

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA
EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Raphaela Cristina Ramsdorf Roque

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA
EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Raphaela Cristina Ramsdorf Roque

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Mestre Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2018

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA
EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Especialização em Direito Penal e
Direito Processual Penal.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Luciane Grigoletto Guarizi
Examinadora

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Presidente Prudente, 16 de março de 2018

"Porque o Senhor dá a sabedoria e de sua boca vem a inteligência e o entendimento."

Provérbios 2, versículo 6.

Àquela que sempre esteve ao meu lado, acreditando em mim e me incentivando minha mãe, Regiane, e àquele que me ensinou a nunca desistir, meu avô Helmuth (*in memoriam*), dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por sempre se mostrar presente na minha vida e por me permitir a realização deste trabalho.

À minha mãe, Regiane, ao meu padrasto Jefferson e à minha irmã, Eduarda, por terem possibilitado essa conquista, sei o quanto se esforçaram para que eu pudesse realizar esse sonho, obrigada por fazerem dos meus sonhos, nossos sonhos e por nunca me deixarem desistir. Amo vocês.

Ao meu avô Helmuth (*in memoriam*), infelizmente não tenho sua presença física nesse momento, mas sei com certeza que está comigo, obrigada por nunca ter desistido de lutar, simplesmente não há palavras suficientes para expressar o quão grande é minha gratidão e respeito. A saudade hoje é minha companheira diária, sinto sua falta todos os dias.

A todos meus amigos, sem ajuda e compreensão de vocês este trabalho não seria possível, obrigada por trazerem leveza e alegria à minha vida, por estarem presentes nos momentos difíceis e comemorarem comigo todas as minhas conquistas. Obrigada por acreditarem em mim, até quando eu mesma duvidei.

De maneira bastante especial, agradeço ao professor e mestre Rodrigo Lemos Arteiro, por ter aceitado meu pedido e me instruído neste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho, elaborado como requisito parcial para a obtenção de título de especialização em Direito Penal e Processo Penal, tem como objeto central de estudo a aplicação do princípio da individualização da pena na execução da pena privativa de liberdade. Os métodos utilizados para condução desta monografia foram: dialético, sistêmico, histórico, comparativo e crítico, analisando também as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. O tema se mostra relevante em razão da atual crise do sistema carcerário brasileiro que coloca em foco a execução penal, e a sensação de impunidade gerada na sociedade quando são aplicados benefícios aos sentenciados, sendo que isto ocorre em decorrência da incidência do princípio de individualização da pena na fase executiva. Assim, primeiramente estudamos a pena privativa de liberdade, suas finalidades, as reprimendas vedadas e os princípios informadores da pena e da execução penal. Num segundo momento o trabalho volta-se para a análise da fase legislativa de individualização da pena, constatando o papel do legislador na efetivação deste princípio. Posteriormente verifica-se a individualização da reprimenda na esfera judicial, estudando as três fases da dosimetria da pena, além da fixação do regime inicial, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão da suspensão condicional da pena (sursis). Expostas tais premissas básicas, passamos então a abordar o tópico principal desta monografia. Neste, inicialmente, conceituamos a execução penal, delineando, de maneira breve, seu conceito, finalidades, competência e órgãos. Após, verificamos os direitos e deveres do preso. Em seguida, estudamos os mecanismos que possibilitam a terceira fase de individualização da reprimenda e apresentamos nossa singela conclusão sobre o tema, demonstrando a importância dos benefícios concedidos aos sentenciados que cumprem pena privativa de liberdade para efetivação do mandamento constitucional de individualização da pena.

Palavras-chave: Execução Penal. Individualização da Pena. Direitos Fundamentais. Penas Privativas de Liberdade. Lei de Execução Penal.

ABSTRACT

The present study, elaborated as a partial requirement to obtain a specialization degree in Criminal Law and Criminal Procedure, has as its central object of study the application of the principle of individualization of sentence in the execution of the custodial sentence. The methods used to conduct this monograph were: dialectical, systemic, historical, comparative and critical, analyzing also the doctrinal and jurisprudential positions on the subject. The theme is relevant because of the current crisis of the Brazilian prison system, which focuses on the criminal execution, and the sensation of impunity generated in the society when they are applied beneficial to the sentenced, being this result of the application of the principle of individualization of the sentence in the the executive phase. Thus, we first study the custodial sentence, its purposes, the prohibited reprimand and the principles that inform the pen and criminal execution. In a second moment the work turns to the analysis of the legislative phase of individualization of the sentence, noting the role of the legislator in the implementation of this principle. Subsequently, there is the individualization of the reprimand in the judicial sphere, studying the three phases of the dosimetry of the sentence, in addition to setting the initial regime, replacing the custodial sentence with restriction of rights and granting the conditional suspension of the sentence (sursis) . Having exposed these basic assumptions, we now turn to the main topic of this monograph. In this, initially, we conceptualize the criminal execution, outlining, in a brief way, its concept, purposes, competence and organs. After, we check the rights and duties of the inmate. Next, we study the mechanisms that make possible the third stage of individualization of the reprimand and present our simple conclusion on the subject, demonstrating the importance of the benefits granted to sentenced persons who are serving a sentence of deprivation of liberty for the implementation of the constitutional mandate to individuate the reprimand.

Keywords: Criminal Execution. Individualization of the Penalty. Fundamental rights. Privative Punishment of Freedom. Criminal Execution Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AS PENAS	12
2.1 As Penas e Suas Finalidades.....	12
2.2 Penalidades Vedadas	14
2.3 Das Penas Privativas de Liberdade	18
2.4 Princípios Informadores da Pena e da Execução Penal	18
2.4.1 Princípio da Legalidade	20
2.4.2 Princípio da Intranscendência	22
2.4.3 Princípio da Individualização da Pena.....	23
2.4.4 Princípio da Proporcionalidade.....	24
2.4.5 Princípio do Devido Processo Legal.....	25
2.4.6 Princípio da Humanidade	26
2.4.7 Princípio da Jurisdicionalidade	27
3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE LEGISLATIVA	28
4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE JUDICIAL	35
4.1 Fase Primária: Fixação da Pena Base	36
4.2 Fase Secundária: Agravantes e Atenuantes	38
4.3 Fase Terciária: Causas de Aumento e Diminuição	41
4.4 Fixação do Regime de Cumprimento de Pena.....	42
4.5 Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos.....	44
4.6 Sursis	47
5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA FASE EXECUTIVA	51
5.1 A Execução Penal	52
5.1.1 Conceito	53
5.1.2 Finalidade.....	53

5.1.3 Competência	54
5.1.4 Órgãos.....	55
5.2 Direitos e Deveres do preso	59
5.3 Das Faltas Disciplinares	61
5.4 Mecanismos de Concretização da Individualização da Pena Privativa de Liberdade	63
5.4.1 Classificação do Apenado	63
5.4.2 Progressão de Regime e Regressão de Regime	65
5.4.3 Livramento Condicional	69
5.4.4 Anistia e Indulto	71
5.4.5 Remição	72
5.4.6 Detração.....	74
5.4.7 Regime Disciplinar Diferenciado	74
5.4.8 Regime Especial da Mulher.....	78
5.4.9 Autorizações de Saída	80
5.5 Cláusula Rebus Sic Stantibus	81
6 CONCLUSÃO	85
BIBLIOGRAFIA	87

1 INTRODUÇÃO

O estudo do tema se mostra relevante diante da situação atual do sistema carcerário brasileiro, o cenário caótico foi evidenciado pelas rebeliões ocorridas no início do ano de 2017. Em Manaus, em janeiro, pelo menos 64 (sessenta e quatro) detentos foram mortos e no mesmo mês em Roraima morreram cerca de 33 (trinta e três) sentenciados.¹

O número alarmante de mortes colocou em foco a execução penal brasileira e a situação precária do sistema carcerário, notícias envolvendo o assunto foram veiculadas na mídia nacional e internacional.

Além disso, frequentemente são noticiados casos de criminosos perigosos e que cometeram crimes bárbaros tendo o tempo de cumprimento de pena reduzido em razão da aplicação de benefícios como a progressão de regimes e o livramento condicional, gerando na sociedade indignação diante da sensação de impunidade e injustiça.

A aplicação destes benefícios ocorre em face da incidência do princípio da individualização da pena na execução penal, uma vez que estes possibilitam um cumprimento particularizado da pena privativa de liberdade imposta na sentença penal condenatória.

Nesse contexto, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena, dessa forma, esta garantia está elencada no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, uma cláusula pétrea.

A Lei de Execuções Penais, Lei 7.210, de modo a orientar individualização da aplicação da pena, estabelece em seu artigo 5º, que os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade.

É necessário ainda destacar que o apenado que cumpre pena segregado da sociedade, tendo um bem de extrema importância cerceado, sua liberdade, e justamente pela liberdade ser um direito fundamental do ser humano, assegurado expressamente na Carta Magna, no art. 5º, incisos XV, LXI, LXVIII, vige

¹ Segundo dados difundidos em reportagem feita pela Folha de São Paulo em 10/01/2017. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1848464-veja-um-resumo-da-crise-nos-presidios-que-deixou-102-mortos-neste-ano.shtml>

no Direito Penal o princípio da "ultima ratio", o qual preceitua que a tutela penal só deve incidir quando outras sanções e outros mecanismos de controle social não forem suficientes.

Diante do exposto, se mostra importante o estudo da necessidade de aplicação do princípio da individualização da pena, não somente nas esferas legislativa e judicial, mas também na execução da pena imposta ao condenado.

Nesse diapasão Cléber Masson leciona: "O Princípio da individualização da pena desenvolve-se em três esferas, legislativo, judicial e administrativo" (2016, p. 47).

No mesmo contexto, Carmen Barros (2001, p. 112) afirma que "o processo de concretização da individualização da pena começa na lei e termina com a conclusão da execução penal".

A individualização da pena na fase executiva se justifica sobretudo para que a reprimenda alcance, em cada caso, suas finalidades essenciais: retributiva e preventiva (prevenção geral e especial), elencadas no artigo 59 do Código Penal.

Este instituto possibilita ainda a ressocialização do sentenciado, tendo em vista ser objetivo precípuo da execução penal a reintegração do preso, conforme previsto no artigo 1º da Lei 7.210/84, "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Destarte, no primeiro capítulo da presente monografia estudamos as penas, suas finalidades, os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdades e os princípios aplicáveis as penas e a execução penal.

Em um segundo momento abordamos, de maneira breve, o princípio da individualização da pena aplicado na fase legislativa e sua observância na elaboração do tipo penal e na definição das reprimendas.

Analisamos ainda a individualização da pena na fase judicial, estudando o critério trifásico da dosimetria da pena, qual seja: a fixação da pena base, presença de atenuantes e agravantes e a incidência de causas majorantes e minorantes, conforme descrito no artigo 33 do Código Penal.

Por fim fizemos uma análise do tema central deste trabalho, a incidência do princípio da individualização da pena na fase executiva, estudando a execução penal, seu conceito, finalidade, órgãos e competências, analisando posteriormente os mecanismos que permitem a individualização da pena nesta fase.

Assim, através do método comparativo, comparamos este trabalho com doutrinas, com as legislações e com as jurisprudências, apresentando nossa singela opinião, nos momentos oportunos, por meio do método crítico e analítico.

Os recursos utilizados para o desenvolvimento do presente estudo foram: doutrinas, jurisprudências, sites na internet, artigos em jornais e revistas, bem como a legislação brasileira e alienígena.

2 AS PENAS

A sanção penal é uma resposta do Estado, exercendo *ius puniend*, ao indivíduo que pratica um ilícito penal, e divide-se em duas espécies, as penas, impostas aos imputáveis e aos semi-imputáveis, e as medidas de segurança, aplicáveis aos inimputáveis.

Nesse contexto, inicialmente, antes de analisarmos o tema central deste trabalho, é imprescindível analisarmos as penas, suas espécies, regimes de cumprimento e seus princípios orientadores.

2.1 As penas e suas finalidades

A pena é a consequência de quando o sujeito pratica uma conduta ilícita, conforme nos ensina o doutrinador Rogério Greco (2011a, p. 469) “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o estado valer o seu *ius puniendi*.”.

Devemos ainda ponderar que somente a lei pode impor sanções, neste sentido Cesare Beccaria (2009, p. 20) traz que: “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”.

Existem três opiniões doutrinárias que buscam explicar a finalidade das penas.

As teorias absolutas têm como fundamento a exigência de justiça, a pena é puramente retributiva, o agente é punido porque cometeu um delito, a pena é um imperativo categórico, uma consequência natural do crime. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 230) para este posicionamento “o castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto como uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais”.

De outra maneira se posicionam as teorias relativas, estas atribuem à pena o fim de prevenção, o fato criminoso seria a ocasião para aplicar a pena, não uma causa para esta.

Por fim, a teoria mista ou unificadora, que representa uma junção das duas primeiras correntes, preconiza que a pena possui ambas as finalidades, tanto a retributiva quanto a preventiva. Essa teoria foi a adotada pelo Código Penal, conforme podemos inferir do artigo 59 deste Códex.²

Assim, segundo a teoria adotada pelo CP a pena tem um aspecto tríplice: retribuição do mal causado pelo crime; prevenção geral, para a sociedade no geral, negativa, desestimulando novos delitos, e positiva, demonstrando a vigência da lei; e prevenção especial, em relação ao condenado, negativa, evitando a reincidência e positiva, possibilitando a sua ressocialização.

Nesse sentido Nucci (2011, p. 391):

Conforme o atual sistema brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, inciso XLVI, que a lei irá regular a individualização da pena e nas alíneas “a” à “e” traz um rol exemplificativo de penalidades, quais sejam: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, dando a possibilidade de serem estabelecidas em lei outras penas.

O art. 32 do Código Penal prevê como espécies de sanção penal: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.

As penas privativas de liberdade se dividem em: reclusão, detenção e prisão simples.

Enquanto as restritivas de direitos consistem em: prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de final de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores.

² RAMSDORF, Raphaela Cristina Roque, **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais**. 2014. 77 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito), sob orientação do Professor Mestre Gabriel Lino de Paula Pires – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2013.

Foi utilizado o subtítulo 6.1, que corresponde ao subtítulo 2.1 deste trabalho.

2.2 Penalidades Vedadas

A Constituição Federal de 1988 traz no inciso, XLVII , do artigo 5º, penalidades vedadas no ordenamento jurídico brasileiro: pena de morte, pena de caráter perpétuo, pena de trabalhos forçados, banimento, penas de natureza cruel.

Segundo José Boschi (2000, p. 151) essas vedações se baseiam nos princípios da dignidade da pessoa humana, humanidade das penas e proporcionalidade, o referido autor ainda explica:

Se a criação do Estado deve ser visualizada e pode ser justificada sob a perspectiva, dentre outras do interesse da coletividade na superação da barbárie, quando o homem fazia justiça pelas próprias mãos, desumana e desmedidamente, não poderia o Estado, sob pena de comprometimento da razão de ser sua criação, volver às práticas daquele período, em tudo incompatíveis com racionalidade iluminista e moderna.

A pena de morte surgiu na antiguidade como um meio de vingança privada, observando o princípio de Talião, "olho por olho", de forma que quem tirava a vida de alguém merecia perder a sua própria, e foi difundida pelo Império Romano.

Existe atualmente uma discussão sobre a necessidade e a utilidade da pena de morte. Para um posicionamento essa penalidade é necessária para satisfazer o bem comum, os criminosos habituais e reincidentes devem ser retirados de circulação para proteção do bem comum, além disso seria uma autodefesa do Estado. Essa corrente busca justificativa em um estudo realizado nos estados americanos que implantaram a pena de morte, segundo o qual, a criminalidade teria diminuído de forma expressiva após a adoção dessa medida.

Outra opinião é que a pena de morte é pouco eficaz, o Estado buscaria através desta combater o crime pelo medo do mal, mas o criminoso muitas vezes ignora a pena que pode ser imposta e sequer pensa na hipótese de ser condenado a pena de morte. Para essa corrente o poder da lei não estaria em uma pena severa, mas na certeza de ser punido.

Esse posicionamento se baseia em estudos realizados em países que suprimiram a pena de morte do seu ordenamento jurídico, como por exemplo Inglaterra, França e Alemanha, eis que estes, após abolirem a pena capital teriam tido uma diminuição do número de crimes mais graves.

Este é o posicionamento é defendido por José Antonio Paganella Boschi (2000, p. 156):

Nossa posição, entretanto, é radicalmente contrária à pena capital, embora sem deixar de reconhecer que as pessoas individualmente consideradas, podem até vir a ter motivos relevantes para desejar ou buscar a morte de quem tenha cometido a si ou a outrem, de suas relações próximas, um mal sério, irreparável, injusto e grave.

Se cada um pode exercitar esse sentimento sob os mais variados motivos, não o podem, entretanto, válida e racionalmente, aqueles que ocupam funções públicas, porque, do contrário, tal exercício equivaleria negar a utilidade do Estado como "homem artificial", incumbido de resolver, precisamente, os conflitos que, na barbárie, os sujeitos resolviam por sua própria conta e risco, com todas as consequências nefastas antes referidas. Defender a pena de morte significaria, também, recusar a ideia individualista que concentra no homem o valor absoluto, para retornarmos ao holismo pré-contratualista - nos moldes apontados por Dumont - (...).

Outro debate em torno da pena capital é acerca da possibilidade de sua implantação no Brasil, devemos ponderar que a Constituição veda expressamente essa modalidade de pena, além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pelo nosso país em 1990, traz em seu preâmbulo razões pelas quais esta modalidade de sanção deve ser abolida, assim a pena de morte não poderia ser adotada na ordem constitucional vigente.

No entanto, devemos resaltar que o ordenamento jurídico brasileiro admite exceção à essa vedação, ou seja, existem hipóteses em que a pena capital é admitida.

A primeira exceção é prevista no texto constitucional, artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a", o qual estabelece que será admitida pena de morte em caso de guerra externa declarada. A hipótese é regulamentada no Código Penal Militar, o qual estabelece que a sanção será executada por fuzilamento, mediante ordem de um Tribunal Militar, conforme previsto no artigo 56 do CPM. O artigo 57 do mesmo Código estabelece ainda que a condenação definitiva a pena de morte será comunicada, assim que transitar em julgado, ao Presidente da República e só pode ser executada após 07 (sete) dias desse comunicado, este prazo se justifica pela possibilidade de concessão de indulto ou comutação de penas; salvo se tratar-se de pena imposta em zonas de guerra, caso em que pode ser imediatamente executada, quando assim exigir a ordem e disciplina militar, conforme consta do parágrafo único do referido artigo.

Devemos salientar que deve haver guerra externa evidente e legalmente declarada por ato presidencial mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional.

A doutrina traz ainda duas exceções não previstas na Constituição: o tiro de abate, previsto no artigo 303, §2º da Lei 7.565/86, segundo o qual aeronave hostil fica sujeita à destruição. Tal previsão legal tem sua constitucionalidade debatida, mas até o presente momento em que este trabalho é escrito permanece em vigor.

A segunda exceção trazida pela doutrina é a pena de dissolução da pessoa jurídica autora de crimes ambientais. A Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, prevê em seu artigo 24 a liquidação forçada da pessoa jurídica constituída ou utilizada preponderantemente para a prática de crimes ambientais, constituindo uma espécie de pena de morte, conforme ensina Édís Milaré (2013, p. 481):

Tenha-se presente assim que a pessoa jurídica constituída ou utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental terá decretada sua finalidade forçada, verdadeira pena de morte, com perda de seus bens e valores.

A Carta Magna veda também as penas de caráter perpétuo, nesse sentido, o artigo 75 do Código Penal Brasileiro estabelece que o tempo máximo para cumprimento de pena privativa de liberdade será de 30 (trinta) anos, com objetivo de estabelecer um limite temporal impedindo que a penalidade seja perpétua. Essa vedação se baseia que nessa modalidade de pena não há qualquer incentivo a ressocialização do apenado, conforme afirma Flávia Bahia (2017, p. 175): "A pena de caráter perpétuo desvirtuaria um dos princípios da própria teoria da pena: o de ressocialização e reeducação do criminoso, para que possa voltar ao convívio social com os demais."

Devemos ponderar que o Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal internacional, do qual o Brasil é signatário, admite pena perpétua em seu artigo 77, alínea "b", se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado justificarem tal medida, assim há um conflito aparente de leis sobre o caso. Tal conflito é apenas aparente, eis que a Constituição veda a penalidade de caráter perpétuo apenas para o legislador nacional, não afetando os legisladores estrangeiros que a estabelecerem com base no Estatuto.

Sobre essa modalidade de pena vedada há ainda uma discussão sobre a medida de segurança, se a ausência de prazo determinado não violaria a Constituição eis que se tornaria uma sanção perpétua.

Para um primeiro entendimento não, pois essa sanção não tem caráter punitivo, mas curativo, e desse modo, não se pode estabelecer um prazo para cura, que depende do fim da enfermidade, não podendo ter um prazo pré-determinado. Uma segunda opinião é de que há violação à Constituição, por analogia, deve-se aplicar o prazo do artigo 75 do CP, 30 anos, como limite máximo. Uma terceira corrente é no mesmo sentido, de que sim, tal prazo indeterminado viola a vedação constitucional, mas estabelece prazo máximo da medida de segurança distinto, devendo este coincidir com a pena máxima em abstrato cominada ao delito cometido, nesse sentido é a Súmula 527 do STJ.

Em relação à vedação à pena de trabalhos forçados devemos salientar que esta não se confunde com a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, que trata-se de uma pena restritiva de direitos que busca evitar aplicação de pena privativa de liberdade.

Além disso, neste contexto devemos diferenciar ainda esta vedação do trabalho penitenciário, que é um misto de direito e dever do preso e está previsto no artigo 41 da Lei de Execução Penal, possuindo uma finalidade educativa e produtiva, sendo remunerado e também não configura pena de trabalhos forçados, conforme nos ensina José Antonio Paganella Boschi (2000, p. 154):

O trabalho nesses casos legalmente previstos cumpre função laborterápica, sendo fator de reconstrução da dignidade pessoal afetada pelo crime, pela convenção e pelo recolhimento ao cárcere, tendo finalidades produtiva e educativa (artigo 28 da Lei nº7.210/84).

A penalidade de banimento, também proibida pela Carta Magna, trata-se da expulsão do nacional, nato ou naturalizado, do território brasileiro e "era a inibição perpétua de habitar no território do Império", de acordo com, José Antonio Paganella Boschi (2000, p. 153).

Por fim, as penas cruéis são aquelas desumanas e/ou degradantes, que ferem os direitos humanos do sentenciado, sendo também vedada no ordenamento jurídico atual.

2.3 Das Penas Privativas de Liberdade

O sistema punitivo brasileiro prevê como espécies de sanções penais: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e pena de multa, conforme artigo 32 do Código Penal, e as penas privativas de liberdade são divididas em prisão simples, detenção e reclusão.

A prisão simples é aplicada no caso de prática de contravenções penais e esta não gera efeitos extra penais, sendo cumprida em regime inicial aberto ou semiaberto, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, sem rigor penitenciário, conforme dispõe o artigo 6º do Decreto-Lei nº 3.688.

Assim afirma Nucci (2011, p. 402):

A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos.

A detenção é imposta para crimes de menor gravidade, pode ser cumprida em regime inicial aberto ou semiaberto dependendo do caso concreto, salvo no caso de regressão de regime, hipótese em que pode ser cumprida em regime fechado.

A reclusão é prevista para os crimes de maior gravidade, podendo ter como regime inicial: fechado, semiaberto e aberto e, ao contrário da detenção, é capaz de gerar incapacidade para o exercício do poder familiar.

Sobre essa diferenciação entre reclusão e detenção, o mesmo autor acima mencionado defende que "extinção dessa diferença é bastante razoável, tendo em vista que as diferença supra-apontadas são mínimas e, na prática, quase sempre irrelevantes." (2011, p. 402).

2.4 Princípios Informadores da Pena e da Execução Penal

Os princípios não são apenas meras fontes do direito, mas também possuem conteúdo normativo, estes são atualmente considerados normas jurídicas que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro.

Estas normas jurídicas apontam um estado ideal a ser atingido, impondo a adoção de um comportamento compatível com este estado ideal buscado. Sobre o tema a doutrina de José Sampaio, Chris Wold e Afrânio Nardy (2003, p. 45):

Os princípios são enunciados deônticos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais ou operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou implícitos.

Os princípios são de grande importância e devem ser observados para a aplicação do Direito Ambiental, visto que estes a norteiam e atuam como fundamento, pilar, para o desenvolver deste ramo, sendo que estão previstos expressa e implicitamente no ordenamento jurídico, a nível constitucional e infraconstitucional.³

De maneira bastante pertinente José Antonio Paganella Boschi nos ensina sobre do tema (2000, p. 28 e 29):

É, pois, de suma importância conhecê-los e estudá-los não só para podermos ter a boa compreensão da universalidade do setor do ordenamento jurídico-positivo, como também para bem compreendermos o próprio processo de criação do direito pela jurisprudência, pois o ordenamento jurídico-positivo nem sempre consegue responder aos reclamos das sociedades essencialmente cambiantes, sendo superado, logo, pela velocidade dos fatos.

Assim, o estudo dos princípios orientadores da pena é de grande importância.

De maneira bastante pertinente nos cabe ainda diferenciar as normas regras das normas princípios, a norma jurídica é um gênero do qual princípios e regras são espécies.

Os princípios são normas abstratas e finalísticas, apontam um estado ideal a ser atingido, sendo aplicados por ponderação. Enquanto as regras são

³ RAMSDORF, Raphaela Cristina Roque, **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais**. 2014. 77 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito), sob orientação do Professor Mestre Gabriel Lino de Paula Pires – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2013.

Foi utilizado o subtítulo 2.3, que corresponde ao subtítulo 2.4 deste trabalho.

normas imperativas e descritivas, descrevem um comportamento que deve ou não ser praticado, além disso, possuem grau de abstração reduzido e são aplicadas pela subsunção.

A aplicação das regras segue a lógica do "tudo ou nada", quando duas regras entram em conflito só uma delas será aplicada no todo, e a outra será afastada. Os critérios clássicos para aferição de qual regra incidirá são: critério cronológico, a mais recente derroga a anterior; critério da especialidade, lei especial prevalece em relação a geral; e critério da hierarquia, a norma superior hierarquicamente será aplicada.

Já no caso de conflito entre princípios há ponderação, a aplicação de um não exclui o outro, não há hierarquia entre eles.

Segundo José Antonio Paganella Boschi (2000, p. 28) diferenciam-se ainda pois: "Na aplicação do caso concreto, os princípios, por serem mais vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta."

Ante o exposto, a seguir delinearemos os princípios aplicáveis as sanções penais e à execução penal.

2.4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está elencado no rol de direitos e garantias fundamentais, previsto no artigo 5º, incisos II e XXXIX da CF/88 e no artigo 1º do CP, e estabelece que somente a lei pode definir crimes e cominar penas, também representado pela expressão em latim: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Segundo Francisco de Assis Toledo o princípio da reserva legal "Significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei." (1994, p.21).

Este princípio se fundamenta primeiramente politicamente, eis que vincula os poderes Executivo e Judiciário as leis abstratamente cominadas, sendo assim uma limitação ao poder do Estado, impedindo um poder punitivo arbitrário.

Temos ainda o fundamento democrático, pois demonstra o respeito ao princípio da divisão de poderes, compete ao Poder Legislativo elaborar leis. E

finalmente, fundamento jurídico, uma lei clara e prévia gera um melhor efeito intimidador.

Nos cabe esclarecer ainda que, embora o texto constitucional use o termo "lei", tal princípio atinge também as contravenções penais, estas só podem ser criadas por lei anterior que as defina.

Nesse contexto a lição de Guilherme Nucci (2009, p. 37):

O princípio da legalidade, em matéria penal, equivale à reserva legal, isto é, somente a lei penal (em sentido estrito como norma emanada do Congresso Nacional) proporciona o nascimento da figura abstrata do crime, em sentido formal, que nos interessa, bem como o surgimento da pena.

No mesmo sentido, embora utilize a expressão "pena", medidas de segurança também só poderão ser impostas com prévia cominação legal.

Dessa maneira devemos interpretar o princípio de maneira ampla, somente há infração penal (gênero que engloba as espécies crimes e contravenções penais) ou sanção penal (gênero que abarca penas e medidas de segurança) quando lei anterior assim definir.

Importante ressaltar ainda que este princípio incide na execução penal, assim, o sentenciado somente pode sofrer penalidades administrativas previstas na lei.

Dando seguimento ao estudo, iremos analisar os desdobramentos deste princípio, que exige para criação de crimes e cominação de penas lei prévia, escrita, estrita, certa e necessária.

O termo "lei" refere-se em regra a lei ordinária, mas excepcionalmente lei complementar poderá fazer este papel. Importante salientarmos que não é possível, portanto, que medida provisória crie delitos os comine penas, assim como Resoluções editadas por Tribunais também não.

Nesse contexto nos cabe salientar que embora existe resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 23.404 de 2014) tratando de crimes, esta não está criando tipos, mas apenas reproduzindo os já descritos no Código Eleitoral.

Além disso, deve ser prévia, anterior ao fato, impedindo assim retroatividade maléfica da lei penal, a lei penal *in pejus* é irretroativa, assim nenhuma lei penal retroagirá, salvo se em benefício do réu, conforme consta do artigo 5, XL, da CF.

Também precisa ser escrita, ou seja, é vedado o costume incriminador, o costume pode ser utilizado apenas como forma de interpretação da lei penal, denominado costume *secundum legem*.

A terminação "estrita" veda a utilização de analogias que prejudiquem o réu na esfera penal, somente é possível utilizar-se de analogias em benefício, *in bonam partem*.

A Lei penal precisa ser certa, se desdobrando no princípio da taxatividade ou determinação, pelo qual exige-se clareza dos tipos penais, a lei deve ser de fácil compreensão de modo que a população entenda e possa cumpri-la.

Relevante mencionar o que nos ensina José Antonio Paganella Boschi (2000, p. 28) sobre o tema: "(...) ele se apresenta triplamente facetado, compreendendo a reserva legal, a proibição da irretroatividade da lei penal e da enunciação ou determinação taxativa."

Finalmente, tal princípio exige ainda que a lei incriminadora seja necessária, tendo como decorrência o princípio da intervenção mínima, a lei penal somente deve intervir quando necessário, quando os outros ramos do direito (civil, administrativo, etc) forem insuficientes (subsidiariedade do direito penal) e apenas quando existir lesão relevante e intolerável a bem jurídico penal (fragmentariedade do direito penal).

2.4.2 Princípio da Intranscendência

Também denominado princípio da personalidade, da intransmissibilidade ou responsabilidade pessoal, está previsto no artigo 5º, XLV da Carta Magna e determina que a pena, em nenhuma hipótese, pode ultrapassar a pessoa do condenado.

Portanto, a pena imposta na sentença penal não pode atingir a família do apenado ou qualquer outra pessoa além dele próprio.

Assim, é possível que a obrigação de reparação dos danos e o perdimento de bens sejam estendidos aos sucessores do condenado, e contra eles executadas, no limite do patrimônio transferido, conforme disposto na parte final do referido inciso.

Sobre o tema Flávia Bahia (2017, p.172) nos explica que : "Com isso, a herança deixada pelo condenado será atingida pelo dever imposto aos sucessores de arcarem com as despesas com a reparação do dano."

2.4.3 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está assegurado na Carta Magna, no artigo 5º XLVI, sendo portanto um direito fundamental.

Em síntese, este apregoa que a pena deve ser justa e adequada a cada caso, devendo este ser observado nas três fases de individualização da pena legislativa, judicial e administrativa/executiva.

Conforme nos explica Guilherme Nucci (2009, p. 34):

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto

O mesmo autor ainda explica a importância deste princípio que:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da "mecanizada" ou computadorizada" aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Assim, a individualização da pena busca aplicar a cada situação concreta a reprimenda do tipo penal abstrato considerando as particularidades do delito e do autor do fato, a reprimenda não pode ser padronizada, estabelecendo a cada um o que lhe é cabível conforme as particularidades de cada caso concreto.

Na fase legislativa o legislador deve se atentar à individualização ao definir os crimes e as penas, indicando as penalidades máximas e mínimas abstratamente cominadas ao tipo e as causas de aumento e diminuição.

Na esfera judicial o magistrado, para aplicar a reprimenda a cada caso, deve se utilizar do critério trifásico delineado no artigo 68 do CP, fixando o tempo de cumprimento e o regime inicial da pena; ou se tratar-se de sanção pecuniária, empregar o critério bifásico previsto no artigo 49 do mesmo Códex.

No prisma administrativo trata-se da individualização da penalidade na execução penal, cada condenado deve cumprir a pena conforme seus antecedentes, personalidade e delito praticado, sendo beneficiado com os institutos previstos da Lei de Execuções Penais, como livramento condicional, progressão de regimes, remição da pena por trabalho ou estudo, ou sendo punido pela prática de faltas leves, médias ou graves, com conseqüente regressão de regime e outras conseqüências, conforme seu comportamento na unidade prisional.

Nesse contexto Paulo de Souza (2006, p. 28) afirma que:

A ampla conexão do princípio de individualização com o ideal de Estado Democrático pressupõe composição afinada entre as "atividades consideradas individualizadoras", e não apenas atividades legal e judicial (strafzumessung) e administrativa ou executiva, interagindo em planos diferentes (legislativo, judicial, executivo), devendo harmonizar-se para, ao final, atingirem "um fim específico", ou seja, uma completa individualização da pena, momentos que combinados, convergem-se numa mesma tarefa individualizadora, pretendendo a realização da vontade da lei a um caso específico.

Conforme delineado, portanto, devemos destacar a incidência de tal princípio em três diferentes níveis e este, será oportunamente abordado de maneira mais aprofundada, quando elaboradas considerações acerca da sua aplicação em cada uma das fases nos capítulos a seguir.

2.4.4 Princípio da Proporcionalidade

Foi durante o movimento iluminista, marcado pela obra "Dos delitos e das penas" (Beccaria) que a proporcionalidade da resposta estatal ao fato delituoso teve mais atenção, trata-se de um princípio constitucional implícito, sendo um desdobramento do princípio da individualização da pena.

De acordo com tal princípio a sanção deve ser uma retribuição proporcional, deve ajustar-se a gravidade do fato e considerar as condições do criminoso.

Sobre o tema Nucci (2011, p. 89) explica que "as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores."

Conforme nos ensina Cleber Masson (2016, p. 54) este princípio, assim como o princípio da individualização da pena, tem três destinatários o legislador, o juiz e os órgãos da execução penal:

Na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações - mínimo e máximo (seleção quantitativa). Na proporcionalidade concreta (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na proporcionalidade executória (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado.

Nesse contexto, José Antonio Paganella Boschi (2000, p.67) leciona que "A exigência de que a pena guarde proporcionalidade com a culpabilidade e a gravidade do injusto típico é fórmula consignada expressamente pelo legislador na lei penal brasileira (art. 59)."

A proporcionalidade se desdobra em duas faces. A primeira busca evitar o excesso, impedir uma hipertrofia da punição e é uma garantia do cidadão em face do Estado. A outra, apregoa evitar uma intervenção insuficiente do Estado, é uma garantia do indivíduo em ver o Estado protegendo bens jurídicos com eficiência, vedando a proteção deficiente.

2.4.5 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal orienta todo processo penal desde a imposição da pena até a execução desta, conforme nos explicam Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 24):

Embora o princípio do devido processo legal seja orientador de toda ação estatal constitutiva 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.

Ele está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição e determina que nenhuma penalidade será aplicada sem o devido processo legal e nenhuma sanção administrativa será aplicada ao sentenciado sem que um procedimento disciplinar seja instaurado, conforme artigos 59 e 60 da LEP.

2.4.6 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade está elencado no artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso XLVII da Carta Magna, além disso, também está previsto no artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, esta ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e estabelece que todo condenado deve ser tratado com humanidade, com respeito, ante a dignidade da pessoa humana, inerente à todo ser humano.

Como bem explicado por Carmem de Barros (2001, p. 133 e 134) este princípio:

Determina também que os condenados, em especial à pena privativa de liberdade, deverão ser propiciadas as condições para uma existência digna, velando-se por sua própria vida, integridade física e moral e por sua saúde. Decorre ainda do princípio da igualdade e da humanidade da pena o direito ao cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão próxima à localidade onde vivem os familiares, o direito à intimidade e à privacidade, aí incluídos os direitos de visita íntima e da família, direito a liberdade de expressão e ao sigilo de correspondência.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 26) ressaltam que:

(...) o princípio da humanidade deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na feitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana.

Nucci (2011, p. 85) ensina que este princípio:

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas.

Desta maneira não pode ser imposta pena que ofenda a dignidade da pessoa humana, vedando-se sanções que sejam indignas, cruéis, desumanas e degradantes, assim como o sentenciado deve ser tratado com respeito e ter seus direitos mínimos, para que cumpra a pena com dignidade, assegurados.

2.4.7 Princípio da Jurisdicionalidade

O princípio da jurisdicionalidade se evidencia através do controle jurisdicional da fase executiva, a intervenção judicial na execução da reprimenda, sendo previsto no artigo 2º da LEP.

Nesse diapasão relevante a lição de Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 28):

Mas a aplicação do princípio da jurisdicionalidade se traduz em inegável garantia de proteção ao condenado, no sentido de que a atuação do juiz se estende à execução penal em toda a sua plenitude, podendo ele ser provocado pelo condenado, quando se sentir vilipendiado em quaisquer de seus direitos.

A jurisprudência do STJ é nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. CONVERSÃO DE RESTRITIVAS DE DIREITO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. QUEBRA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. JURISDICIONALIZAÇÃO. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Uma das características do modelo adotado pela Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) foi a intromissão jurisdicional nos conflitos surgidos a partir do cumprimento da pena. Toda questão relativa à concessão de benefício legal ou restrição de direitos do reeducando deve conduzir-se pelo manto do devido processo legal, significando, devem ser garantidos o contraditório e a ampla defesa. In casu, sem se discutir a proeminência da tese da decisão singular, apercebe-se que ela sobreveio em procedimento irregular, porquanto não garantido ao apenado o direito de defesa, de modo a redargüir os fundamentos da pretensão conversiva. Ordem concedida. (STJ, HC 30954/RJ 2003/017977o-2, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, Data do julgamento: 09/12/2003, Quinta Turma).

Desse modo, tal princípio caracteriza-se em uma proteção do sentenciado na execução da pena, em face do poder punitivo estatal.

3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE LEGISLATIVA

O princípio da individualização da pena deve ser aplicado primeiramente na fase legislativa, assim nos cabe analisar neste capítulo a tarefa do legislador em possibilitar a individualização da sanção penal.

Compete ao legislador individualizar a reprimenda de forma abstrata, estabelecendo a pena máxima e mínima do tipo penal, fixando a espécie da pena, reclusão ou detenção, os critérios para definição do regime inicial e da possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos possibilitando a individualização judicial da pena.

Sobre o tema relevante mencionar o que leciona Nucci (2009, p. 290):

A previsão de que a lei *regulará* a individualização da pena quer dizer que existirão critérios suficientes, fixados em lei ordinária - o que, aliás, seria inviável constar na Constituição - para que o comando seja cumprido. O juiz da condenação deve ter ao seu dispor mecanismos suficientes para concretizar o quantum da pena, bem como o regime inicial, podendo o magistrado da execução penal conceder ou negar a progressão, igualmente, de acordo com o merecimento de cada condenado.

Inicialmente devemos estudar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o qual se desdobra nos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, para estabelecermos quais bens jurídicos o legislador pode elencar como merecedores da tutela penal.

O Direito Penal é um ramo do Direito Público Interno que age de maneira repressiva, tipificando condutas e impondo a estas sanções para evitar que os bens jurídicos por ele tutelados sejam lesionados, buscando a proteção destes bens através da cominação, aplicação e execução da pena.

Este ramo do direito segue aplicação rigorosa do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime, nem pena sem prévia cominação legal, dessa maneira os crimes ambientais só existem quando definidos em lei e serão da forma em que esta dispor.

No Direito Penal vigora ainda o princípio da intervenção mínima, da “ultima ratio”, ou seja, deve interferir o mínimo possível na vida em sociedade, a tutela penal deve ser aplicada somente quando outras sanções (civis e administrativas) e mecanismos de controle social não bastarem, eis que tutela a liberdade do indivíduo, direito constitucionalmente assegurado.

Nesse contexto, importante mencionar o que preceitua Édis Milaré (2013, p. 457):

A razão de ser do princípio da intervenção mínima do Direito Penal reside no reconhecimento da Liberdade como direito fundamental do homem e valor supremo para a vida em sociedade, essencial no Estado Democrático de Direito, conforme expusemos antes. Assim, qualquer ação estatal que envolva restrição a esse direito público subjetivo encontra seus limites na exata medida do necessário e suficiente para atender ao fim público a ser tutelado em cada situação.

Assim, o Direito Penal deve tutelar apenas os bens fundamentais para vida em sociedade, conforme nos traz Rogério Greco (2011a, p. 47):

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a vida em sociedade. O Legislador por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positiva ou negativas, que deverão merecer atenção do Direito Penal.

Este bens fundamentais devem ser ponderados do ponto de vista político, e não do ponto de vista econômico, eis que, conforme a sociedade evolui a importância dos bens para esta também se modifica, bens anteriormente considerados essenciais hoje não são mais tão importantes para a sociedade que demandem a proteção penal, podemos citar como exemplo deste fenômeno os crimes de sedução, rapto e adultério, que foram revogados pela Lei 11.106 de 2005 pois os bens jurídicos por estes tutelados deixaram de ter importância fundamental para a sociedade atual.⁴

Dessa forma, o legislador deve analisar a importância para a sociedade atual do bem jurídico de deseja tutelar e só conferir a este tutela penal quando estritamente necessário e indispensável, e somente quando os outros ramos do direito não bastarem para sua proteção (subsidiariedade) e quando houver lesão jurídica relevante e intolerável à este bem (fragmentariedade).

⁴ RAMSDORF, Raphaela Cristina Roque, **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais**. 2014. 77 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito), sob orientação do Professor Mestre Gabriel Lino de Paula Pires – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2013.

Foi utilizado o subtítulo 3.1, que corresponde ao subtítulo 3 deste trabalho.

Nesse diapasão relevante se faz a lição de Carmen Barros (2001, p. 116):

Assim, o legislador, ao ameaçar com pena um determinado comportamento, deve considerar, além do efeito intimidatório dos cidadãos, a valoração que eles fazem do comportamento, a importância do bem jurídico afetado, a necessidade de recorrer à pena, as diversas classes de penas aplicáveis ao caso e se não forem suficientes outras sanções, reservando as penas privativas de liberdade para os casos extremos.

Rogério Greco (2015, p. 119) explica que:

Interpretando o texto constitucional, podemos concluir que o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal aquelas condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador, valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado.

Também nos cabe trazer a crítica de Paulo Souza acerca da legislação penal simbólica, criada em decorrência da pressão da mídia e que não contribuiu para a individualização da pena (2006, p. 64):

(...) observa-se a tendência da legislação brasileira em produzir e desenvolver o "Direito Penal Simbólico e Reformas Pontuais" que, derivadas ou não de situações "emergenciais", em nada contribuem para a individualização legislativa de um determinado bem, para conversão desse bem jurídico-penal ou sua proteção de fato. Embora a constituição Federal outorgue, ao legislador, o poder de "regular a individualização da pena" (art. 5º, XLVI), tal enunciado não lhe confere poderes para criminalizar" todo e qualquer fato ou comportamento, especialmente de forma *emergencial*, derivados de fatos sociais incipientes e isolados que ganham força com a comunicação de massa.

Ainda considerando a importância do bem da vida em questão, o legislador deve fixar os patamares máximo e mínimo da pena, tornando-a proporcional ao caso, tratando-se de bem mais importante estabelece uma pena mais severa, bem de menor relevância uma pena mais branda.

O legislador deve, ao fixar a reprimenda do tipo penal, atentar-se também para que esta cumpra suas finalidades (já estudadas no capítulo anterior).

Devemos salientar ainda que o legislador não pode fazer previsões legais em excesso há ponto de "engessar" a individualização que será feita pelo magistrado, impossibilitando a aplicação do princípio da individualização da pena na

fase judicial, tal qual fez fixando o regime integralmente fechado para os delitos hediondos e equiparados, previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, Lei dos Crimes Hediondos.

Ao sopesar o regime inicial aplicável este dispositivo legal o legislador feriu a discricionariedade do magistrado e a possibilidade de individualização judicial da pena, Guilherme Nucci se posiciona nesse sentido (2009, p. 288):

Não tínhamos dúvida de que se tratava de norma inconstitucional, pois feria, frontalmente, o princípio da individualização da pena. Afinal, *individualizar* implicar em eleger a espécie de pena, seu *quantum* e o regime inicial para o seu cumprimento. Notório, também, é que a individualização passa por três fases: legislativa, judiciária e executória. Ora, estabelecendo a lei que o regime, para os delitos hediondos e assemelhados, devesse ser o integralmente fechado, colocava uma pedra na individualização executória, não deixando o juiz margem alguma para analisar, concretamente de acordo com o merecimento de cada condenado, o regime mais adequado para o desenvolvimento do cumprimento da pena privativa de liberdade (...). Não se pode, pois, reduzir a tarefa de individualização a simples cálculos aritméticos, como vimos expondo ao longo deste trabalho, do mesmo modo que não se deve acatar o estabelecimento de regime único, obrigatório e padronizado para qualquer tipo de crime ou réu. (...) Não quer dizer que o tratamento mais rigoroso ao crime hediondo deva eliminar o princípio constitucional da individualização da pena, construído após longa e extenuante caminhada, para evitar a malfadada padronização da sanção penal.

Esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.959/SP em 2006 por ferir o princípio constitucional de individualização da pena, nesse sentido a jurisprudência:

PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF, HC 82.959-SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, 23/02/2006).

No entanto, conforme continua o mesmo doutrinador (2009, p. 292):

Não bastasse, para a felicidade do princípio da individualização da pena, editou-se a Lei 11.464/2007, modificando o disposto no art. 2º, §1º, da referida Lei 8.072, retirando-se a obrigatoriedade do regime fechado integral e passando-se a adotar, apenas, o regime fechado inicial.

A Lei dos Crimes Hediondos passou a prever um regime inicial obrigatoriamente fechado, assim, qualquer que fosse a reprimenda imposta o regime inicial de cumprimento seria sempre fechado.

A nova disposição continuou violando os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, sendo declarada inconstitucional pelo STF, conforme podemos inferir do julgamento do HC 111.840/ES que segue:

É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: ... § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu habeas corpus com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituiu a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados — v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico — já declarada inconstitucional pelo STF —, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração. Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. (STF, HC 111.840/ES, Relator: Ministro Dias Toffoli, 27/06/2012).

Nesse contexto importante mencionarmos também a previsão legal do artigo 44 da Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, que vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Trata-se de outra hipótese em que o legislador excedeu os seus limites, ferindo a discricionariedade do magistrado para analisar o caso concreto.

Este dispositivo legal também foi declarado inconstitucional pelo Supremo, pois o legislador estaria usurpando a análise do caso concreto do judiciário, a lei não pode proibir a conversão em abstrato, cabe ao magistrado analisar o a situação de fato de acordo com os requisitos do artigo 44 do CP.

A decisão do STF sobre o mencionado artigo se deu em controle difuso de constitucionalidade, assim teve efeito *inter partes*, no entanto, o Senado Federal

editou a Resolução nº 05 e deu efeito *erga omnes*, suspendendo a expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" do artigo 44, caput, da Lei 11.343.

Dessa forma para os delitos previstos na Lei de Drogas cabe ao juiz, na análise do caso concreto, verificar se é cabível ou não a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Nesse sentido as jurisprudências da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça:

PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. Na dicção da sempre ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, a vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010.(STF - HC: 101205 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/09/2010, Primeira Turma). (grifo nosso).

6. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006. (...) 8. Transitada em julgado a condenação do paciente, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando, consoante diretrizes do art. 33 do CP, e de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do CP. 9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no artigo 33 do Código Penal, bem como para que verifique o eventual preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante o disposto no artigo 44 do Código Penal, sob pena de este Superior Tribunal, fazendo-o diretamente, incidir na indevida supressão de instância.(STJ - HC: 241214 SP 2012/0090222-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/11/2013, T6 - SEXTA TURMA).

Então, conforme o exposto, o legislador deve se atentar a proporcionalidade das penas, estabelecendo um patamar máximo e mínimo de acordo com a importância do bem tutelado, para que a reprimenda seja suficiente e adequada alcançando as suas finalidades essenciais.

Além disso, concluímos que na fase legislativa deve-se apenas estabelecer critérios básicos para que, posteriormente, o magistrado, em cada caso concreto possa individualizar a pena. É preciso deixar margem para a discricionariedade do juiz, de modo a permitir a atividade judicial de individualização.

4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE JUDICIAL

O juiz deve fixar a pena individualizando-a conforme a gravidade do fato e as condições pessoais do agente, conforme o delineado pelo legislador, conforme leciona Rogério Greco (2015, p. 628):

Com a finalidade de orientar o julgador nesse momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser observadas, sob pena de macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade.

Assim, neste capítulo, analisaremos a individualização da pena na fase judicial, a dosimetria trifásica da pena realizada pelo magistrado na prolação da sentença, verificando as suas três fases: fixação da pena base, pena provisória e a pena definitiva, conforme previsto no artigo 68 do Código Penal Brasileiro. Após fixado o quantum da pena o juiz estabelece ainda, de acordo com os critérios do artigo 33 do CP, o regime inicial de cumprimento e então verifica a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, restritiva de direitos ou multa ou de concessão de suspensão condicional da pena.

Destarte, nos ensina Rogério Greco (2015, p. 628) que o magistrado, ao calcular o montante da pena, deve atentar para que a reprimenda atinja suas finalidades preventiva e repressiva:

Tendo o réu optado por qualquer uma das infrações elencadas em nosso catálogo penal, parte-se para o segundo momento da individualização da pena, adora de competência do julgador. do plano abstrato (fase da cominação) mergulhamos no plano concreto (fase da aplicação), cabendo ao juiz do processo penal de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a prevenção do crime.

Paulo Xavier de Souza (2006, p. 68) explica a importância do estudo da atividade judicial de individualização da pena:

(...) a atividade judicial de determinação da pena é de capital importância no sistema de individualização, pois é por meio desta que a reação penal contra o delito e seu autor se torna concreta, perceptível e individual, dependendo a intensidade da pena aplicada da gravidade e extensão produzida ao bem jurídico-penal, das exigências de reprovação e prevenção, e condições subjetivas do delinquente, peculiaridades que justificam um estudo aprofundado dessa atividade e dos problemas teóricos e práticos conexos

Devemos ainda salientar o critério trifásico da pena viabiliza o exercício do direito de defesa, demonstrando para o réu os parâmetros que conduziram o magistrado na fixação da pena.

4.1 Fase Primária: Fixação da Pena Base

Na primeira fase da dosimetria da pena o juiz fixará a pena base usando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP sobre a pena mínima simples ou qualificada do delito.

O mencionado artigo traz como circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e o comportamento da vítima, assim, neste subtítulo estudaremos cada uma destas, nesse diapasão o STJ orienta:

1. Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios no art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer (STJ - HC: 48122 SP 2005/0156373-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/05/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação 12/06/2006).

Primeiramente analisa-se a culpabilidade do agente, que ,de acordo com o STJ, trata-se do menor ou maior grau de reprovabilidade da conduta, nesse sentido a decisão:

(...) é possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime. (HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/3/2016).

Em um segundo momento, são verificados os antecedentes do réu, ou seja, a sua vida pregressa, no qual serão considerados somente fatos anteriores ao crime, os atos posteriores ao delito não são analisados nesta oportunidade.

Não serão considerados maus antecedentes inquiridos policiais arquivados ou em andamento, conforme o previsto na súmula 444 do STJ, visto que isto violaria o princípio da presunção de inocência.

Assim, somente serão consideradas condenações definitivas e que não caracterizem a agravante de reincidência, pois o mesmo fato não pode servir para gerar reincidência e maus antecedentes.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça explicaram, no julgamento do Habeas Corpus 185.894/SP, a diferença de maus antecedentes e reincidência para aquela corte:

“O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (HC 185.894/ MG – Sexta Turma – Nefi Cordeiro – Dje 05/02/2016).

O magistrado deve ainda verificar a conduta social do agente, seu comportamento em sociedade, Rogério Greco explica (2011b, p.155): "Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas (...)".

A personalidade do criminoso deve também ser considerada para fixação da pena base, assim como os motivos, circunstâncias e consequências do crime.

Além do mais o comportamento da vítima deve ser ponderado, Rogério Greco (2011,b, p. 157) aduz que "pode a vítima ter contribuído para o cometimento da infração penal pelo agente", devendo tal fator ser considerado na fixação da reprimenda.

Se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu deve fixar no mínimo a pena, sendo todas desfavoráveis fixará no grau máximo, conforme leciona Guilherme Nucci (2009, p.153):

Imaginando-se serem, todas as circunstâncias judiciais favoráveis - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do fato criminoso, consequências do crime e comportamento da vítima- a culpabilidade é mínima, motivo pela qual a pena deve situar-se em seu patamar mínimo. Caso, entretanto, *ad argumentandum*, todas as circunstâncias sejam desfavoráveis ao réu, a culpabilidade será composta em grau máximo, razão pela qual justifica-se a pena base no máximo.

Devemos nos atentar que o legislador não fixou o quantum de aumento de pena por circunstância judicial, deixando a critério do juiz, o qual deverá

fundamentar sua decisão. Para parte da doutrina como são 8 circunstâncias, cada uma representaria 1/8 da reprimenda, enquanto que para jurisprudência 1/6, assim explica Rogério Greco (2015, p. 642):

Nota-se que o Código Penal não fixou o quantum de aumento para as circunstâncias desfavoráveis ao sentenciado. Esse montante, portanto, fica a critério do juiz que deverá sempre fundamentar a sua decisão. A jurisprudência sugere 1/6 para cada circunstância presente; a doutrina 1/8. De todo modo, nesta etapa, o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal (art. 59, II, CP), não podendo suplantá-los.

Ressaltamos que nessa fase o cálculo da pena não pode extrapolar os limites máximo e mínimo previstos no preceito secundário do tipo.

4.2 Fase Secundária: Agravantes e Atenuantes

Na segunda fase será determinada a pena intermediária ou provisória, para tanto o juiz considera agravantes (artigos 61 e 62 do CP) e atenuantes (artigos 65 e 66 CP), ponderamos que nessa fase o quantum da pena também não pode ultrapassar o máximo e nem ficar aquém do mínimo previstos no tipo penal, nesse contexto a lição de Rogério Greco (2015, p. 419):

Em suma, o magistrado deve partir-se da pena base, fixada na etapa anterior, para, reconhecendo presente circunstância agravante, dirigir-se na direção da pena máxima. Havendo somente atenuantes, a pena intermediária caminha na direção do mínimo abstratamente previsto no preceito secundário (lembrando que, no caso da pena base ter sido fixada no mínimo, não se aplica atenuante). Não existindo circunstâncias relevantes (agravantes ou atenuantes), a pena intermediária simplesmente confirmará a pena-base

O valor do aumento ou da diminuição não tem previsão legal, fica a critério do juiz, que deverá fundamentar a sua decisão, Nucci (2009, p. 212) defende que deverá ser de 1/6:

Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve equivaler a um sexto da pena base (menor montante ficado para as causas de aumento ou diminuição da pena), afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva.

Havendo concurso entre agravantes e atenuantes o artigo 67 do Código Penal estabelece que será aplicada a que for preponderante, diante da disposição legal a jurisprudência elegeu como ordem de preponderância: atenuantes de menoridade e senilidade, reincidência, atenuantes e agravantes subjetivas e por último as objetivas.

Assim, estudaremos neste tópico as agravantes e atenuantes de maior destaque, sem pretensão de esgotar o assunto, eis que não se trata do tema central desse trabalho.

As agravantes possuem um rol taxativo elencado nos artigos 61 e 62 do Código Penal, assim não é possível ampliar as hipóteses que agravam a pena.

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

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

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

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

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

l) em estado de embriaguez preordenada.

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

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

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

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

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

Dentre as agravantes de destaque encontramos a reincidência, que está prevista no artigo 63 do CP, e pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e cometimento de um novo crime. Essa agravante se justifica na ideia de que a pena anterior não foi suficiente tornando o

autor a praticar fatos delituosos, assim a necessita de uma reprimenda mais severa, conforme Guilherme Nucci apregoa (2009, p. 214):

(...) a reincidência afirmou-se como causa para aumentar a pena uma vez que se passou a levar em consideração caráter preventivo especial da sanção penal, notando-se que a pena anterior teria sido insuficiente, motivo pelo qual o autor tornou a delinquir (reincidência), necessitando, pois, de pena mais severa.

De acordo com o artigo 64, inciso I do CP o Brasil adota o sistema da temporariedade da reincidência, após 5 anos do cumprimento da pena ocorre o denominado período depurador, não sendo mais o réu mais considerado reincidente se praticar novo delito.

As atenuantes estão previstas no artigo 65 do Código Penal, nesse caso o rol não é exaustivo as hipóteses que atenuam a reprimenda não se esgotam na previsão legal.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
II - o desconhecimento da lei;
III - ter o agente:
a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O artigo 66 do mesmo Códex dispõe ainda uma atenuante inominada, segundo a qual o juiz poderá atenuar a reprimenda em razão de circunstância anterior ou posterior ao crime, mesmo que não expressa em lei, sobre esta Nucci (2009, p. 259) explica "Alguns a chamam de atenuante da clemência, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la".

O mesmo autor ainda dá exemplo de uma situação que se encaixaria na disposição legal: um autor de crime sexual que foi violentado na sua infância ou um delinquente que passa a praticar caridade.

Sobre as atenuantes nos cabe mencionar a menoridade relativa, prevista no artigo 65, I, primeira parte do CP, que estabelece que a pena será diminuída se o agente for menor de 21 anos na data do fato, essa previsão legal se fundamenta na ideia de que o jovem antes dos 21 anos é imaturo, tendo sua personalidade ainda em desenvolvimento. A súmula 74 do STJ exige para tanto prova documental hábil.

A senilidade, prevista na segunda parte do mesmo artigo, estabelece que o maior de 70 anos na data da sentença terá sua reprimenda diminuída, se baseando nas alterações físicas e psicológicas do criminoso idoso, com a idade há uma diminuição da capacidade de se suportar a pena.

A confissão espontânea também é capaz de atenuar a pena do réu, esta deve ser livre e sem interferência externa, ou seja sem ser influenciada.

4.3 Fase Terciária: Causas de Aumento e de Diminuição

Na fase terciária o magistrado vai analisar as causas de aumento e de diminuição da pena que incidirão sobre a pena fixada na fase intermediária. Estas estão previstas no Código Penal, na parte geral (artigos 16, 21, 24, § 2º, 26 parágrafo único, 28, § 2º, 29 §§ 1º e 2º), e na parte especial, e também em leis extravagantes.

Destarte, Julio Mirabete e Renato Fabbrini (2011, p. 377) explicam sobre a terceira fase de aplicação da reprimenda que "O aumento ou a redução da pena pode ser obrigatório ou facultativo, dependendo da redação do dispositivo aplicável à espécie. "

Nessas minorantes e majorantes o legislador prevê o *quantum* do aumento ou da diminuição, não ficando o seu valor a critério do magistrado como ocorre na segunda fase da dosimetria da pena.

Rogério Greco (2015, p. 441) diferencia a segunda e a terceira fase da fixação da reprimenda:

Não há de se confundir, sob qualquer aspecto, as causas de aumento e de diminuição da pena com as circunstâncias agravantes e atenuantes. Podemos dizer que a principal diferença entre elas é o efeito: as majorantes e minorantes podem elevar a pena para além do patamar máximo, bem como reduzir para aquém do limite mínimo da pena cominada (enquanto as agravantes e atenuantes, como visto, não tem esse condão).

Nessa fase o magistrado não fica vinculado aos limites máximo e mínimo previstos no tipo penal, podendo fixar a reprimenda aquém ou além dos patamares estabelecidos no preceito secundário do tipo penal, conforme o caso concreto.

No caso de estar presente mais de uma causa de aumento ou de diminuição devem incidir umas sobre as outras, o entendimento majoritário é nesse sentido e assim afirma Nucci (2011, p. 505): "(...) as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras. Evita-se a inoportuna *pena zero* e cria-se um método uniforme para aumentar e diminuir a pena igualmente".

4.4 Fixação do Regime Inicial de Cumprimento da pena

Ao final do cálculo da reprimenda o magistrado vai qual o regime inicial de cumprimento de pena, para tanto deve observar, a espécie da pena, reclusão ou detenção, o quantum da pena definitiva, as condições especiais do sentenciado (por exemplo reincidência) e as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

As espécies de regimes de cumprimento da pena são: aberto, semiaberto e fechado.

O artigo 33, parágrafo 1º do CP, estabelece que a pena em regime fechado será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto em regime semiaberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o em regime aberto é cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Iremos analisar então qual regime inicial é aplicado conforme as circunstâncias do caso concreto.

Quando a pena imposta for de reclusão, se o quantum imposto na sentença for superior a 08 (oito) anos o regime inicial será fechado; se a pena for superior a 04 (quatro) anos e não ultrapassar 08 (oito) anos, desde que não reincidente, o regime será semiaberto, se for reincidente o regime é fechado; e finalmente, não reincidente com pena inferior a 04 (quatro) anos, iniciará o

cumprimento em regime aberto, se for reincidente de acordo com a Súmula 269 do STJ, dependerá das circunstâncias judiciais, favoráveis inicia-se em regime semiaberto, desfavoráveis, em regime fechado.

Se tratar-se de penalidade de detenção, e a pena imposta for superior a 04 (quatro) anos ou, caso o sentenciado seja reincidente, terá início no regime semiaberto, pena inferior a esse quantum e condenado não reincidente, inicia-se em regime aberto.

Ressaltamos que, embora a detenção não admita regime inicial fechado, seu cumprimento pode ocorrer nessa modalidade de regime mais severa, por meio de regressão de regime, instituto que será estudado mais adiante.

Além disso, nos cabe ponderar sobre o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73, o qual prevê no seu artigo 56, no caput que a pena deve ser atenuada conforme o grau de integração do silvícola, e no seu parágrafo único, que "as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado".

O parágrafo 2º, do artigo 33 do Código Penal Brasileiro, evidencia a adoção do Sistema Progressivo ou Inglês, ao estabelecer que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, no mesmo sentido é a previsão do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

O Sistema Inglês, preconiza que o condenado se isola no início do cumprimento da pena, mas em um segundo momento passa a trabalhar e a ter contato com outros presos e posteriormente passa a liberdade condicional.

Nesse contexto, relevante mencionar a lição de Cléber Masson (2016, p. 641), o autor explica que o Brasil não adotou inteiramente esse sistema:

Mas esse sistema não foi integralmente acolhido, pois a legislação brasileira lhe impôs algumas modificações. Com efeito, no regime fechado o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e o isolamento durante o repouso noturno. O trabalho será comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (CP, art. 34, §§ 1.º e 2.º).

Enquanto o Sistema de Auburn, baseia-se que o condenado trabalhe em silêncio com outros presos diariamente e a noite se recolha isoladamente.

Existe ainda o Sistema da Filadélfia, segundo o qual o sentenciado cumpre pena isolado, saindo dela excepcionalmente.

Desse forma, ante a previsão legal do artigos 33, § 2º do CP 112 da LEP, o Brasil adota a progressão de regimes, sendo também possível a regressão, possibilitando dessa maneira a individualização da pena na fase executiva, institutos que serão analisados nos próximos capítulos dessa monografia.

Ponderamos ainda que o juiz não pode basear sua decisão unicamente na gravidade abstrata do crime e exigindo-se fundamentação idônea que de respaldo a decisão, conforme disposto nas Súmulas 718 e 719 do Supremo e 440 do STJ.

É nesse sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como infere-se do julgamento do HC nº 97.656/SP:

O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais, assim como eventual reincidência. A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada. (STJ, Relatora: Ministra Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG, Data de Julgamento: 03/04/2008, 6ª TURMA)

Nesse contexto é importante mencionarmos o artigo 1º da Lei 8.072/1990, já analisado no capítulo 3, tido como inconstitucional por estabelecer que nos delitos hediondos e equiparados a pena deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, independente da pena definitiva e da situação do réu. Assim não é obrigatório que o regime inicial imposto aos condenados por crimes hediondos e equiparados seja fechado, podendo o magistrado, individualizar a pena sopesando qual regime é apropriado ao caso.

4.5 Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direitos

Após fixada a pena privativa de liberdade e o regime inicial para o seu cumprimento o magistrado deve verificar a possibilidade de substituição da prisão por penas alternativas, restritiva de direitos ou multa.

Nucci (2009, p. 294) explica que essa medida visa "evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais

consideradas mais leves, promovendo-lhes a reeducação por meio de restrições a certos direitos."

Nesse contexto Rogério Greco (2015, p. 454) leciona que as penas substitutivas são "(...) espécies de pena alternativa, seguindo a tendência do direito penal moderno, buscam eliminar a pena privativa de liberdade de curta duração por não atender satisfatoriamente às finalidades da sanção penal."

José Boschi (2000, p. 391) defende as penas alternativas: "(...) sem dúvida podem ser a saída ao agonizante e caótico sistema penitenciário de todo mundo, embora se saiba que ela isoladamente não asseguram a solução de todos os problemas."

Nesse contexto a doutrina elenca essa substituição como uma quarta etapa da atividade judicial de individualização da pena, e ,de acordo com a maioria, não se trata de uma faculdade do julgador, mas sim um direito subjetivo do réu, ou seja, se presentes os requisitos legais o magistrado deverá fazer a substituição.

As penas restritivas de direitos se dividem em duas espécies, pessoais, que incidem sobre a pessoa do condenado, que são: prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana; e reais, incidem sobre o patrimônio do réu, quais sejam prestação pecuniária e perda de bem e valores.

As penas restritivas são autônomas, ou seja, não são acessórias, e portanto não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade, e são subsidiárias, o juiz primeiro fixa a pena privativa de liberdade e seu regime de cumprimento, depois na mesma sentença substitui.

As modalidades de penas alternativas elencadas no CP são trazidas em um rol exemplificativo, desse modo nada impede que leis extravagantes tragam penas especiais, por exemplo, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605), traz em seu artigo 3º a suspensão total ou parcial de atividade, e a Lei de Drogas (Lei 11.343), dispõe em seu artigo 28 a advertência sobre os efeitos das drogas e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo.

O artigo 44 do CP traz as regras impostas pelo legislador acerca da substituição. Os requisitos legais objetivos são: nos crimes dolosos a pena imposta não pode ser superior a 4 anos e o delito deve ser cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, e se o crime for culposos é possível a substituição qualquer que seja o quantum da pena.

Além disso o mencionado artigo traz ainda requisitos subjetivos: o condenado não pode ser reincidente e as circunstâncias judiciais devem indicar que a medida é suficiente.

Sobre o assunto Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 197) acrescentam:

Ademais, é necessário que o condenado tenha condições pessoais que indiquem a conveniência dessa substituição, isto é, que seus antecedentes sejam abonadores, que demonstre compatibilidade com o convívio em sociedade, que tenha emprego fixo e residência certa, dentre outras condições.

O parágrafo 3º do artigo 44 estabelece uma exceção em que o juiz pode substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para sentenciados reincidentes, sendo possível se a condenação anterior demonstrar que a medida é recomendável e não sendo o réu reincidente específico, ou seja, pela prática do mesmo crime.

Nesse sentido é o entendimento do TJSP trazido por Julio Mirabete e Renato Fabbrini (2011, p. 253):

Em que pese o acusado por crime de furto ser reincidente, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, devendo ponderar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, aliada a verificação dos critérios de necessidade e utilidade da pena imposta. (RT 840/589).

Se a pena não for superior a 01 ano será substituída por uma pena de multa ou uma restritiva de direitos, já se for fixada acima de 01 ano será substituída por uma pena restritiva de direitos mais uma multa ou duas penas restritivas de direitos.

De regra a pena restritiva de direitos terá a mesma duração da pena substituída, salvo se for prestação pecuniária ou perda de bens e valores, e prestação de serviços a comunidade, que se a pena privativa de liberdade for superior a um ano o condenado pode cumprir em menos tempo, mas nunca período inferior a metade da pena substituída (artigo 44, §4º do CP).

Ponderamos ainda que a pena alternativa deve ser suficiente e adequada para alcançar as finalidades da reprimenda (retribuição e prevenção), se não for não deve haver substituição.

Se o beneficiado descumpre injustificadamente a restrição imposta ou seja condenado posteriormente por outro crime a pena será reconvertida em privativa de liberdade, conforme previsão do artigo 44, §§ 4º e 5º do CP.

Sobre o tema Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 206) explicam:

Desse modo, se o condenado transgredir injustificadamente qualquer das restrições exigidas para a espécie da pena restritiva de direitos aplicada, esta é necessariamente convertida em pena privativa de liberdade; de outro lado, se sobrevier à condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade o juiz da execução penal decide sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, § 5º).

A LEP prevê ainda que a outras hipóteses de conversão em pena privativa de liberdade no seu artigo 181, §1º, alíneas "a" a "e": não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; praticar falta grave; sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

Sobre o tema importante trazer a lição de Guilherme Nucci (2010, p. 611):

Conversão negativa: a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foi um benefício conseguido pelo agente na sentença penal condenatória. Não é cabível decepcionar o Estado, que confiou na sua condição moral e na sua responsabilidade para cumpri-la, sem necessidade de qualquer mecanismo de coerção. Assim não ocorrendo a única tentativa viável é a conversão em pena privativa de liberdade novamente.

Destarte, o beneficiado pode ter a pena restritiva de direitos reconvertida em privativa de liberdade se presente qualquer das situações elencadas pelo legislador.

4.6 Sursis

O juiz deve verificar ainda a possibilidade de modificar a execução da reprimenda, aplicando a suspensão condicional da pena ou livramento condicional.

A suspensão condicional da execução da pena, denominada *sursis*, é um benefício de política criminal que suspende por um período de prova a pena privativa de liberdade, impondo ao sentenciado algumas condições, está previsto nos arts. 77 a 82 do CP e 156 a 163 da LEP, e é aplicável quando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos for inviável.

Nucci (2009, p. 306) explica sobre a benesse:

Trata-se de um instituto de política criminal, tendo por fim a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, evitando o recolhimento ao cárcere do condenado não reincidente, cuja pena não é superior a dois anos (ou quatro, se septuagenário ou enfermo), sob determinadas condições, fixadas pelo juiz, bem como dentro de um período de proa pré-definido.

Prevalece que trata-se de direito subjetivo do réu e que quando presentes seus requisitos o juiz deve aplicá-lo, nesse sentido Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 215): "O *sursis* se apresenta como direito público subjetivo do réu e tem caráter sancionatório".

Existem três sistemas de aplicação de *sursis*. O primeiro é o sistema Franco-Belga, pelo qual o sentenciado é processado, sua culpa é reconhecida, há sentença penal condenatória e suspende-se a execução da reprimenda fixada, este é o sistema que nosso país adota.

Nesse contexto José Boschi (2000, p. 391) explica: "No sistema adotado pelo nosso Código, o juiz vai além e profere a sentença condenatória de maneira condicional, isto é, se o apenado cumprir a pena durante o período de prova, a condenação acaba desaparecendo".

Temos ainda o sistema Anglo-americano, pelo qual o réu é processado e sua culpa reconhecida, mas suspende-se o processo não sendo imposto a ele uma pena.

O terceiro sistema é o *probation of first offenders act*, segundo qual suspende-se o processo sem reconhecer a culpa do acusado, é adotado no Brasil na Lei 9.099/95, na suspensão condicional do processo.

Devemos salientar que o instituto não se confundi com a suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, nesse diapasão Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 221):

Não há que confundir a suspensão condicional da pena (sursis) com a denominada suspensão condicional do processo, prevista pela Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Com efeito, nesta última, o que se suspende (por determinação de prazo - entre dois e quatro anos) não é a sanção penal, e sim o próprio processo, depois de o acusado ter cumprido certas condições (art. 89, Lei 9.099/1995) e de terem sido preenchidos os requisitos de natureza objetiva e subjetiva pelo acusado (art. 77, CP).

Os requisitos trazidos pela Código Penal para a suspensão condicional da pena são: que o sentenciado não seja reincidente em crime doloso, tenha circunstâncias judiciais favoráveis e que a ele não seja indicado ou não seja cabível a substituição por pena restritiva de direitos, assim, este benefício seria residual, conforme leciona Boschi (2000, p. 419):

(...) deverá verificar, antes do deferimento do sursis, se não é indicada ou recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por qualquer das restritivas de direito. A providência guarda consonância com o sistema de penas instituído pelo nosso Estatuto, em que as restritivas de direitos, em tese, são mais benignas que as privativas de liberdade, muito embora o caso concreto, eventualmente, possa indicar o contrário.

Dos artigos 77 e 78 do Código Penal infere-se existirem quatro espécies de sursis.

Primeiramente temos o sursis simples, previsto nos artigos 77 e 78, §1º, CP, a pena imposta ao réu não poder ser superior a 2 anos e o período de prova será de 2 a 4 anos, sendo que no primeiro ano deste prazo o beneficiado deverá prestar serviços a comunidade ou ter imposta a limitação de final de semana.

Também há o sursis especial, estabelecido no artigo 77 e 78, §2º, CP, para este a pena também não pode ser acima de 2 anos e o período de prova será de 2 a 4 anos, no primeiro ano o réu será proibido de frequentar determinados lugares, de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz, e obrigado a comparecer mensalmente ao juízo, difere-se do sursis simples, pois, exige a reparação do dano ou a comprovada impossibilidade de fazê-lo e que as circunstâncias judiciais do artigo 59, CP, sejam favoráveis.

Ainda temos o sursis denominado etário, com previsão legal no artigo 77, §2º, primeira parte, do CP. Neste o condenado precisa ter mais de 70 anos, na época da condenação, não importando a sua saúde.

E por último o sursis humanitário, previsto da segunda parte no artigo 77, §2º, do CP, o qual é concedido por razões de saúde, não importando a idade do beneficiado.

Nas duas últimas espécies, sursis etário e humanitário o benefício será concedido se a pena não exceder 4 anos, por um período de prova de 2 a 4 anos, sendo que no primeiro ano o réu ficará sujeito a prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, se não reparar o dano, e se repará-lo à proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca, e a comparecer mensalmente ao juízo.

O denominado período de prova "compreende o lapso temporal durante o qual o condenado fica obrigado a cumprimento das condições impostas como garantia de sua liberdade." (Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra, 2013, p. 218) e inicia-se a partir da data da audiência admonitória.

O sursis, de regra, será concedido pelo juiz do processo de conhecimento, mas se já expedida a guia de recolhimento ficará a cargo do juiz da execução.

O benefício fica sujeito a revogação obrigatória quando condenado por condenado em sentença definitiva por crime doloso, se não realizar a reparação do dano sem justo motivo e no caso de descumprimento injustificado das condições de prestação de serviços a comunidade e limitação de final de semana, conforme artigo 81 do CP.

A revogação será facultativo, ficando a critério do magistrado, se o sentenciado descumprir qualquer outra das condições impostas ou for condenado por sentença irrecorrível pela prática de crime culposos ou contravenção penal. Nessa hipótese o juiz poderá revogar o benefício o estender o período de prova até seu prazo máximo.

Após esgotado o período de prova, sem que haja revogação do sursis, considera-se extinta a reprimenda aplicada, conforme previsão legal do artigo 82 do CP.

5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA FASE EXECUTIVA

Este capítulo se dedica a estudar a aplicação do princípio da individualização da pena na fase executiva da pena privativa de liberdade, verificando os institutos que a viabilizam.

Trata-se da terceira fase de individualização da pena, pois como a individualização da reprimenda é um direito condicionalmente assegurado devendo ser efetivado também na execução.

Nesse contexto a lição de Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (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.

Guilherme Nucci também explica que trata-se de uma consequência natural da adoção constitucional do princípio de individualização da pena (2011, p. 403):

A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional da individualização da pena. Esta se faz, como já mencionado, em três etapas: a individualização legislativa (fixação do mínimo e do máximo para a pena em abstrato no momento de criação da norma penal), a individualização judicial (momento de concretização da sanção penal na sentença) e a individualização executória (fase de aplicação efetiva da pena em estágios).

Dessa forma cada condenado irá cumprir sua sentença de forma diferenciada e adequada às suas especificidades e ao seu comportamento, portanto, mesmo que eventualmente dois sentenciados tenham o mesmo tempo de pena imposto na sentença penal condenatória, a execução de cada um deles será distinta, respeitando a individualidade e as diferenças de cada caso.

Relevante mencionar o que ensina Cléber Masson (2016, p. 48) sobre a individualização da pena na execução:

"(...) quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização."

Portanto, essa individualização na fase de cumprimento da pena se justifica principalmente para que a reprimenda alcance, em cada caso, suas finalidades essenciais: finalidade retributiva e finalidade preventiva (prevenção geral e especial), elencadas no artigo 59 do Código Penal, possibilitando a ressocialização, prevenção especial positiva, do apenado que cumpre pena privativa de liberdade.

Devemos ter em vista que é objetivo precípua da execução penal a reintegração do preso, conforme previsto no artigo 1º da Lei 7.210/84, "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Muitas vezes a aplicação destes benefícios, que reduzem o tempo de cumprimento de pena ou abrandam o rigor da execução penal, acaba fazendo com que a população se indigne, sendo necessário ponderar que estes são indispensáveis para efetiva individualização da reprimenda, que constitui um princípio consagrado na Constituição Federal e de extrema importância.

Ante o exposto é indispensável estudarmos a individualização da pena na fase executiva, verificando como esta é efetivada.

5.1 A Execução Penal

Inicialmente, considerando o tema central deste trabalho, faz-se necessário abordarmos, de maneira breve, o conceito, órgãos e as finalidades da execução penal.

5.1.1 Conceito

A execução penal é regulada pela Lei 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal, mas também encontramos disposições referentes ao tema no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei dos Crimes Hediondos e na Constituição Federal.

Trata-se da fase que busca cumprir de maneira efetiva o que foi determinado na sentença penal que condena o sentenciado à cumprir pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, ou ainda medida de segurança, no caso de sentença absolutória imprópria.

A LEP se aplica após a prolação de sentença condenatório ou absolutória imprópria, não sendo aplicável a execução de medidas socioeducativas do ECA.

Ponderamos ainda que, embora nos casos expressos na lei seja possível que o particular exerça a titularidade da ação penal, a execução é monopólio do estado, devendo ser exercida unicamente por este (artigo 105 da LEP).

Devemos salientar que o juiz do processo de conhecimento deve expedir a guia de recolhimento do preso e encaminhá-la ao juízo da execução e ao diretor do estabelecimento prisional.

Dessa maneira, a atividade executória será exercida por dois órgãos, tanto o judiciário como executivo irão participar da execução da reprimenda. Na esfera judicial o juiz da execução será a autoridade, enquanto no poder executivo, o diretor do estabelecimento penitenciário detém a autoridade administrativa, estando os atos administrativos sempre sujeitos ao controle judicial.

Destarte, a natureza jurídica da execução penal é controvertida, uma vez que é atividade exercida pelo judiciário e pela administração pública, prevalecendo atualmente que trata-se de atividade de natureza jurisdicional, Renato Marcão assim se posiciona "Temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve" (2009, p. 02).

5.1.2 Finalidade

O artigo 1º da LEP traz duas finalidades precípuas da execução penal.

Primeiramente a execução da reprimenda tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, ou seja, fazer com que a sentença seja integralmente cumprida. Assim, a Lei de Execução Penal deve estabelecer meio eficazes para que a retribuição e a prevenção, finalidades da pena imposta na sentença condenatória ou absolutória imprópria, sejam atingidas.

Nesse sentido Júlio Fabbrini Mirabette (2007, p. 28) explica que na primeira parte do artigo 1º "o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões."

O segundo objetivo é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, alcançando a finalidade de prevenção especial positiva da reprimenda, nesse diapasão Renato Marcão (2009, p. 01):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado o 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.

Assim, a execução penal deve objetivar também a ressocialização do condenado.

5.1.3 Competência

A competência do juízo da execução inicia-se, de regra, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, excepcionalmente terá início antes disso, no caso de execução provisória.

Devemos salientar que a execução em si terá início com a prisão e a consequente expedição da guia de recolhimento do sentenciado.

A Lei de Execução Penal não estabelece a competência da execução em função da localidade onde transitou em julgado o processo de conhecimento, as penas privativas de liberdade serão executadas no local da prisão, enquanto as penalidades restritivas de direitos, o sursis e o livramento condicional no juízo do domicílio do sentenciado.

Destarte, competência será definida conforme o estabelecimento prisional em que o sentenciado tiver recolhido, tratando-se se presídio estadual,

mesmo que a condenação tenha ido proferida pela Justiça Federal, compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução da reprimenda, nesse sentido a Súmula 192 do STJ.

No mesmo entendimento o julgado do STJ:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. ACUSADO PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ESTADUAL. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. SÚMULA N. 192/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Encontra-se pacificado nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a execução das penas impostas a sentenciados da Justiça Federal, quando recolhidos em estabelecimentos prisionais estaduais, é da Justiça Estadual. Súmula n. 192/STJ. (STJ - CC: 129757 RS 2013/0298207-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 12/02/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO).

Assim, do mesmo modo, condenados que estão recolhidos em estabelecimento prisional federal, não importando o juízo que proferiu a decisão condenatória, a competência para fiscalizar a execução da reprimenda será da justiça federal.

5.1.4 Órgãos

A execução penal envolve atividades do Poder Judiciário e do Poder Executivo, seus órgãos estão elencados no artigo 61 da LEP: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da Execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Patronato, Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública.

Nucci (2010, p. 510) nos explica:

Cada qual na sua função, os órgãos da execução penal tutelam o fiel cumprimento da pena de todos os condenados, fiscalizando, orientando, decidindo, propondo modificações, auxiliando o preso e o egresso, denunciando irregularidades, etc

Mirabete (2007, p. 170) leciona que, embora a lei atribua funções específicas a cada um desses órgãos, eles podem e devem atuar de forma conjunta.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária está regulamentado nos arts. 62, 63 e 64 da LEP. Será composto de treze membros,

designados pelo Ministro da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário e ciências correlatas, tendo um mandato de 2 anos.

Entre as funções deste órgão nos cabe destacar que será responsável propor diretrizes de política criminal quanto a prevenção de delitos, administração da Justiça Criminal e execução das penas e medidas de segurança; contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo metas e prioridades da política criminal e penitenciária; avaliar periodicamente o sistema carcerário; estimular e promover pesquisa criminológica e inspecionar e fiscalizar estabelecimentos prisionais.

O Juízo da Execução tem sua competência regulamentada nos artigos 65 e 66 da LEP:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

Ao Ministério Público, conforme exposto no artigo 67 da LEP, cabe a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança. Ponderamos que a falta de intervenção do órgão ministerial no processo de execução constitui nulidade absoluta.

Nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 55899/DF:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. BENEFÍCIO CONCEDIDO SEM A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO. NULIDADE DA DECISÃO DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGRESSÃO. INADEQUAÇÃO. INOBSEVÂNCIA DE FORMALIDADE LEGAL A QUE O CONDENADO NÃO DEU CAUSA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. à luz do disposto nos arts. 67 e 112, § 1º, da Lei de Execução Penal, a decisão que concede ao apenado a progressão de regime deve ser precedida de manifestação do Ministério Público acerca do pedido, sob pena de nulidade. (STJ, HC 55899/DF, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Data do Julgamento: 19/09/2006, T5 - QUINTA TURMA).

O Conselho Penitenciário, conforme previsto no art. 69 da LEP é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, e tem sua competência estabelecida no artigo 70 da mesma lei: I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; III - apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; e IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

Os Departamentos Penitenciários, se dividem em Departamento Penitenciário Nacional, que tem suas atribuições definidas no artigo 72 da LEP e Departamento Penitenciário local, que conforme o artigo 73, pode ser criado pela legislação local. Trata-se do órgão de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O Patronato, segundo Nucci (2010, p. 511) :

(...) é o órgão público ou privado de assistência ao albergado (condenado em regime aberto) e ao egresso (aquele que deixe o presídio, pelo prazo de um ano, bem como o que se encontra em livramento condicional), composto por membros da comunidade.

Conselho da Comunidade é um órgão colegiado, presente nas comarcas em que hajam presídios, sendo este composto de no mínimo um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela OAB e um assistente social.

Relevante mencionar o que Mirabete (2007, p. 246) explica acerca da importância desse órgão:

A realidade tem demonstrado que uma das causas da reincidência é o descaso no tratamento dado pela sociedade ao preso e ao egresso. A ausência prolongada do condenado de seu meio social acarreta um desajustamento que somente poderá ser superado se forem oferecidas a ele condições adequadas a sua reinserção social quando for liberado. É preciso, pois, que toda comunidade seja conscientizada da missão que lhe cabe na tarefa de assistir aquele que, tendo transgredido a lei penal, está resgatando o débito criado com a prática do crime muitas vezes em condições materiais bem abaixo de suas necessidades, comuns a todas as pessoas.

Assim, o referido órgão constitui uma forma de participação da comunidade na execução da reprimenda de forma a possibilitar a reinserção do egresso no convívio social.

Observamos que defensoria foi incluída nesse rol pela Lei 12.313 de 2010, a este órgão compete o dever de fiscalizar a execução penal e zelar pelos direitos dos sentenciados. O artigo 81-A da LEP prevê sua competência e determina, no seu parágrafo primeiro, a realização de visitas periódicas aos estabelecimentos prisionais.

5.2 Direitos e Deveres do Sentenciado

Os presidiários possuem direitos e deveres elencados na Lei de Execução penal, nesse contexto Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 90) explicam:

(...) nessa vinculação existente entre Estado e condenado, existe uma série de direitos e deveres, que a ambos incumbe. Sempre que o Estado outorgar direitos ao condenado, emergirá um dever seu para com este, na mesma monta. Sempre que seja firmado um dever a ser respeitado pelo apenado, representará direito do Estado exigir o seu cumprimento.

As prisões são agrupamentos humanos que necessitam de regras para que seja mantida a ordem e disciplina do local, diante disso são impostos deveres ao sentenciado.

Os deveres dos presos estão elencados no artigo 39 da LEP e a violação destes terá como consequência a caracterização de falta disciplinar de natureza leve, média ou grave conforme for o caso:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposita aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Os direitos dos sentenciados estão elencados no artigo 41 da LEP, e constituem um dever do Estado.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Ponderamos que trata-se de rol exemplificativo, eis que o artigo 3º da mesma lei prevê que os sentenciados terão todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória ou pela lei.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 91) apresentam uma crítica sobre o tema afirmando que:

Diante da atual situação dos cárceres nacionais, falar em direitos dos presos acaba por surpreender, tendo em vista estarem estes relegados à margem da sociedade, bem como das pautas das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

Nos cabe tecer comentários quanto alguns dos direitos assegurados neste dispositivo legal.

O inciso I estabelece o direito à alimentação e ao vestuário, sobre o tema devemos ponderar que à pessoa travesti ou transexual será facultado o uso de vestuário masculino ou feminino, manutenção de cabelos longos, se assim o tiver, conforme estabelecido na Resolução conjunta que define novas regras para acolhimento da comunidade LGBT nos estabelecimentos prisionais.

No mesmo contexto no caso do inciso XI, o direito ao chamamento nominal, no caso dos detentos transexuais deve ser utilizado seu nome social.

O inciso X garante o direito de visita ao sentenciado, nesse sentido relevante mencionarmos a Lei 12.962/14, que alterou o Estatuto da criança e do Adolescente garantindo a convivência da criança e do adolescente com o genitor ou genitora que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade, por meio de visitas periódicas, independente de autorização judicial (Artigo 19, § 4º do ECA).

Sobre o mesmo direito ainda, é pertinente tratarmos da Lei 15.552/14, do Estado de São Paulo, que proíbe a realização de revista íntima manualmente nos visitantes, nesta foi dado o prazo de 180 dias para que o governo adquirisse scanners, detectores de metais e raios-x para os estabelecimentos prisionais.

Ainda, conforme artigo 1º, parágrafo único, da lei acima mencionada os procedimentos de revista serão realizados em razão de necessidade de segurança e com respeito à dignidade humana.

O direito elencado no inciso XVI, atestado de pena a cumprir, busca evitar a hipertrofia da punição, serve para esclarecer ao sentenciado o tempo de pena cumprido e o que falta cumprir, evitando o excesso de execução, que está relacionado ao conteúdo quantitativo da pena, cumprir a reprimenda por tempo superior do que foi determinado na sentença condenatória, e o desvio de execução, referente ao conteúdo qualitativo da sanção, por exemplo cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o estabelecido na condenação.

O parágrafo único do dispositivo legal aduz que os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, conforme leciona Mirabete (2007, p. 130):

Enquanto a maioria dos direitos do preso é insuscetível de exclusão, restrição ou suspensão, possibilita a lei que sejam suspensos ou restringidos, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, aqueles previstos nos incisos V, X e XV do art. 41 (art. 41, parágrafo único). Assim, em decorrência de fatos ligados à boa ordem, segurança e disciplina no estabelecimento, permite-se a suspensão redução da jornada de trabalho, da recreação, das visitas e dos contatos com o mundo exterior. Trata-se de uma suspensão parcial dos direitos reconhecidos pela lei, que deve ser temporária, ou seja, deve durar apenas o tempo indispensável a sua finalidade e enquanto subsistam as circunstâncias extraordinárias que deram lugar a determinação excepcional.

O artigo 42 da LEP prevê ainda que essas disposições legais se aplicam ao preso provisório e ao submetido a medida de segurança, no que for cabível.

5.3 Das Faltas Disciplinares

Coforme estudado anteriormente existem deveres impostos ao sentenciado, o descumprimento destes deveres que irá caracterizar faltas disciplinares, para as quais são impostas sanções.

Assim, a LEP prevê recompensas, para o mérito do preso que apresenta bom comportamento se cumpre seus deveres e sanções disciplinares para o demérito do sentenciado que os descumpra.

As faltas disciplinares são classificadas em leve, média e grave. As faltas leve e média são previstas na legislações locais, cabendo as Assembleias Legislativas dos Estados regulamentarem-nas. Enquanto as faltas graves estão previstas nos artigos 50 a 52 da LEP.

O artigo 50 da LEP elenca um rol exaustivo de faltas graves, devemos salientar que estas, em obediência ao princípio da legalidade, só podem ser instituídas por lei.

Art. 50 - Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II - fugir;
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV - provocar acidente de trabalho;
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do Art. 39 desta Lei.
61
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Relativo ao inciso VII, observamos que de acordo com o STF e o STJ a posse de "chips" de aparelho de telefone celular também caracteriza falta grave, utilizando-se da interpretação teleológica o artigo abrange também celulares e seus componentes. Assim se posicionou o STF no julgamento do HC 112.947/SP:

Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DE CHIP DE TELEFONIA CELULAR NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ORDEM DENEGADA. 1. Jurisprudência desta Corte no sentido de que a apreensão de chip de aparelho celular no interior de estabelecimento prisional constitui falta grave, nos termos do art. 50, VII, da Lei 7.210/1984 (introduzido pela Lei 11.466/2007). 2. Ordem denegada. (STF - HC: 112947 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/09/2013, Segunda Turma).

Os Tribunais superiores entendem que a posse de entorpecente para uso próprio também caracteriza falta grave. Nesse sentido a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. POSSE DESUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EFEITOS. REGRESSÃO DE REGIME E REINÍCIO DA CONTAGEM DOS PRAZOS PARA A AQUISIÇÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. (STJ - HC: 230153 RS 2012/0000090-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/06/2012, T6 - SEXTA TURMA).

O artigo 51 prevê as faltas graves no caso de condenado à pena restritiva de direitos e o artigo 52 trata do regime disciplinar diferenciado, que será estudado no momento oportuno em tópico próprio.

A falta grave pode acarretar em sanção disciplinar, revogação de benefícios ou regressão de regime, e segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal essa várias consequências advindas de uma mesma falta grave não configura bis in idem.

Ponderamos ainda que a imposição de qualquer sanção disciplinar exige a instauração de processo administrativo disciplinar (PAD), conforme previsto na Súmula 533 do STJ. O PAD será presidido pelo diretor do estabelecimento prisional, sendo assegurado o direito de defesa a ser exercido por defensor público ou advogado constituído.

As sanções disciplinares estão elencadas no artigo 53 da LEP, os incisos I a IV: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento em cela própria, ou local apropriado, podem ser aplicadas pelo diretor da penitenciária; enquanto o inciso V, o regime disciplinar diferenciado, só pode ser imposto pelo juiz.

5.4 Mecanismos de Concretização da Individualização da Pena Privativa de Liberdade

A Lei de Execução Penal traz diversos mecanismos que possibilitam a total individualização da pena e estudaremos cada um deles a seguir.

5.4.1 Classificação do Apenado

O artigo 5º da LEP estabelece que os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade. Essa classificação é realizada pela comissão técnica de classificação, conforme consta nos arts. 6º e 7º da referida lei.

Os antecedentes representam a vida, o histórico criminal do preso, já a personalidade, segundo Nucci (2010, p. 458):

(...) é o conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...). Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução.

Nesse sentido relevante a lição de Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 47) sobre o tema: "O exame de personalidade e os antecedentes criminais do condenado permitirão que a administração penitenciária não só separa os primários dos reincidentes, mas também estabeleça a terapêutica penal devida (...)".

Dessa maneira, a classificação do apenado não serve apenas para separar os sentenciados primários e reincidentes, mas possibilita também a imposição de uma pena mais adequada, com rigor necessário para que a reprimenda atinja sua finalidade ressocializadora.

Nesse contexto, o artigo 84 da Lei de Execução Penal foi alterado pela Lei 13.167 de 2015, prevendo os critérios objetivos e subjetivos que servem para orientar a separação dos condenados, considera-se primordialmente seus antecedentes, se é primário ou reincidente, e a gravidade dos delitos praticados.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra explicam ainda sobre importância da análise da personalidade do apenado (2013, p. 37):

A moderna doutrina enfatiza a importância da individualização nessa fase processual, uma vez que, cada condenado, responde às terapêuticas penais de forma diferenciada, havendo aqueles que não se interessam pela sua reinserção social, por já estarem corrompidos, sendo-lhes remota a possibilidade de reeducação penal

Relevante mencionar o que Carmen Barros (2001, p. 139) ensina acerca do exame de classificação:

Através do exame de classificação promove-se a necessária adaptação da pena à pessoa individualmente considerada e efetiva-se a garantia de proporcionar ao preso, durante o cumprimento de pena, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

O exame de classificação atende ao princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Refere-se, portanto, ao direito que tem o condenado de cumpri-la de acordo com as suas possibilidades e características pessoais, respeitando-se a sua personalidade e seu desenvolvimento.

Devemos ponderar que o exame de classificação do apenado não se confunde com o exame criminológico, o primeiro orienta a execução da reprimenda, enquanto o segundo verifica a possibilidade concessão de benefícios.

O exame de classificação é realizado quando o sentenciado ingressa no sistema carcerário, é amplo e genérico envolvendo aspectos relacionados a personalidade, antecedentes, vida familiar e social, e capacidade laborativa do condenado, e vai orientar o modo de cumprimento da pena e a ressocialização do sentenciado.

Desse modo, a classificação do apenado possibilita a individualização da pena, conforme afirma Carmen Barros (2001, p. 136): "Para que seja adequada e se torne efetiva a individualização da pena privativa de liberdade, imprescindível se torna o exame de classificação".

5.4.2 Progressão e Regressão de Regime

O sistema punitivo brasileiro prevê a progressão e a regressão de regimes para que a reprimenda seja cumprida de maneira individualizada.

A progressão de regimes é o benefício pelo qual o condenado passa para um regime mais brando, desde que preenchidos os requisitos exigidos pela Lei, já a regressão ocorre o contrário, o sentenciado volta para um regime mais severo se praticados os atos previstos na lei, sobre o tema Nucci (2011 p. 403) explica:

(...) a progressão de regime, na forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória.

(...)

O objetivo da pena, fundamentalmente, é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança.

Assim, a progressão possibilita a reintegração do apenado à vida social.

O artigo 112 da LEP traz como requisito objetivo para a progressão de regime que o réu tenha cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior.

Salientamos que para calcular uma nova progressão o período de 1/6 deve ser calculado com base no remanescente da pena, desconsiderando a pena já cumprida, pois esta fica extinta.

A sumula 715 do STF estabelece que o limite da pena unificada (30 anos) não é considerado para a concessão de benefícios como o livramento

condicional ou regime mais favorável, ou seja, a unificação não vai servir de base de cálculo para a progressão de regime, sendo considerada a pena total.

Conforme já estudado, a Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/90, previa que o regime para os delitos considerados hediondos e equiparados seria integralmente fechado, o dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo STF, em 26/02/2006 e assim os condenados por crimes hediondos progrediam de regime no mesmo prazo que os réus de crimes comuns, 1/6.

A Lei 11.363 de 2007, trouxe que o lapso para a progressão nos crimes hediondos será de 2/5 para o condenado primário e de 3/5 para o reincidente.

Ponderamos que o termo "reincidente" refere-se a reincidência genérica, pois o legislador não exigiu que o réu seja reincidente específico para o prazo maior. Nesse sentido é o entendimento do STF e STJ.

A Lei 11.464/2007 é uma lei que piora a situação do sentenciado, eis que aumentou o prazo exigido para progressão de regime, assim essa não retroage, portanto, os condenados crimes hediondos ou equiparados antes de 2007 ficam sujeitos ao prazo genérico da LEP, 1/6, e os somente os condenados após março de 2007, ficam sujeitos ao novo prazo trazido pela Lei 11.464, conforme consta na Súmula 471 do STJ.

Sobre o tema Renato Marcão (2009, p. 139) entende que:

Em outras palavras:

a) em relação aos crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, a Lei n 11.464/2007 retroage para regular os novos prazos de progressão de regime.

b) para os crimes cometidos entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007 ela não retroage, aplicando-se a fração de 1/6 do cumprimento da pena, como requisito objetivo.

É a posição que adotamos.

O STF tem orientação no sentido de que, se tratando de crime contra a administração pública em que decorra prejuízo à administração ou enriquecimento ilícito do condenado, a reparação integral do dano causado ou a devolução do produto ilícito é condição para a progressão de regime, conforme artigo 33, parágrafo 4º, do CP e informativo 772 do STF.

A Lei de Execução Penal traz ainda outro requisito objetivo para a progressão de regime que o apenado apresente bom comportamento carcerário,

este será comprovado por atestado emitido pelo diretos do estabelecimento prisional.

Embora as jurisprudências dos tribunais superiores seja firme no sentido de não mais ser obrigatória a realização de exame criminológico, sua realização ainda é possível, não é mais obrigatório, mas não foi proibido. Assim pode ser requerido de maneira fundamentada pelo juízo da execução, conforme previsto na Súmula 439 do STJ e súmula vinculante n° 26.

Nesse sentido é o posicionamento do STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. ART. 112 DA LEP. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003.

I. Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento), nos termos do art. 112, da LEP, com redação dada pela Lei n.º 10.792/2003, podendo o Magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88052/DF, Rel. Ministro Celso de Melo, DJ de 28/04/2006). (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

(STJ, HC 154278/SP 2009/0227191-8, Relator: Ministro Felix Fischer, Data do julgamento: 23/03/2010. T5- QUINTA TURMA).

Não é permitida no Brasil a progressão por salto, ou seja a progressão pulando regimes, por exemplo o sentenciado não pode ir do regime fechado direto para o aberto, a progressão deve ser realizada do regime mais rigoroso, fechado, para o intermediário, semiaberto, até que alcance o mais brando, aberto. É o posicionamento adotado na súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça: É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 164) aduzem que a progressão por saltos seria um "flagrante vilipêndio ao sistema progressivo adotado pela legislação pátria, devendo ser repelida."

Observamos ainda o verbete da súmula 534 do STJ, segundo o qual a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, sendo este reiniciado do cometimento do ato caracterizado como falta grave.

No informativo 810 o STF estabeleceu que a falta de estabelecimento prisional adequado não pode gerar a manutenção do sentenciado em regime mais

gravoso, o condenado vai aguardar a abertura de vagas em regime mais benéfico, desse modo decidiu o STJ no julgamento do HC 198.994/RS:

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível com o regime fixado, configura constrangimento ilegal a submissão do apenado ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de estabelecimento adequado.

(STJ, HC:198.944/RS, Relator: Ministro: Gilson Dipp, Data do Julgamento: 08/11/2011, T5 - QUINTA TURMA).

A regressão de regimes tem previsão legal no artigo 118 da LEP, e é o retorno a um regime mais severo, Mirabete (2007, p. 485): explica "Em caso de não se adaptar o condenado ao regime semiaberto ou aberto, demonstrando a inexistência de sua reintegração social, fica o condenado também sujeito à regressão."

A regressão de regime vai ocorrer nas hipóteses mencionadas no referido artigo: prática de falta grave ou crime doloso, superveniência de condenação por crime anterior, frustrar os fins da execução e falta do pagamento de multa.

Relevante também mencionar a lição de Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 164):

Assim como o legislador estimula o condenado a percorrer os estágios da progressão, visando a alcançar a sua liberdade, conforme se mérito pessoal, também o desestimula a romper com a disciplina prisional e com o programa de reeducação social, estabelecendo, no artigo 118, a possibilidade de se determinar sua regressão, caso desenvolva condutas incompatíveis com a sua reinserção social.

De maneira pertinente Nucci (2010, p. 561) afirma:

(...) a execução da pena é flexível e respeita a individualidade de cada condenado. Havendo merecimento, a tendência é a finalização da pena no regime mais brando, que é o aberto. Se faltas forem cometidas, demonstrando a inadaptação do condenado ao regime no qual está inserido, poderá haver regressão. Não existe a obrigatoriedade de retornar ao regime anterior, vale dizer, se estava no aberto, deve seguir ao semiaberto. Eventualmente conforme preceitua o art. 118, *caput*, pode ser o condenado transferido para *qualquer dos regimes mais rigorosos*, sendo viável o salto do aberto para o fechado. Depende, pois, do caso concreto.

Observamos, portanto, que a regressão por salto é admitida.

Sobre o tema é importante destacar que a decisão sobre a regressão é cabível unicamente ao juiz (artigo 66, III, alínea b da LEP), ou seja, o diretor do estabelecimento prisional não pode determiná-la.

5.4.3 Livramento Condicional

O livramento condicional está previsto no artigo 131 da LEP e tem seus requisitos elencados no artigo 83 do CP, trata-se de um benefício de política criminal para possibilitar a redução do tempo de encarceramento, concedendo liberdade antecipada e provisória ao sentenciado, seria a última etapa do sistema progressivo, na qual o sentenciado cumprirá a pena em liberdade submetendo-se a determinadas condições.

Mirabete (2007, p. 550) explica que este instituto é necessário para readaptação do detento ao convívio social:

Trata-se, assim, da concessão da liberdade antes do termo final da pena privativa de liberdade, representando um estímulo para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo marcado na sentença, ao mesmo tempo em que é um freio que deixa entrever a revogação do benefício concedido se faltar o cumprimento das obrigações que lhe são impostas. É uma etapa da pena, preparando o condenado para usar de sua liberdade definitiva, ou seja, uma fase necessária do sistema da execução, pelo qual a readaptação do condenado à vida livre desenvolve-se progressivamente.

Embora o dispositivo legal utilize a expressão "poderá", prevalece atualmente que trata-se de um direito subjetivo do réu, preenchidos todos os requisitos do artigo 83 do CP o magistrado deve conceder o benefício.

Os requisitos constantes no artigo 83 do CP são: pena privativa de liberdade superior a 2 anos, cumprimento de 1/3 (um terço) da pena se não for reincidente e tiver bons antecedentes, ou 1/2 (metade) se reincidente ou portador de maus antecedentes, bom comportamento carcerário e reparação do dano causado.

Para os delitos hediondos e equiparados é exigido cumprimento de 2/3 (dois terços) da reprimenda e que o apenado não seja reincidente específico.

O parágrafo único do artigo 83 CP estabelece que no caso de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa a concessão deste benefício será subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o beneficiado não voltará a delinquir.

Rogério Greco (2014, p. 237) infere deste dispositivo legal que: "Pela redação do mencionado parágrafo, estão dispensados desse prognóstico de que não voltarão a delinquir os condenados por crimes culposos, bem como por aqueles cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa."

O tempo do livramento condicional será o tempo restante da reprimenda, ou seja se a pena imposta na sentença condenatória foi de 8 anos, o condenado foi beneficiado com esse instituto após cumprir 5 anos, o livramento condicional terá prazo de 3 anos.

O artigo 84 do Código Penal prevê ainda que as penas de infrações diversas devem ser somadas para fim de livramento condicional.

O artigo 85 do mesmo códex estabelece que na sentença penal serão especificadas as condições do livramento condicional.

No artigo 86 são elencadas duas hipóteses de revogação obrigatória do benefício: se for condenado por crime praticado durante a vigência do livramento condicional e por crime anterior.

Enquanto no artigo 87 estão previstas hipóteses de revogação facultativa, fica a critério do juiz ao analisar o caso concreto revogar ou não o livramento condicional, no caso de o beneficiado deixar de cumprir as condições impostas ou for condenado por crime ou contravenção a pena não privativa de liberdade.

A revogação dessa benesse acarreta na impossibilidade de ser novamente concedida, e o tempo em liberdade antes da revogação será desconsiderado, salvo no caso de revogação por crime anterior ao benefício, Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 187) explicam:

Na hipótese de a revogação ter sido motivada pela prática de crime durante o período de prova, com imposição de pena privativa de liberdade, não se computa, no cálculo de liquidação, o tempo em que o liberado esteve solto (período de prova).

Relevante mencionar a lição dos mesmos autores (2013, p. 187) que:

Caso o juízo da execuções criminais perceba que as condições impostas na sentença são insuficientes para a gradual reintegração social do condenado, poderá alterar as referidas condições com a realização de nova cerimônia, para que o sentenciado seja cientificado das referidas alterações.

Além disso devemos ponderar que a prática de falta grave não interrompe o prazo para este benefício, ao contrário do que ocorre com a progressão de regime, conforme a súmula 441 do STJ.

5.4.4 Anistia e Indulto

A anistia, a graça e o indulto são institutos considerados como clemência soberana.

O indulto está regulamentado no artigo 84, XII, da CF, ele extingue a reprimenda, é o perdão da pena. Consiste em um ato de clemência do Poder Público em favor do réu e é regulado por Decreto do Presidente da República.

Essa benesse pode ser individual ou coletiva, o indulto individual, também denominado graça, é concedido em favor de um condenado por seu mérito no cumprimento da reprimenda ou por questões humanitárias, enquanto o indulto coletivo abrange um grupo de condenados que estejam na mesma situação jurídica estabelecida no decreto concessivo.

Carmen Barros (2001, p. 182) ensina acerca do tema:

Os requisitos elencados no decreto devem estar preenchidos no dia em que o sentenciado obteve o direito. Dessa forma, fato posterior que altere sua situação não pode ser impeditivo da concessão de indulto ou comutação. Importante ressaltar que, muito embora trate-se de indulgência ou liberalidade do Presidente da República, o decreto que concede o indulto e a comutação não pode conter exigências que afrontem os princípios garantidos pela Constituição Federal.

O benefício pode ainda ser total, alcançando todas as penas impostas ao sentenciado, ou parcial, apenas reduzindo ou substituindo a reprimenda.

O artigo 188 da LEP estabelece que o indulto individual pode ser requerido pelo próprio réu, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou pela autoridade administrativa; já o indulto coletivo é um ato espontâneo que independe de provocação.

Observamos que o indulto não se confunde com a saída temporária prevista no artigo 122 da LEP, que será estudada em tópico oportuno mais adiante.

Mirabete (2007, p. 785) esclarece que "Com o indulto, extinguem-se somente as sanções penais mencionadas no respectivo decreto, permanecendo os demais efeitos da sentença condenatória, sejam penais ou cíveis."

O mesmo doutrinador (2007, p. 786) ainda explica que "O indulto, regra geral, não pode ser recusado. Admite-se, porém, a recusa quando se trata de indulto condicionado ou simples comutação."

A anistia é uma declaração de extinção da punibilidade, um fato que era considerado crime se torna impunível por ato do Poder Público, através de lei, editada pelo Congresso Nacional.

Renato Marcão (2009, p. 293) nos traz relevante explicação sobre o tema:

A anistia não se confunde com a *abolitio criminis*. Como ato de soberania do Estado, a anistia é um ato político que tem embasamento constitucional. Insere-se no rol de competências exclusivas da União, a teor do disposto no art. 21, XVII, da Constituição Federal. Sua concessão é atribuição do Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 48, VIII, da Constituição Federal.

Esta benesse pode ser própria, quando concedida antes do trânsito em julgado, ou imprópria, quando após.

Nucci (2010, p. 615) leciona que "Volta-se, primordialmente, a crimes políticos, mas nada impede a sua aplicação a outras infrações penais."

Observamos que nenhum desses benefícios pode ser concedidos aos autores de crimes hediondos, conforme prevê o artigo 5º, XLIII, CF e artigo 2º, I, da Lei 8.072/90.

5.4.5 Remição

A remição trata-se de um mérito do condenado, aplicável aos sentenciados que cumprem pena em regime semiaberto ou fechado que trabalham ou estudo, sendo a sua reprimenda diminuída.

Nesse sentido Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 174):

Trata-se de benefício concedido ao condenado que se encontra cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, consiste na antecipação do tempo da condenação, através do trabalho ou do estudo, desenvolvido por ele de maneira a agregar ao tempo de pena cumprida os dias remidos.

A contagem é feita nos seguintes moldes: um dia de pena a cada 12 horas de estudo, divididas em ao menos 3 dias, ou um dia de pena a cada 3 dias de trabalho, de 6 a 8 horas por dia.

O artigo 127 da LEP estabelece que o juiz pode descontar 1/3 do tempo remido em função de cometimento de falta grave, segundo STJ essa redução será proporcional a gravidade da falta grave praticada, nesse diapasão a decisão:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. NOVA REDAÇÃO DO ART. 127 DA LEP, DADA PELA LEI N.º 12.433/2011. CONCESSÃO DE OFÍCIO.1.Prevalece neste órgão fracionário, a partir do julgamento do Habeas Corpus n.º 123.451/RS, a orientação segundo a qual, por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para a obtenção de benefícios da execução penal, inclusive, progressão de regime. 2. A partir da edição da Lei n.º 12.433/2011, que modificou a redação dada ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda dos dias remidos, que antes poderia ocorrer em sua totalidade, ficou limitada ao patamar de 1/3 (um terço).3. A redução se dará por forma proporcional à gravidade da falta, pois observado o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal. (STJ, HC 215.439/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011)

O artigo 128 da LEP estabelece o tempo de pena remido será computado como pena cumprida para todos os efeitos.

Importante trazeremos o que aduz a doutrinadora Carmen Barros (2001, p. 183) sobre o trabalho do preso para fins de remição:

Além desse aspecto, para ter efeitos individualizadores o trabalho do preso deve: ser facilitado pela administração; ser visto como qualquer outro trabalho; não ter caráter aflitivo; ter em vista a formação profissional dos internos; ser escolhido de acordo com as aptidões individuais; ser remunerado e produtivo e eliminar as diferenças não necessárias entre o trabalhador preso e trabalhador livre.

Dessa forma cada sentenciado terá sua pena individualizada, sendo remida conforme o tempo despendido com trabalho e/ou estudo, observadas as regras previstas na Lei de Execução Penal.

5.4.6 Detração

A detração consiste na contagem do tempo em que o sentenciado ficou detido em prisão provisória, seja no Brasil ou no exterior, esse instituto é estabelecido inicialmente no artigo 42 do CP e Rogério Greco (2014, p. 149), de maneira clara, leciona:

A detração é instituto jurídico mediante o qual computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no art. 41 do Código Penal.

Assim, o desconto desse período de recolhimento anterior na condenação definitiva viabiliza a individualização da reprimenda na fase executiva.

A Lei de Execução Penal prevê no artigo 60, parágrafo único, nos que o tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar, seguindo os moldes da detração prevista no Código Penal.

Acerca desta disposição legal Mirabete (2007, p. 169) ensina:

A par do que ocorre com a contagem do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 42 do CP), determina-se também o tempo de isolamento preventivo ou inclusão preventiva deve ser computado no período de cumprimento da sanção disciplinar (art. 60, parágrafo único). Não é justo, realmente, que no prazo total de isolamento ou de inclusão no regime diferenciado seja desconsiderado o período já cumprido de aplicação provisória, cuja durabilidade, aliás, depende da maior ou menor celeridade no desenvolvimento do procedimento disciplinar. Institui-se, por isso, a detração da sanção disciplinar, que visa impedir seja o condenado submetido à sanção disciplinar por período superior àquele que é fixado na decisão.

Destarte, o período de isolamento cautelar será computado no tempo de sanção disciplinar a ser cumprido, possibilitando a individualização do cumprimento reprimenda conforme o caso.

5.4.7 Regime Disciplinas Diferenciado

O regime disciplinar diferenciado, conhecido "RDD", está previsto nos artigos 52 e 53, inciso V, da Lei de Execução Penal e é na realidade uma espécie, a

mais severa, de sanção disciplinar, destarte, embora seja denominado de "regime" não o é, eis que são regimes de cumprimento de pena somente os já estudados, aberto, semiaberto e fechado. Nucci (2009, p. 274) explica sobre deste instituto:

A Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, criou o denominado regime disciplinar diferenciado, que, a rigor, já se encontrava vigente no Estado de São Paulo, ao menos no presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes, onde estão recolhidos vários dos líderes das facções criminosas dominantes no sistema penitenciário.

As hipóteses de cabimento dessa modalidade de sanção disciplinar estão elencadas do artigo 52 da LEP.

No primeiro caso, previsto no caput do dispositivo legal, é cabível o "RDD" quando o sentenciado pratica fato previsto como crime doloso juntamente com subversão da ordem ou disciplina interna, ponderamos que basta a prática de fato previsto como crime, não é necessário que o sentenciado seja condenado por este, podendo o ato ser consumado ou tentado e aplica-se a sanção disciplinar sem prejuízo da sanção penal cabível pelo delito praticado.

O § 1º, traz a hipótese de preso de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade, esse "alto risco" deve estar relacionado a um fato para que não se configure direito penal do autor.

No parágrafo segundo há a previsão legal de inclusão no "RDD" de sentenciado sob o qual recaia fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou quadrilha ou bando.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra afirmam que (2013, p. 106):

(...) a inclusão no regime disciplinar diferenciado por alguma ação realizada pelo preso, somente ocorre no caso descrito no caput do artigo 52 supracitado, pois as expressões "alto risco" e "fundadas suspeitas", presentes nos §§ 1.º e 2.º desse artigo, envolvem juízo subjetivo, que não se coaduna com o princípio da taxatividade, regente da aplicação das sanções disciplinares.

Sendo assim, para estes autores somente seria possível essa sanção disciplinar no caso do caput do artigo 52 da LEP, prática de crime doloso, definido como falta grave, ocasionando subversão da ordem e disciplina, pois as demais hipóteses ferem o princípio da taxatividade.

A imposição dessa sanção disciplinar é precedida do devido processo legal, sendo necessário que tenha decisão judicial impondo-a, ante o disposto no artigo 54, caput da LEP. O § 1º do mencionado dispositivo elenca as autoridades que podem requerer a inclusão do preso no "RDD": diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Para parte da doutrina o Ministério Público também é legitimado diante da disposição do artigo 68 da LEP, adota este pensamento Rogério Sanches Cunha. No entanto há divergência, por exemplo, Renato Marcão (2009, p. 45) afirma que "o Ministério Público não tem legitimidade para postular a inclusão no RDD".

De acordo com o artigo 60 da Lei de Execução Penal é possível "RDD" preventivo, ou seja, antes da decisão judicial, sendo que o tempo deste será objeto de detração (parágrafo único do dispositivo legal já mencionado).

O "RDD" tem duração máxima de máxima de 360 dias, conforme disposição legal do artigo 51, I da LEP. Assim, pode variar de 01 a 360 dias, devendo o juiz individualizar a sanção penal determinando a sua duração, sendo que, no caso de nova falta grave, o período de sanção disciplinar em regime diferenciado, passa a ter duração máxima de até 1/6 (um sexto) da pena aplicada na sentença penal condenatória, para cada nova sanção.

O preso em "RDD" será recolhido em cela individual, sendo proibido que esta seja insalubre e escura, o art. 44, § 2º da LEP veda expressamente isto.

As visitas ao presidiário incluso nessa sanção serão semanais de duas pessoas, sem contar crianças (menores de 12 anos) e com duração de até 2 horas.

Quanto a essa disposição legal surgem dois entendimentos: criança pode visitar sentenciado em "RDD" e não é computada no número máximo de 2 pessoas, sendo que este entendimento prevalece; e que criança não pode fazer visitas nesse caso, eis que são presos perigosos e não vai ser bom para o seu desenvolvimento, assim entende Rogério Sanches Cunha (2011):

*(...) considerando os princípios basilares traçados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no 8.069/90)-*princípios da prevenção geral e especial; do atendimento integral à criança; garantia prioritária; proteção estatal; prevalência dos interesses do menor; indisponibilidade dos interesses do menor* - parece que a proibição de visitas de crianças soa mais correta. Aliás, as Regras Mínimas da ONU, de 1955, no seu preceito 79, dispõe que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família *quando estas sejam convenientes para ambas as partes (grifamos)*. Ora, a visita de crianças, no caso, não nos parece nada conveniente.*

A constitucionalidade dessa sanção disciplinar é questionada, mas prevalece, inclusive com o respaldo do STJ, que é constitucional.

Também entende dessa forma o TJSP conforme o julgado que segue:

Agravo em Execução. Inclusão de detento no Regime Disciplinar Diferenciado. Representação acolhida. Defesa argui, preliminarmente, pela inconstitucionalidade do RDD, extemporaneidade da medida, ausência de homologação da falta ou o reconhecimento da prescrição. (...) Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional, segundo posicionamento dos Tribunais Superiores. Quando tido como sanção, não carece do imediatismo inerente às medidas cautelares. Análise da falta grave como mero juízo de admissibilidade para transferência ao RDD, não exigindo comprovação da homologação. Não há que se falar em prescrição. Sindicância que observou os direitos constitucionalmente previstos da ampla defesa e do contraditório. Ausência de comprovação de prejuízo efetivo à parte. A decisão bem valorou a prova e os requisitos autorizadores da internação estão presentes. Prazo condizente com a gravidade da conduta. Acompanhamento médico e psicológico decorre do artigo 7º, inciso II, da Resolução nº 121 da Secretaria de Administração Penitenciária. Agravo não provido. (TJ-SP - EP: 90004183220168260482 SP 9000418-32.2016.8.26.0482, Relator: Carlos Monnerat, Data de Julgamento: 15/12/2016, 9ª Câmara de Direito Criminal). (grifo nosso).

Os argumentos pela inconstitucionalidade dessa sanção disciplinar são que ela: viola a dignidade da pessoa humana, é desproporcional aos fins da pena, representa uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena e gera *bis in idem* o mesmo ato gerar sanção penal e sanção disciplinar.

Paulo de Souza (2006, p. 291) coaduna-se com esse entendimento e afirma que:

Em síntese, a inclusão no RDD como punição disciplinar ou *forma especial de execução da pena* converte-se em medida cruel e desumana, por conseguinte, *inconstitucional*, porque dissonante do *princípio da humanidade da pena* que inspira o respeito e à *integridade física e moral* do recluso e da proibição da tortura e do tratamento infamante (art. 5º, III, XLVII, XLIX, CF/88, 5º, 1, 2, CADH, 7º, 10º, PIDCP, 40, 45, § 1º, LEP, 38 CP), ferindo o interno na sua *dignidade humana*, protegida por vários diplomas legais (art. 1º, III, CF/88, art. 10, 1º, PIDCP, art. 5º, 2º, CADH), frustrando a finalidade idealizada pela Lei de Execução (art. 1º, LEP, 13, 14, EM/LEP, 5º, 6º, CADH) de: "(...) *proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado*".

Já os argumentos favoráveis a sua constitucionalidade são de que não há lesão à dignidade da pessoa humana, pois não há submissão de sofrimentos físicos ou psicológicos, é proporcional considerada a gravidade da falta disciplinar, não trata-se de regime de cumprimento de pena, mas sim espécie de sanção

disciplinar, e não gera *bis in idem*, eis que sanção penal e administrativa têm naturezas distintas, são ordenamentos distintos e infrações distintas.

Conforme os motivos elencados acima nos parecer ser mais acertado dizer que o "RDD" trata-se de uma sanção disciplinar constitucional.

5.4.8 Regime Especial da Mulher

O regime especial da mulher presa está previsto no artigo 37 da do Código Penal, segundo o qual a pena será cumprida em estabelecimento próprio. A expressão "estabelecimento próprio" refere-se a um estabelecimento prisional exclusivamente feminino.

Nesse sentido Rogério Greco afirma que a existência de estabelecimentos distintos para homens e mulheres evita a promiscuidade e prostituição (2011b, p. 124):

Procurando evitar a promiscuidade e a prostituição no sistema carcerário, a lei determina que as mulheres cumpram pena em estabelecimento próprio, observando-se os direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal, bem como, rio que couber, o disposto no capítulo I do Título V do Código Penal, atendendo-se, assim, ao disposto no art. 5a, XLVIII, que diz que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

A Carta Magna assegura que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com o sexo do apenado, artigo 5º, inciso XLVIII, e no artigo 5º, L, prevê o direito das sentenciadas permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação, sobre o tema Flávia Bahia (2017, p. 177) explica

O direito ao aleitamento materno pode ser alicerçado em dois importantes princípios: a) primeiramente, a própria dignidade humana; da criança em ter garantido o carinho e o alimento da mãe em sua estreia na vida, e a mãe, que não pode ser privada de conhecer e de alimentar o próprio filho; b) depois, o princípio da intransmissibilidade da pena, evitando-se assim que a criança, que precisa do leite materno, que é indispensável à sua saúde, fique privada desse direito fundamental em razão dos atos ilícitos cometidos por outra pessoa, a sua mãe.

Na Lei 7.210/84 há diversas previsões sobre condições especiais da sentenciada, o artigos 14, § 3º, acrescentado pela Lei 11.942/2009, assegura

acompanhamento médico à gestante no pré-natal e pós-parto, enquanto o parágrafo único do artigo 19 prevê o ensino profissionalizante adequado para às mulheres.

Os parágrafos 2º e 3º, do artigo 83, estabelecem, respectivamente, que os estabelecimentos prisionais destinados a mulheres terão berçários, para que as condenadas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los por no mínimo seis meses, e terão, nas suas dependências internas, apenas agentes de segurança do sexo feminino.

Sobre o parágrafo segundo do referido artigo Renato Marcão ressalta a sua importância (2009, p. 90):

(...) a lei 9.046/95 acrescentou ao art. 83 seu segundo parágrafo, determinando que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. o que permite à mãe o despertar de sentimentos e valores por ela muitas vezes desconhecidos até então, podendo influenciar positivamente sua ressocialização.

E finalmente o artigo 89, da mesma lei, traz a determinação do legislador para que a penitenciária feminina seja dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver cumprindo pena.

Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2013, p. 138) se posicionam favoravelmente ao artigo 89 da LEP afirmando que: "A citada previsão legal é de grande relevância para que se respeite a condição pessoal da presa que necessite de tais espaços, agindo assim, em harmonia ao que determina o princípio da individualização da pena."

No ano de 2017 houve ainda a entrada em vigor da Lei 13.434 que insere um parágrafo único no artigo 292 do CPP, vedando o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e puerpério imediato.

Portanto, as mulheres encarceradas devem ser mantidas em estabelecimentos prisionais distintos dos homens, tendo os direitos assegurados pela Lei de Execução Penal respeitados, de modo que a garantir a individualização da pena.

5.4.9 Autorizações de Saída

As autorizações de saída são benefícios que mitigam o rigor da execução contínua da pena, é um gênero e tem como espécies a permissão de saída, ligada a um motivo humanitário, e a saída temporária, que busca a ressocialização.

A permissão de saída está descrita no artigo 120 da LEP, e se aplica aos presidiários que cumprem pena privativa de liberdade em regime semiaberto e fechado e aos presos provisórios.

Esse benefício é concedido pelo diretor do presídio, o preso sai do estabelecimento prisional acompanhado de escolta policial e a duração será conforme o tempo necessário para alcançar a sua finalidade.

O referido artigo traz duas hipóteses de permissão de saída: falecimento ou doença grave de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, e necessidade de tratamento médico.

A saída temporária é prevista no artigo 122 da LEP e se aplica aos sentenciados que cumprem a pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Nucci (2010, p. 564) explica que tal instituto auxilia na ressocialização do apenado:

(...) cuida-se de benefício de execução penal destinado aos presos que cumprem pena em regime semiaberto, como forma de viabilizar, cada vez mais a reeducação, devolvendo-lhes o senso de responsabilidade, para, no futuro, ingressar no regime aberto, bem como para dar início ao processo de ressocialização.

As hipóteses trazidas pela lei são: visita a família, frequência a cursos e participação em atividades que convirjam para o retorno do convívio social.

O parágrafo único do artigo 122 estabelece ainda que a saída temporária pode ter monitoração eletrônica.

Os requisitos para a concessão dessa benesse estão elencados no artigo 123 da LEP: comportamento adequado e cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena se réu primário, ou 1/4 (um quarto) se reincidente, e compatibilidade com os objetivos da pena.

O artigo 124, caput, prevê o prazo de 07 (sete) dias, podendo ser renovado por mais quatro vezes durante um ano, e seu § 3º fixa um prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre essas renovações.

As hipóteses de revogação automática do benefício estão descritas no artigo 125: crime doloso, falta grave, desatender as condições impostas e baixo grau de aproveitamento no curso.

A súmula 520 do STJ estabelece que essa benesse é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.

O Superior Tribunal Federal, editou o informativo 793, afirmando que é legítima decisão que estabelece um calendário anual de saídas temporárias para visitas à família.

Ponderamos que, diferente da espécie anterior, nesse caso não há vigilância direta, o sentenciado não tem acompanhamento de escolta.

5.5 Cláusula "Rebus Sic Standibus"

Antes de estudarmos a aplicação da cláusula "Rebus Sic Standibus" na execução penal e seu papel na individualização da reprimenda é relevante fazermos considerações iniciais acerca do que se trata esta cláusula e sua origem e sobre a coisa julgada das decisões.

No âmbito do direito civil os contratos tem força obrigatória (*pacta sunt servanda*), ou seja, tem força de lei entre as partes e de regra deve ser cumprido como acordado.

A cláusula "Rebus Sic Standibus" tem origem francesa, trata-se de uma exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos e está prevista nos artigos 317 e 478 do CC. Esta consiste na denominada Teoria da Imprevisão, segundo a qual um contrato pode ser revisto se ocorrer um fato imprevisível e superveniente, a sua celebração, que o torne excessivamente oneroso para uma das partes.

O instituto da coisa julgada, é uma garantia assegurada Constituição Federal, no artigo 5º, XXXVI, portanto é um direito fundamental, que pretende garantir e proteger a segurança jurídica, impossibilitando que uma decisão criminal seja modificada em prejuízo do réu, é uma garantia do réu já sentenciado de que a decisão não será mais modificada para prejudicá-lo.

Nos cabe ainda diferenciar a coisa julgada formal da coisa julgada material. A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão, da sentença que faz coisa julgada formal não cabe mais recurso, enquanto a coisa julgada material a sentença se torna imutável e indiscutível, produzindo seus efeitos inclusive para fora do processo em que foi proferida, o assunto não pode ser mais discutido, ou seja, sua lide não pode mais ser rediscutida nem em outro processo.

No direito penal o STF tem aplicado a cláusula "Rebus Sic Standibus" no sentido que o inquérito policial pode ser desarquivado se surgirem novas provas, pois a decisão de arquivamento não faz coisa julgada, nem ocorre preclusão, sendo uma decisão tomada "rebus sic standibus", podendo assim, reabrir as investigações e dar seguimento ao processo, se modificada a situação inicial, conforme foi explanado no Informativo 793 de 2015.

Os Tribunais tem aplicado esta cláusula também no caso de alteração na situação que enseja prisão preventiva:

V. A cláusula "Rebus Sic Standibus", contida no art. 316, do CPP, prevê que a medida cautelar se justifica quando estiverem presentes o "fumus commissi delicti" e o "periculum libertatis" e deve ser mantida enquanto persistir a sua necessidade, podendo o juiz revogá-la, substituí-la, quando verificar a falta de motivo que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção se justifica enquanto aquelas circunstâncias iniciais existirem ou se mantiverem.
(TJ-BA - HC 00196844220138050000 BA 0019684-42.2013.8.05.0000, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Data do Julgamento: 13/12/2013, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma).

É lição cediça que a preventiva tem a característica de rebus sic standibus, podendo ser revogada quando desaparecerem as razões de sua decretação durante o processo. (...)
(STF - HC: 88497/PI, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data do Julgamento: 19/05/2006).

Nesse contexto, no âmbito da execução penal as decisões, de regra, estão sujeitas à cláusula *rebus sic standibus*, eis que a aplicação dos benefícios trazidos pela LEP pode ser incabível em um momento inicial e com a modificação da realidade fática, das condições do apenado, torna-se cabível e então deve ser concedido pelo juiz da execução, possibilitando desta forma a individualização da pena.

Por exemplo pode ocorrer uma mudança no comportamento do sentenciado sendo assim cabível progressão de regime ou livramento condicional,

ou com o surgimento de uma nova Lei regulamentadora de anistia o apenado poder ser beneficiado com tal instituto que anteriormente não era cabia.

Destarte, sobre o tema a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 3855341/SP:

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA. POSTERIOR REVOGAÇÃO DIANTE DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. COISA JULGADA. CLÁUSULA REBUS SIC STANDBUS. ALTERAÇÃO DO SUBSTRATO FÁTICO-JURÍDICO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A força vinculativa do ato decisório, em sede de execução penal, subordina-se à cláusula rebus sic standibus, é dizer, está atrelada à manutenção dos pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte.

2. In casu. inexistente o alegado constrangimento ilegal, tendo em vista que a decisão que revogou a progressão de regime equivocadamente concedida ao paciente, diante do constatado erro material, não padece de nenhuma ilegalidade, tampouco caracteriza ofensa à coisa julgada. Uma vez constatada existência de nova execução, até então desconhecida, agiu com acerto o Juízo singular ao reconhecer a alteração do substrato fático-jurídico e revogar a decisão que havia deferido o benefício, por ausência de lapso temporal, sob pena de, ao contrário, manter o apenado em regime de cumprimento de pena do qual ele ainda não faz jus por não ter preenchido o requisito objetivo.

3. Ordem denegada.

(STJ. HC: 385541/SP 2017/0008167-5. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 16/05/2017. T6 - SEXTA TURMA).

Nesse sentido relevante mencionar a lição do Juiz de Direito Gerdinaldo Quichaba Costa que explica a mitigação da coisa julgada constitucional em face da necessidade de efetivação da individualização da pena, também assegurada pela CF(p. 04):

É que a mesma Constituição que previu a garantia da coisa julgada, também realçou o mais importante princípio da execução criminal, ao deixar patenteado que a lei regulará a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Ora, a Lei de Execução Criminal está regulando a individualização da pena ao permitir a remição desta pelo trabalho, havendo, inclusive discussão sobre a possibilidade da remição pelo estudo, compreendendo o trabalho como expressão ampla, a permitir o labor intelectual. Assim é, também, em relação aos outros benefícios da execução criminal, como a progressão de regime, o livramento condicional, etc. A individualização da pena é ínsita à concessão de cada benefício, como também a cada punição por falta grave dentro ou, às vezes, fora das muralhas ou alambrados penitenciários.

O mesmo magistrado (p. 05) concluí ainda, de maneira ímpar, em seu artigo que:

Verifica-se, então, que a coisa julgada é considerada de forma absoluta, somente se não houver qualquer razão para justificar a sua mitigação. Assim, se o cidadão é condenado a cumprir pena de dez anos de reclusão, com sentença transitada em julgado, poderá resgatar sua pena antes do referido período se houver reconhecimento de que ele preenche os requisitos para tanto. Nesse passo, é possível afirmar que a coisa julgada em matéria de execução criminal é regida pela cláusula rebus sic stantibus. Ou seja, se nada se transformar substancialmente na realidade do sentenciado durante o cumprimento da pena, deverá ele amargar o cumprimento integral da pena, sem qualquer benefício e, neste caso, os efeitos da coisa julgada não teria qualquer mitigação. Porém, se algumas situações forem constatadas que justifiquem a antecipação do cumprimento da pena ou o abrandamento desta, então, afasta-se o respeito à coisa julgada de forma absoluta e, em nome do princípio da individualização da pena, permite-se que o título executivo do processo de conhecimento não seja 5286 cumprido tal qual prolatado, pois, deverá adequar-se à realidade do homem condenado que, certamente, não é a mesma da data da sentença, que, por sua vez, já não era a mesma da data do crime.

Assim, uma vez que modificada a situação de fato do apenado devem ser reavaliados os benefícios aplicáveis ao caso e dessa forma é viabilizada a total individualização da reprimenda na execução penal, em face da incidência da cláusula "Rebus Sic Standibus".

6 CONCLUSÃO

O direito penal tutela um dos bens mais importante do ser humano, sua liberdade, assim, tendo em vista que os sentenciados que cumprem pena privativa têm esse direito fundamental cerceado, devemos avaliar sua situação de maneira bastante ponderada.

A garantia da individualização da pena é constitucionalmente assegurada, assim deve ser respeitada e efetivada pelo legislador infraconstitucional.

Inicialmente a individualização da reprimenda deve ser executada pelo legislador, este, considerando a importância de cada valor para a sociedade atual, deve eleger os bem jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, fixando de acordo com a relevância do bem protegido, a pena máxima e mínima cominada ao tipo penal e estabelecendo critérios para que o magistrado individualize a sanção a ser aplicada ao caso concreto.

O legislador deve se atentar ainda para a proporcionalidade das penas, estabelecendo um patamar máximo e mínimo que seja suficiente e adequado para que a reprimenda alcance as suas finalidades essenciais, repressão e prevenção.

Na segunda fase de individualização da pena o juiz deve, utilizando-se dos critérios previstos no Código Penal, realizar a dosimetria da reprimenda para verificando qual o quantum a ser aplicado no caso em apreço.

A decisão do magistrado deve ser fundamentada de maneira idônea e embasada na lei, ele deve estipular o quantum da pena da pena base, verificar a incidência de qualificadoras, agravantes e atenuantes e por último existência de causas de aumento e diminuição. O julgador deve ainda verificar o regime inicial de cumprimento e a possibilidade de conversão em restritiva de direitos ou aplicação da suspensão condicional da pena.

Observamos nesse trabalho que é de grande importância que a individualização da pena não seja observada apenas pelo legislador ao estabelecer o crime e criar sanções, e pelo magistrado ao realizar a dosimetria, mas também pelo Estado no momento de executar a sanção penal.

Assim, ante o princípio constitucional da individualização da sanção penal é vedado que a reprimenda seja cumprida de maneira uniforme do início ao fim, desse modo a reprimenda vai ser cumprida conforme a personalidade e

comportamento de cada réu, portanto, mesmo que dois sentenciados obtenham o mesmo quantum de pena na sentença penal condenatória o cumprimento desta pode ser distinto para ambos, variando conforme cada caso

Nesse sentido o legislador deve criar mecanismos de modo permitir a individualização do cumprimento da pena privativa de liberdade e que possibilitem que a pena atinja sua finalidade ressocializadora.

Ante o exposto, a Lei de Execuções Penais traz diversos institutos que viabilizam a individualização da pena na fase executiva: classificação do apenado, progressão de regime e regressão de regime, livramento condicional, indulto, remição, detração, regime disciplinar diferenciado, regime especial da mulher e autorizações de saída.

Esse mecanismos previstos são muitas vezes vistos pela sociedade como um excesso de benesses aos presos, na realidade dão concretude a individualização da pena, sendo mais do que apenas um direito do condenado, constituindo um verdadeiro dever do Estado.

Destarte, concluímos que para uma completa e total individualização da reprimenda os benefícios trazidos LEP são essenciais e indispensáveis, uma vez que possibilitam a concretização individualização da pena na fase executiva.

Além do mais, a integral aplicação deste princípio na fase executiva é possível somente pela incidência da cláusula "Rebus Sic Standibus", esta possibilita que alteradas as condições de fato e/ou jurídicas a decisão pode ser modificada, permitindo a incidência de benefício anteriormente não cabível.

Assim, conforme o exposto nesta monografia, é preciso ponderar em cada caso concreto a pena a ser imposta ao réu na sentença penal condenatória e aplicá-la de forma individualizada na execução penal, de forma a assegurar de forma integral a garantia constitucional de individualização da reprimenda.

BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Editora: Armador, 2017. 409 p.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. Editora: Revista dos Tribunais, 2001. 256 p.

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. 2ª. ed. Editora: Martin Claret, 2009. 126 p.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Editora: Livraria do advogado. 2000. 439 p.

BRASIL. **Código Penal**. Lei Federal nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02/08/2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 02/08/2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02/08/2017.

BRASIL. **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em 25/09/2017.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 19/08/2017.

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 19/08/2017.

BRASIL. **Lei 13.434, de 12 de abril de 2017. Lei de Drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13434.htm. Acesso em 26/09/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERCEIRA SEÇÃO. **Conflito de Copetência nº 129757 RS 2013/0298207-1. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em: 12/02/2014**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24937162/conflito-de-competencia-cc-129757-rs-2013-0298207-1-stj>. Acesso em: 19/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUINTA TURMA. **Habeas Corpus nº 30.954/RJ. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em: 09/12/2003**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204796/habeas-corporus-hc-30954-rj-2003-0179770-2>. Acesso em: 27/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUINTA TURMA. **Habeas Corpus nº 48.122/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em: 04/05/2006.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158549/habeas-corporus-hc-48122-sp-2005-0156373-8-stj/relatorio-e-voto-12878428>. Acesso em: 09/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUINTA TURMA. **Habeas Corpus nº 55.899/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em: 19/09/2006.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9056246/habeas-corporus-hc-55899-df-2006-0051949-7-stj/relatorio-e-voto-14237868>. Acesso em: 04/11/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUINTA TURMA. **Habeas Corpus nº 154.278/SP. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em: 23/03/2010.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9198417/habeas-corporus-hc-154278-sp-2009-0227191-8>. Acesso em: 05/11/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUINTA TURMA. **Habeas Corpus nº 198.994/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em: 08/11/2011.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21032661/habeas-corporus-hc-198994-rs-2011-0045207-0-stj/inteiro-teor-21032662?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05/11/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 385541/SP 2017/0008167-5. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data do Julgamento: 16/05/2017.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465081808/habeas-corporus-hc-385541-sp-2017-0008167-5>. Acesso em: 14/11/2017

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 97.656/SP. Relatora: Ministra Jane Silva, julgado em: 03/04/2008.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603793/habeas-corporus-hc-97656-sp-2007-0308637-7>. Acesso em: 25/09/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 185.894/MG. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em: 05/02/2016.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443354985/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-951900-pr-2016-0185445-5/relatorio-e-voto-443355031>. Acesso em 02/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 215.439/RJ. Relator: Ministro OG Fernandes, julgado em: 15/09/2011.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22259428/habeas-corporus-hc-230153-rs-2012-0000090-0-stj>. Acesso em: 17/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 230.153/RS. Relator: Ministro OG Fernandes, julgado em: 18/06/2012.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21648846/habeas-corporus-hc-215439-rj-2011-0186907-5-stj/inteiro-teor-21648847?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17/10/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 241.214/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti, julgado em: 07/11/2013.**

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24710588/habeas-corpus-hc-241214-sp-2012-0090222-1-stj>. Acesso em: 29/09/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEXTA TURMA. **Habeas Corpus nº 264.459/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em: 16/03/2016.** Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300316480. Acesso em 30/09/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006.** Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf. Acesso em 04/10/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Habeas Corpus nº 88497/PI, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data do Julgamento: 19/05/2006.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14780822/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-88497-pi-stf>. Acesso em 15/11/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. **Habeas Corpus nº 111.840/ES. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012.** Jurisprudência Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo672.htm#Lei 8.072/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo672.htm#Lei%208.072/90) e regime inicial de cumprimento de pena - 7. Acesso em 25/09/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRIMEIRA TURMA. **Habeas Corpus nº 101.205/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/09/2010.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16548063/habeas-corpus-hc-101205-rs>. Acesso em 29/09/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGUNDA TURMA. **Habeas Corpus nº 112.947/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/09/2013.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24221670/habeas-corpus-hc-112947-sp-stf>. Acesso em 17/10/2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo em Execução Penal: 90004183220168260482, Relator: Carlos Monnerat, Data de Julgamento: 15/12/2016, 9ª Câmara de Direito Criminal.** Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416958436/agravo-de-execucao-penal-ep-90004183220168260482-sp-9000418-3220168260482>. Acesso 26/09/2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Habeas Corpus: 00196844220138050000 BA 0019684-42.2013.8.05.0000, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Data do Julgamento: 13/12/2013, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma.** Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115740245/habeas-corpus-hc-196844220138050000-ba-0019684-4220138050000>. Acesso 15/11/2017.

COSTA, Gerdinaldo Quichaba, **A Coisa Julgada e o Princípio da Individualização da Pena: Imutabilidade ou Ponto de Partida?**, CONPEDI, Manaus, Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gerdinaldo_quichaba_costa.pdf. Acesso em 14/11/2017.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Regime Disciplinar Diferenciado. Breves Comentários. Jusbrasil**, 2011. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814548/regime-disciplinar-diferenciado-breves-comentarios-rdd>. Acesso em: 26/09/2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, (artigos 1º ao 120). 4ª ed. Editora: Juspoym, 2016. 557 p.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 2ª ed eletrônica. Presidente Prudente, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13ª. ed. Editora: Impetus, 2011a. 775 p.

GRECO, Rogério. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed. Editora: Impetus, 2011b. 1098 p.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. Editora: Impetus, 2014. 1236 p.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª. ed. Editora Impetus, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 7ª ed. Editora: Saraiva, 2009. 320 p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral. Vol. 1**. 10ª ed. Editora: Método, 2016. 1095 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 8. ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2013. 1614 p.

MIRANDA, Robinson Nicácio de. **Direito ambiental**. 2. ed. Editora: Rideel, 2010. 170 p.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N., **Código Penal Interpretado**. 7ª ed. Editora Atlas S.A., 2011. 2158 p.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N., **Execução Penal**. 11ª ed. Editora Atlas S.A., 2007. 874 p.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 27ª. ed. Editora: Atlas, 2010. 466 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2009. 398 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais**. 5ª ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2010. 1312 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2011. 1151 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 2ª ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2012. 140 p.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMITD, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 3ª ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2013. 301 p.

RAMSDORF, Raphaela Cristina Roque. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais**. 2014. 77 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2014. Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/4557/4315>
acesso entre agosto de 2017 e janeiro de 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Editora: Del Rey, 2003. 284 p.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito**. Editor: Sergio Antonio Fabris. 2006. 359 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6ª ed. Editora: Método. 2015, p. 1717.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. Editora: Saraiva. 1994. 362 p.