substancial seria propiciar efetivas condições de tratamento individualizado ao sentenciado, promovendo o acesso à educação (convencional e/ou profissionalizante), atividades laboroterápicas, culturais, religiosas, dentre outras que devem ser adimplidas na fase executiva da pena.

Insta ressaltar que, com a alteração legislativa promovida na Lei de Execução Penal, por intermédio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003,

discute-se qual o papel da Comissão Técnica de Classificação (CTC), bem como do Centro de Observação.

Segundo consideração trazida por Salo de Carvalho (2007, p. 170), espera-se atualmente dos técnicos da execução da pena (psiquiatra, psicólogo e assistente social) a criação de condições que minimizem os efeitos negativos trazidos pela aplicação da pena, contrapondo-se ao histórico papel de elaborador de laudos.

Conforme esclarece o autor, os técnicos possuem a missão de elaborar o programa individualizador da pena e acompanhar o desenvolvimento de sua execução. Quanto ao Centro de Observação Criminológica, afirma que seu papel fica restrito à aquisição de subsídios mais precisos para a individualização de sentenciados ao cumprimento de pena no regime prisional fechado.

Além disso, o citado crítico defende que o Estado deve propor e não impor, o programa individualizado de execução da pena, buscando a máxima redução de danos causados pelo cárcere.

Segundo CARVALHO (2007, p. 170):

Elementar, no entanto, que qualquer tipo de 'tratamento' pressupõe a voluntariedade do sujeito, sob pena de violação do princípio da dignidade humana.

Desde a perspectiva humanista, porém, inconcebível obrigar o sujeito a qualquer tipo de medicina, pois este preserva seu direito de ser e continuar sendo quem deseja, tudo em decorrência do princípio constitucional da inviolabilidade de consciência (art. 5º, incisos IV, VI e VIII).

Partindo da premissa que nosso ordenamento adotou a teoria mista ou eclética da pena (artigos 59 do CP e 1º da LEP), a qual afirma que esta tem como função punir o delito praticado e, ao mesmo tempo, prevenir a ocorrência de novas infrações por meio da ressocialização do sujeito (prevenção específica), é certo que a função de ressocializadora deve ser vista como meta a ser alcançada, uma vez que não há nenhum instrumento capaz de “emendar” o sentenciado sem que este assim o queira.

Daí surge questão de grande relevância para a execução penal. Mesmo que o Estado e a sociedade forneçam todos os meios e condições para que o executado possa retornar ao convívio social, este pode eventualmente não se sujeitar ao programa individualizador da pena. Nesses casos, não há o que se fazer, não há como forçar ou obrigar o indivíduo a se ressocializar.

Nesse diapasão, tem-se que a obrigação estatal está em ofertar todos os mecanismos para que o sentenciado cumpra dignamente sua pena e ainda ofereça todas as condições para que este, caso assim o deseje, se reintegre a sociedade de modo que não reincida em qualquer prática delituosa.

5.2 Individualização Executiva no Contexto Judicial

As dificuldades e impossibilidades de se efetivar a individualização da pena no contexto administrativo acabam trazendo consequências no âmbito judicial de individualização da sanção penal.

Como decorrência, a atuação dos Juízes de Execução acaba sendo formal em alguns aspectos, como, por exemplo, no momento de avaliar o mérito do sentenciado como requisito subjetivo para a obtenção de benesses em sede de execução penal.

A realização de avaliação do sentenciado apenas quando de eventual pedido de progressão de regime ou qualquer outra benesse em sede executória, pode ser prejudicial tanto ao sentenciado quanto à sociedade como um todo, uma vez que, sendo necessário avaliar o mérito do executado como requisito subjetivo, a avaliação certamente será prejudicada ante a ausência de acompanhamento técnico no decurso do processo executivo da pena.

Os Juízes de Execução e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso de eventual impugnação, negam sistematicamente os pedidos de elaboração de programa individualizador da pena a cada sentenciado, conforme se denota de alguns julgados já colacionados anteriormente.

A título de exemplo, verifica-se no teor do relatório do Agravo em Execução Penal nº 0425052-84.2010.8.26.0000 j. 01.02.2011 – V.U., uma verdadeira tolerância ao descumprimento das normas há muito estabelecidas, conforme segue:

É o relatório.

Sentenciado cumpre penas totais de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, pelo cometimento dos delitos de roubo e roubo qualificado por comparsaria.

Negada a elaboração de programa individualizador da pena na origem (f. 07).

Irresignada, recorre a defesa, requerendo a realização do referido programa.

Sem razão, entretanto.

Isso porque inviável, neste momento, a pretendida realização de programa individualizador da pena por equipe interdisciplinar Comissão Técnica de Classificação.

É que referida comissão, por **absoluta falta dos recursos humanos necessários e excessivo número de presos**, tem **realizado tão somente exames criminológicos em tempo de progressão** prisional.

Há deficiência estrutural completa do Estado, neste momento, em suma, para aquilo que pretende o interessado.

De efeito.

“Dos 143 estabelecimentos penais subordinados a esta Pasta, atualmente, apenas 22 dispõem de Comissão Técnica de Classificação regularmente constituída, entretanto, **mesmo nas instituições prisionais onde há Comissão formalmente instituída, não são realizados os procedimentos definidos pela Lei de Execução Penal, por absoluta falta dos recursos humanos necessários e excessivo número de presos**”. (Ministério da Justiça Departamento Penitenciário Nacional. Fonte: <http://www.mj.gov.br>).

E se assim é, não se pode aqui, privilegiando um preso, em detrimento de outros tantos e tantas outras situações, determinar-se o que é impossível executar.

Enfim, **inviável a elaboração de programa individualizador da pena, ante a absoluta carência de meios** a esta altura.

Nega-se provimento ao agravo.

Constata-se claramente no julgado acima colacionado, verdadeira e inadmissível justificativa de descumprimento da lei pela falta de recursos materiais e humanos, que deveria ser fornecido pelo Estado.

É inconcebível que o sentenciado seja privado de seu direito e conseqüentemente prejudicado em razão disso, por ineficiência e inoperância estatal.

Dessa forma, acaba ocorrendo que o executado somente será avaliado subjetivamente por membros da Comissão Técnica de Classificação – CTC, quando do requerimento de progressão de regime, livramento condicional e outras benesses em sede executória da pena.

Isso acarreta sério prejuízo ao condenado, uma vez que não foi devidamente avaliado quando do ingresso no sistema prisional e posteriormente acompanhado no decorrer da execução da pena à luz do programa individualizador.

O inverso também poderá ocorrer, o que acarretará prejuízos a toda a sociedade, quando da concessão de benesse a executado que não reúne mérito suficiente para ter o benefício concedido e mesmo assim tem seu pleito deferido em razão de deficiência na avaliação subjetiva.

Além disso, no mais das vezes não foi ofertado ao condenado qualquer oportunidade de trabalho e de estudo, considerando todos os elementos e características pessoais, que deveriam constar de plano individual. Nesse contexto, não se tem apurado de forma clara se o sujeito evoluiu ou não durante sua trajetória no cárcere.

Ademais, também existem decisões judiciais que negam a progressão de regime ou ainda o livramento condicional, baseadas na gravidade abstrata da infração penal e na longa parcela de pena a cumprir.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora ainda não tenha posicionamento unificado, em boa parte dos julgados, tem rechaçado essa postura, conforme se verifica nas ementas abaixo:

LIVRAMENTO CONDICIONAL. Preenchimento do requisito objetivo. **Benefício indeferido com fundamentação na gravidade dos crimes cometidos e na suposta necessidade de permanecer mais tempo no regime semiaberto.** Última falta disciplinar há mais de quatro anos. Exame criminológico realizado nos autos do pedido de progressão de regime que atestava a franca evolução na ressocialização do sentenciado. **Fundamentação do indeferimento inidônea.** Agravo provido para conceder ao agravante o benefício do livramento condicional. (Agravo em Execução Penal nº 0140729-62.2012.8.26.0000 j. 23.10.2012 – V.U.). (grifo nosso).

AGRAVO EM EXECUÇÃO - Interposição visando reforma da **decisão que indeferiu o livramento condicional e progressão ao regime aberto** - Alegação de preenchimento do requisito subjetivo e da desnecessidade de progressão antes da concessão do livramento - POSSIBILIDADE EM PARTE - Agravante que cumpre de 30 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, encontrando-se atualmente em regime semiaberto, pela prática de sete crimes de roubo qualificado, com o registro de nove faltas disciplinares, a última em 14/10/2005 - Sentenciado que vivencia o regime intermediário há um ano, sem registro de falta disciplinar nesse período - **Fundamentação utilizada pelo Juízo “a quo” inidônea, posto que baseada na longa pena e gravidade dos delitos** - Cassação da decisão atacada com determinação de realização de exame criminológico, com manifestação das partes e nova decisão - Dado parcial provimento ao agravo. (Agravo em Execução Penal nº 0164408-57.2013.8.26.0000 j. 05.11.2013 – V.U.). (grifo nosso).

Nos casos em que o referido tribunal estadual não se manifeste em tal sentido, o caso poderá chegar ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, onde o posicionamento está pacificado, conforme segue:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ROUBO MAJORADO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PLEITO DEFERIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. DECISUM CASSADO PELA CORTE DE JUSTIÇA. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS E LONGEVIDADE DA

PENA. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 439/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei n.º 10.792/2003, ao dar nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal, afastou a exigência do parecer da Comissão Técnica de Classificação e da submissão do condenado a exame criminológico, para o deferimento de benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional.

2. "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada." (Enunciado n.º 439 da Súmula desta Corte).

3. O Tribunal de origem, cassando a decisão concessiva da progressão de regime prisional proferida pelo Juízo singular, **exigiu a realização do exame criminológico, sem evidenciar nenhum elemento concreto que apontasse o demérito do paciente, limitando-se a aduzir a insuficiência do atestado de bom comportamento carcerário, ante a gravidade abstrata do delito e a longevidade da pena.**

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que deferiu o regime semiaberto ao paciente.

(HC 205.270/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 11/10/2012). (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. DEFERIMENTO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. EXIGÊNCIA DE SUBMISSÃO DO APENADO A EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A execução progressiva da pena, com a transferência para regime menos gravoso, somente será concedida ao condenado que preencher, cumulativamente, os requisitos estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

2. Para aferição do requisito subjetivo, não mais se exige, de plano, a realização de exame criminológico. Contudo, a perícia pode perfeitamente ser solicitada, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, devendo ser considerada para fins de concessão ou negativa do benefício.

3. "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (Enunciado n.º 439 da Súmula desta Corte).

4. Na hipótese, **o Tribunal de origem cassou a decisão concessiva da progressão de regime e determinou fosse o Apenado submetido a exame criminológico, sem apontar nenhum elemento concreto que comprovasse o demérito do Paciente, amparando-se tão somente na gravidade abstrata do delito e na longevidade da pena.**

5. Ordem de habeas corpus concedida para, em consonância com o parecer ministerial, cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a decisão de primeiro grau.

(HC 277.891/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 25/11/2013). (grifo nosso).

A inidoneidade da fundamentação, nesses casos, consiste na consideração da gravidade da infração penal em abstrato, uma vez que esta já foi levada em conta pelo legislador, na primeira etapa da individualização da pena, não cabendo ao juiz sentenciante e muito menos ao juiz da execução levar tal circunstância em consideração de modo genérico.

Outro ponto debatido quanto à inidoneidade da fundamentação está na longevidade da pena. Esta, por si só, não deve ser considerada óbice ao pleito do sentenciado e muito menos pode servir de fundamento para requisição de exame criminológico, consoante entendimento jurisprudencial pacificado, nos termos da Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal – STF e Súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, já mencionadas em outra oportunidade.

Mais um exemplo claro de inexistência de individualização executiva da pena privativa de liberdade é a apreciação dos pedidos de autorização de saída temporária, em que os requisitos se encontram estabelecidos nos artigos 122 e 123 da Lei de Execução Penal, conforme seguem:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto (“sic”) poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - **compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.** (grifo nosso)

O que se consegue aferir sem maiores problemas são os requisitos previstos nos incisos I e II do artigo 123, quais sejam, comportamento adequado e cumprimento de parcela mínima da pena (1/6 se primário e 1/4 se reincidente), além do executado estar cumprindo pena em regime semiaberto (artigo 122 *caput*).

Já o requisito trazido pelo inciso III do artigo 123 (compatibilidade do benefício com os objetivos da pena) simplesmente não é aferido nem pela administração penitenciária e muito menos pelo Juiz da Execução. E a razão é muito simples, não há como aferir tal requisito ante a inexistência de programa individual de execução da pena.

Nesse caso, o magistrado leva em conta apenas os requisitos que são aferíveis, deixando de mensurar o requisito estabelecido nesse inciso, por absoluta

impossibilidade, o que pode ocasionar sérios prejuízos à sociedade, uma vez que sentenciados sem a menor condição de usufruir do benefício em questão podem ser liberados para a saída.

5.3 Corresponsabilidade dos Órgãos da Execução Penal

Além das autoridades judicial e administrativa que atuam na execução penal, do Ministério Público e da Defensoria Pública, também devem participar da execução penal outros órgãos estabelecidos no artigo 61 da LEP, tais como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Penitenciário e os Departamentos Penitenciários, que no caso do Estado de São Paulo é denominado Secretaria da Administração Penitenciária.

Esses órgãos devem, concorrentemente, participar da execução da pena e ainda fiscalizar e acompanhar sua execução. Dentre as atribuições comuns dos órgãos da execução está a de visitar periodicamente os estabelecimentos prisionais de sua respectiva área de atuação.

Nessas visitas, ordinárias ou extraordinárias, pode-se constatar tranquilamente, sem qualquer dificuldade, que a esmagadora maioria das unidades prisionais estão superlotadas e ainda muito além de sua capacidade.

A superlotação, por si só, já uma gravíssima violação da dignidade da pessoa humana. Pois bem, considerando que a superlotação é algo público e notório e que os órgãos da execução penal tem, ou ao menos deveriam ter, pleno conhecimento dessa situação caótica, estes deveriam adotar providências para que esta grave violação seja equacionada ou, ao menos, minimizada o mais rápido possível.

Mas não é isso que se observa na maioria das vezes, uma vez que quando se deixa de impugnar qualquer irregularidade durante a execução penal a atuação desses órgãos passa a ser meramente formal.

São raras as notícias que se tem, por exemplo, de interdições de estabelecimentos prisionais em razão da superpopulação carcerária ou em casos de ausência de mínimas condições de funcionamento dessas unidades.

Deve-se ressaltar que a atuação dos órgãos da execução, estabelecidos na Lei de Execução Penal, tem extrema relevância para o bom desenvolvimento do processo executivo, na medida em que podem somar esforços para uma efetiva individualização da pena privativa de liberdade.

Na medida em que esses órgãos não atuam de forma efetiva no curso da execução, seja acompanhando seu desenvolvimento ou eventualmente fiscalizando e apontando eventuais irregularidades e imperfeições, estão promovendo um verdadeiro enfraquecimento do sistema de justiça criminal.

Nesse panorama, constata-se uma corresponsabilidade desses órgãos elencados, no decorrer da execução das sanções penais, ficando evidenciado que cada ator da execução penal tem sua parcela de responsabilidade na atividade executiva. Se a execução penal tem suas graves mazelas, isso decorre, dentre outros motivos, da omissão dos órgãos que atuam nessa fase da persecução penal.

Que a execução da pena não vai bem há muito tempo já se sabe. Entretanto, o que não se discute adequadamente são as causas, consequências e possíveis soluções a esse terrível problema.

Essas questões afligem não só aos sentenciados que cumprem penas em condições inadequadas, mas também aos profissionais que atuam na área e ainda à sociedade como um todo, trazendo sérias consequências.

Uma breve reflexão, mesmo que superficial, pode nos trazer a dimensão do problema. Uma unidade prisional, qualquer que seja ela, é planejada para abrigar determinado número de presos e, conseqüentemente, sua estrutura física, material e de recursos humanos segue este planejamento.

Nesse contexto, não é difícil constatar, de plano, que se o estabelecimento prisional está com quantidade de presos recolhidos além de sua capacidade, em muitos casos muito além, os serviços ofertados serão seriamente comprometidos quantitativa e qualitativamente, por razões inequívocas.

A superlotação das unidades prisionais, aliado a ausência de efetiva individualização da execução da pena e de oferta de meios para que o executado possa efetivamente deixar a atividade criminosa são fatores que reduzem significativamente qualquer possibilidade alcance do ideal ressocializador.

Nesse sentido, cabe a todos os órgãos da execução agir efetivamente para promover um cumprimento de pena digno ao executado, seja buscando melhorias na infraestrutura dos estabelecimentos, apontando eventuais

irregularidades as autoridades judiciais e administrativas competentes ou até pleiteando a interdição do estabelecimento prisional nos casos mais extremados.

5.4 Proposições de Medidas Favoráveis a Individualização da Pena

Consoante já exposto se constata que a impossibilidade do alcance do ideal ressocializador decorre de vários fatores, notadamente da superlotação e das condições estruturais em que se encontram a imensa maioria dos estabelecimentos prisionais por todo o país.

Na crítica acerca da falência da pena de prisão, a lição trazida por Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 230) é extremamente precisa:

Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado.

A superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.

Há que se ressaltar, mais uma vez, que os efeitos negativos trazidos pelas atuais condições do sistema prisional, além de afetar os reclusos por razões evidentes, prejudicam sobremaneira a atuação e principalmente a saúde dos servidores penitenciários.

A prisão, por si só, é um ambiente inóspito e as atividades profissionais são, no mais das vezes, insalubres e perigosas.

No entanto, o que se propõe a partir de agora é uma reflexão acerca das possíveis soluções para equacionar um dos principais e mais urgentes problemas existentes no sistema de justiça criminal, a superlotação e a conseqüente inexistência de efetiva individualização da pena.

Não é de hoje que existe a preocupação em se encontrar alternativas ao cárcere, considerando que o Brasil, há tempos, adotou a suspensão condicional da pena (*sursis*), por meio do Decreto nº 16.588, de 06 de setembro de 1924.

Desde a reforma penal de 1984, foram sucessivamente introduzidas medidas alternativas à prisão, por meio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (Reforma da Parte Geral do Código Penal), onde se estabeleceram as penas restritivas de direitos (penas alternativas).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e introduziu institutos como a transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89).

Além disso, a Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, ampliou o leque penas restritivas de direitos, bem como das possibilidades de sua aplicação.

Também houve tentativa de redução das prisões preventivas, por meio da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Penal referente à custódia cautelar, medidas cautelares diversas da prisão processual e liberdade provisória.

No entanto, não bastam as previsões normativas para que essa demanda de redução de encarceramento e outras sejam equacionadas. Nesse sentido é observação de Nelson Lopes de Figueiredo (2012, p. 85):

O aparato normativo proposto como panaceia é reelaborado por sucessivas instâncias burocráticas e adornado com sub-regras específicas, em nível de atos normativos, portarias, resoluções, dando a impressão de que se quer vedar todas as frestas. Ao fôlego de seu advento, o regramento do eixo axiomático inovador é debatido na mídia. Especialistas comentam e publicam caudalosos estudos a respeito da verdadeira abrangência do novo estatuto legal, resultado de longa trajetória de expectativas, estudos e propostas de avanço. Posta em vigor a lei não ganha eficácia. O Estado, como sempre, manipula o discurso jurídico: dá a lei aos cidadãos, mas não as cumpre.

Um claro exemplo disso é a própria Lei de Execução Penal, a qual, desde sua redação original, sempre foi considerada um excelente instrumento normativo e uma das mais avançadas da época.

A aprovação da Lei de Execução Penal se deu justamente num momento de reabertura democrática, sendo potencializada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Embora houvesse toda uma conjuntura favorável o discurso ressocializador humanitário não ganhou efetividade.

Mas como esclarecido pelo citado professor, é preciso que a norma tenha efetividade, que saia do plano abstrato e seja materialmente cumprida por todos os envolvidos (Estado e sociedade).

Existe um verdadeiro abismo entre as previsões normativas e o que é efetivamente cumprido. Não basta apenas alterar a letra da lei, sendo determinante para a obtenção de resultados significativos o engajamento dos operadores do direito e da sociedade como um todo na mesma direção proposta pelo espírito da norma.

Outra constatação trazida por Nelson Lopes de Figueiredo (2012, p. 88) é de que:

Os índices de reincidência e o crescimento das estatísticas de violência e crimes na sociedade contemporânea vêm demonstrando a ineficiência das finalidades preventivas e reeducativas da pena de prisão nas condições em que vem sendo colocadas em prática em países como o Brasil. Sensíveis a essa vexatória realidade, é evidente que as conclusões dos penalistas, criminólogos e demais estudiosos do assunto ganham foro de inquestionabilidade quando o Estado agrava os malefícios do enclausuramento com a omissão e o desrespeito aos direitos humanos resultantes da má administração do sistema.

O fato é que os índices de criminalidade não deixam de avançar e, conseqüentemente, o sistema prisional é cada vez mais pressionado a crescer, mesmo que de forma deficiente e numa escalada mais lenta, uma vez que o déficit de vagas nas prisões só aumenta a cada ano.

Mais uma precisa constatação de Nelson Lopes de Figueiredo (2012, p. 89) é de que:

A resposta da repressão estatal, quando balizada pelos critérios discriminatórios só agrava os ressentimentos sociais e a revolta de determinados estratos sociais. Principalmente ao agir com “extrema severidade com as populações pobres, negras e mestiças e com extrema leniência com a população classe média branca e em especial com os ricos e poderosos. Assim, a título de exemplo, pequenos intermediários do varejo do narcotráfico são sistematicamente caçados e liquidados enquanto seus financiadores e consumidores são simplesmente ignorados pelo aparelho policial, e tanto mais quanto mais ricos forem”.

Isso nada mais é do que a criminalização da pobreza e das camadas dominadas e excluídas da sociedade. O discurso de utilização da prisão preventiva como a última das alternativas de medida cautelar, só é devidamente observado quando se trata de cidadãos mais “socializados”.

Não há dúvida de que a redução do número de presos sistema penitenciário, sejam aqueles definitivamente condenados ou os presos provisórios, contribuiria sobremaneira para a melhoria das condições de habitação dos estabelecimentos prisionais.

Uma das frentes que se deve trabalhar, para progressivamente reduzir o número de presos provisórios, é a de conferir verdadeira efetividade à restrição das hipóteses de prisão processual, trazidas pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que modificou alguns artigos Código de Processo Penal.

Segundo informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça (www.mj.gov.br), existe um crescente aumento da população carcerária nas últimas décadas, que em boa parte é de presos provisórios.

Em todo o Brasil, considerando homens e mulheres, provisórios e definitivos, penas e medidas de segurança, sistema prisional e polícia, no ano de 2002 contávamos com um total de 239.345 presos, sendo 80.235 provisórios (33,52 %). Em 2007, o total era de 366.359 presos, sendo 127.562 provisórios (34,81 %). Já em 2012, tínhamos um total de 548.003 presos, sendo 195.036 provisórios (35,59 %).

No entanto, em 2012 o número de vagas em todo o território nacional era de apenas 310.687, o que representa um inaceitável déficit de 237.316 vagas, o que equivale um percentual de 76,38 %.

Só no Estado de São Paulo, o número de presos em 2012 era de 190.828 em unidades da Secretaria da Administração Penitenciária e 4.867 em estabelecimentos da Secretaria da Segurança Pública, totalizando 195.695 presos para 102.312 vagas, havendo um déficit de 93.383 vagas (91,27 %), o que em termos práticos demonstra que o sistema prisional paulista possui praticamente o dobro de presos além da capacidade.

Além disso, o número de presos provisórios no referido exercício era de 62.843 detentos, o que equivale o percentual de 32,11 %, o que se aproxima da média nacional.

Nesse contexto, verifica-se que há considerável quantidade de pessoas presas aguardando eventual sentença condenatória, o que nem sempre ocorre ao final do processo criminal, uma vez que, a depender da infração penal e das condições pessoais do infrator, poderá haver concessão de suspensão condicional da pena, imposição pena restritiva de direitos, cominação de pena privativa de

liberdade em regime aberto (prisão albergue domiciliar) ou ainda absolvição processual.

O professor Nelson Lopes de Figueiredo (2012, p. 91) traz algumas considerações a respeito da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a qual estabeleceu novas medidas cautelares diversas da prisão preventiva:

Embora não possam, isoladamente, solucionar o caótico sistema prisional brasileiro, as medidas alternativas e descarcerizadoras que vieram a lume com a edição da citada lei representam um incentivo de cunho processual para que a "indústria da prisão" deixe paulatinamente de ser alimentada pela massa dos excluídos. É elogiável a partir da vigência da nova lei, a prisão preventiva, antes decretada massivamente pelos magistrados, seja, agora, a última medida a ser lançada pela justiça criminal, evitando-se, dessa forma, o encarceramento indevido de indivíduos que ainda não foram definitivamente julgados.

Nesse contexto, a decretação de prisão preventiva (originária ou por conversão) só deverá ocorrer realmente como a última das medidas cautelares aplicada, quando nenhuma outra for suficiente para a ocasião.

Por essas razões, muitas prisões provisórias poderiam deixar de ser aplicadas, notadamente nas hipóteses em que a sentença condenatória definitiva não aplicasse a pena de prisão.

Além da desejável redução do número de presos provisórios, se houvesse um incremento à quantidade de aplicação de penas restritivas de direitos (artigos 43 e seguintes do Código Penal), também poderia contribuir para a redução do número de pessoas encarceradas.

Contudo, mesmo com tais providências, ainda haveria considerável falta de vagas no sistema prisional. Dessa forma, inevitável que se continue investindo em construção novos estabelecimentos prisionais, além da reforma daqueles já existentes, visando à adequação dos espaços já utilizados.

Além disso, para aquelas pessoas que realmente tenham que ser submetidas ao cárcere, para cumprir pena privativa de liberdade, deve-se ter especial atenção para que não permaneçam custodiados além do período necessário.

Nesse contexto, devem permanecer presas até o integral cumprimento da pena, respeitado o limite estabelecido no artigo 75 do Código Penal, apenas aquelas pessoas que realmente não apresentem as mínimas condições de ter sua liberdade concedida antes do término da reprimenda.

A sociedade, notadamente o empresariado, por sua vez não deveria fechar as portas para os egressos do sistema prisional, uma vez que estes necessitam de oportunidades no mercado de trabalho para que realmente exista possibilidade de reinserção social.

6 CONCLUSÃO

Com o devido respeito aos que entendem de forma diversa, é necessária e urgente a redução do encarceramento de pessoas, notadamente quando se tratar de custódia cautelar, para que se possa manter no cárcere apenas os casos excepcionalmente necessários.

Não se está aqui a defender a impunidade, longe disso, mas o que se precisa estabelecer na mentalidade dos operadores do direito e de toda a sociedade, é que a pena privativa de liberdade é apenas uma das modalidades dessa espécie de sanção penal.

Como já explanado no decorrer do trabalho, existem diversas formas de punir as infrações penais, devendo-se privilegiar todas as outras em detrimento da pena de prisão, a qual deve ser aplicada apenas em último caso, como medida excepcional, mas o que se vê corriqueiramente é a banalização dessa espécie de providência, seja como medida cautelar ou como sanção penal.

A diminuição do encarceramento de presos provisórios e de condenados por determinados crimes, irá, sem qualquer resquício de dúvida, contribuir significativamente para a resolução do grave problema da superlotação das prisões.

Além disso, tal providência irá proporcionar aos presos condenados, em maior escala, a concessão de benesses previstas em nosso sistema normativo, desde que, obviamente, preenchidos todos os requisitos (objetivos e subjetivos), tais como progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação de penas, dentre outras.

Existe, no entendimento de muitos, que o simples encarceramento do indivíduo e a permanência demasiada na prisão promoverão a diminuição da violência e dos índices de criminalidade.

Nos moldes atuais, ressalvadas as raras exceções, a prisão não passa de um depósito de pessoas, onde dificilmente se consegue atingir o ideal ressocializador, o que na verdade tem resultado inverso, aumentando a criminalidade dentro e fora das unidades prisionais.

A resolução da superpopulação carcerária é um fator determinante para contribuir com a efetiva individualização da pena daqueles que necessariamente devem permanecer reclusos.

Com a redução do número de prisioneiros para percentuais dignamente aceitáveis, aumenta-se consideravelmente a efetividade da individualização executiva da sanção penal.

Além de contribuir para a efetiva individualização executiva, a redução da população prisional, traz outros benefícios ao indivíduo preso, como a preservação dos direitos não atingidos pela sanção e também à sociedade em geral, ante a redução da criminalidade dentro e fora das prisões e conseqüentemente dos índices de reincidência.

Numa conjuntura propícia, com o menor número de presos possível recolhidos nos estabelecimentos prisionais, além dos necessários investimentos em estrutura física, material e humana, seria provavelmente exequível a efetivação dos comandos normativos que tratam da efetivação do princípio da individualização da pena.

Nesse contexto, haveria possibilidade de se concretizar a classificação e separação dos presos, conforme os antecedentes e personalidade, por intermédio da comissão técnica de classificação, que deve elaborar o programa individualizador da pena de cada sentenciado, além de acompanhar sua execução.

Contudo, não é isso que se observa cotidianamente, uma vez que, o Poder Executivo, que administra as Unidades Prisionais, não consegue acompanhar o crescente aumento da população prisional nas últimas décadas, que em considerável medida é de presos provisórios.

Por outro lado, existe a Polícia (Civil e Militar), a qual também integra os quadros do Executivo e, por não possuir total independência, é sempre pressionada a prender cada vez mais, indiscriminadamente, para produzir estatísticas de combate à criminalidade.

O resultado dessa desastrosa equação, cada vez mais pessoas encarceradas do que número de vagas se vivencia a cada dia. E esse cenário não contribui em nada para qualquer espécie de individualização no cumprimento da sanção penal.

Não se pode olvidar a corresponsabilidade dos órgãos da execução penal, tais como o Juízo da Execução, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade.

Todos esses órgãos, no mais das vezes, pecam pela omissão, uma vez que tem pleno conhecimento da superlotação das prisões e das condições que estas se encontram, o que, sem sombra de dúvida, fulmina o mínimo de dignidade e qualquer possibilidade de individualizar o cumprimento da sanção penal. Entretanto, quase nenhuma providência adotam para a modificação do *status quo*.

Afinal, poucos se sensibilizam com os sentenciados que cumprem pena em terríveis condições e com os profissionais que são obrigados a conviver diariamente com esse absoluto descaso.

Evidentemente, sabe-se que os graves problemas existentes no sistema de justiça criminal como um todo são deveras complexos e que as soluções demandam articulações e esforços de diversos órgãos que atuam nessa área.

Mas o que mais causa espécie, é a letargia que permeia a administração pública quando o assunto é a resolução das demandas existentes no sistema prisional. Isso se deve, em parte, ao elevado e equivocado custo político e econômico, além da pressão dos meios de comunicação, que envolvem os investimentos em melhorias no sistema prisional.

Longe de pretender apontar a solução de todos os problemas existentes nesse emaranhado de dificuldades, o que se pretende com o presente trabalho é despertar o senso crítico nos meios profissionais e acadêmicos para que se possa fomentar a discussão franca e criteriosa, com o intuito de efetivamente conduzir à proposição de ações concretas que favoreçam a um cumprimento de pena privativa de liberdade com as mínimas condições estabelecidas pelas normas vigentes do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2004. 138 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. 128 p. (Coleção a obra-prima de cada autor) ISBN 85-7232-425-9

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996. 177 p. ISBN 85-02-01621-0

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 387 p. ISBN 978-85-02-10328-3

BRASIL. Ministério da Justiça. **Infopen Estatísticas**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 01 nov. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 629 p. ISBN 85-7387-981-5

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010-2011. v. 1, 2, 3, 4 ISBN 978-85-02-08338-7

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2009 – Presidente Prudente, 2009, 116 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p. ISBN 85-203-1955-6

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. **O Estado infrator**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 238 p. ISBN 9788577006366

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petropolis: Vozes, 2013. 291 p. ISBN 978-85-326-0508-5

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). **Execução penal: Lei n.7.210, de julho de 1984; mesas de processo penal; doutrina, jurisprudência e súmulas**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1987. 133 p. (Estudos jurídicos)

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005. 456 p. ISBN 85-7525-258-5

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003. 327 p. ISBN 85-882-7859-6

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 378 p. ISBN 978-85-02-08626-5

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI - XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 266 p. (Coleção Pensamento Criminológico ; 11) ISBN 85-7106-335-4

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. 344 p. ISBN 978-85-02-08440-7

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004-2007. 874 p. ISBN 85-224-3854-4

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1 ISBN 978-85-339-1144-4

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010. 1053 p.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise et al. **Direito de execução penal**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 301 p. ISBN 9788520348208

QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 135 p. ISBN 85-7308-436-7

ROXIN, Claus. **Politica criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 99 p. ISBN 85-7147-177-0

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Fabris, 2006. 359 p.

Vade Mecum. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. LXVII, 2038 p. ISBN 9788502172678

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 893 p. ISBN 85-203-1526-7